

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 489 | Noviembre-Diciembre 2025

ISSN-e: 2792-8322

Consideraciones sobre el tiempo de «trabajo» y de «no trabajo» a la luz de dos variables

Susana Rodríguez Escanciano

El núcleo de imputación en los despidos colectivos en las empresas deslocalizadas

Ana María Castro Franco

Derechos digitales con perspectiva de género en el entorno laboral

Jaime Cabeza Pereiro y María Belén Cardona Rubert

Trabajo, derechos y algoritmos

María del Carmen Rodríguez Pérez

El despido disciplinario sin la audiencia previa del Convenio núm. 158 de la OIT

Juan Bautista Vivero Serrano

La discriminación de los «nuevos» en la empresa

Lourdes López Cumbre

Excedencia por cuidado de hijos y situación legal de desempleo

Carolina Blasco Jover



CURSOS

- Curso de Movilidad, Extranjería y Nacionalidad
- Curso Avanzado sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales
- Curso de Seguridad Social y Derecho Laboral
- Curso de Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Salarios y Cotizaciones)
- Curso Avanzado de Práctica de Relaciones Laborales
- Curso Práctico de Derecho Laboral
- Curso Especializado en el Sistema RED
- Curso Especializado en Protección del Informante de Infracciones y Delitos en el Marco del Compliance Laboral
- Curso de Políticas de Contratación, Cláusulas Contractuales y Convencionales
- Curso Avanzado en Práctica Procesal-Laboral
- Curso Avanzado en Práctica de Despidos
- Curso Avanzado en Negociación Colectiva
- Curso Avanzado en Trabajadores Extranjeros y Expatriados (Aspectos Fiscales, Laborales y Retributivos)
- Curso Avanzado de Reestructuración Laboral
- Curso Avanzado de Perfeccionamiento y Actualización Laboral
- Curso Especializado en Jubilación y Previsión Social

Consulta
nuestra oferta
formativa
completa en:

www.cef.es/cursos



Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 489 | Noviembre-Diciembre 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. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime 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. Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditada a titular de universidad). Universidad Jaime 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)

Apol·lònia Maria 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)

María de los Reyes Martínez Barroso. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (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)

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



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

- Consideraciones sobre el tiempo de «trabajo» y de «no trabajo» a la luz de dos variables: el derecho a la desconexión y el derecho al registro de jornada 7-17
Susana Rodríguez Escanciano

Estudios

- El núcleo de imputación en los despidos colectivos en las empresas deslocalizadas: nuevos paradigmas en el debate entre centro de trabajo y empresa 18-44
The imputation nucleus in collective dismissals within delocalized companies: new paradigms in the debate between work center and firm

Primer Premio Estudios Financieros 2025

Ana María Castro Franco

- Trabajo, derechos y algoritmos: la inteligencia artificial como reto para el derecho del trabajo 45-76
Work, rights and algorithms: artificial intelligence as a challenge for labour law

Segundo Premio Estudios Financieros 2025

María del Carmen Rodríguez Pérez

- Derechos digitales con perspectiva de género en el entorno laboral 77-143
Digital Rights from a Gender Perspective in the Employment Context
Jaime Cabeza Pereiro
María Belén Cardona Rubert

- El principio de igualdad de oportunidades por razón de género en el ordenamiento y la jurisprudencia europea. O no es lo mismo predicar que dar trigo 144-173
The principle of equal opportunities based on gender in the European legal system and jurisprudence. Or actions speak louder than words
Salvador Perán Quesada

Diálogos con la jurisprudencia

- El despido disciplinario sin la audiencia previa del Convenio núm. 158 de la OIT: ¿improcedente por un defecto formal? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 175/2025, de 5 de marzo 174-183
Disciplinary dismissal without an opportunity to defend oneself under ILO Convention No. 158: unfair due to a formal defect? Commentary on Supreme Court Ruling 175/2025, of 5 March
Juan Bautista Vivero Serrano

<p>La discriminación de los «nuevos» en la empresa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 715/2025, de 2 de julio</p> <p><i>Discrimination against the "new" workers in the company. Commentary on Supreme Court Ruling 715/2025, 2 July</i></p> <p>Lourdes López Cumbre</p>	184-193
<p>Excedencia por cuidado de hijos y situación legal de desempleo: un binomio condicionado al reingreso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 701/2025, de 4 de julio</p> <p><i>Leave of absence for child care and legal unemployment status: a pairing conditioned by reinstatement. Commentary on Supreme Court Ruling 701/2025, 4 July</i></p> <p>Carolina Blasco Jover</p>	194-202
<p>El derecho del profesorado asociado al percibo de quinquenios y sexenios en condiciones de igualdad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 689/2025, de 3 de julio</p> <p><i>The right of associate professors to receive teaching and research allowances under equal conditions. Commentary on Supreme Court Ruling 689/2025, of July 3</i></p> <p>Josep Moreno Gené</p>	203-212
<p>La protección de la seguridad y la salud en el sector del servicio de ayuda a domicilio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo 1198/2025, de 29 de septiembre</p> <p><i>The protection of safety and health in the home care service sector. Commentary on Supreme Court Ruling, Administrative Chamber, 1198/2025, of September 29</i></p> <p>Francisco Jesús Padilla Falcón</p>	213-219

Casos prácticos

<p>Subinspectores Laborales, Escala de Empleo y Seguridad Social</p> <p><i>Labour Sub-Inspectors, Employment and Social Security Scale</i></p> <p>Francisco Manuel Colmenero Morales</p>	220-250
--	---------

Consideraciones sobre el tiempo de «trabajo» y de «no trabajo» a la luz de dos variables: el derecho a la desconexión y el derecho al registro de jornada

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. Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la [Sentencia de 9 de octubre de 2025 \(asunto C-110/24\)](#), ha vuelto a pronunciarse sobre el rígido modelo de regulación de la jornada acogido por la [Directiva 2003/88, de 4 de noviembre](#), que contraponen los tiempos de trabajo a los de descanso sin categorías intermedias, incluyendo, así, en la noción «tiempo de trabajo» los periodos en que se «permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones» (art. 2.1), de manera que el «tiempo de descanso» se define por oposición como «todo periodo que no sea tiempo de trabajo» (art. 2.2). Este pronunciamiento vuelve a insistir en una idea capital: lo importante para incluir una situación de hecho en la jornada de trabajo no es tanto que exista prestación efectiva de trabajo como que concurra una situación de disponibilidad para trabajar sin capacidad de administración libre de esos periodos para asuntos personales y ello con independencia de la localización de la persona trabajadora que puede encontrarse fuera de los límites del puesto o lugar de trabajo.

Haciéndose eco de esta tesis, pocos días antes, el Tribunal Supremo (TS) español, en [Sentencia de 23 de septiembre de 2025 \(rec. 105/2023\)](#), ha considerado que el tiempo de comida de las personas trabajadoras debe ser computado como tiempo de descanso en los supuestos en los que se permite la desconexión del radioteléfono sin tener que estar pendientes del servicio.

Sin necesidad de remontarnos a infinitos precedentes jurisprudenciales europeos y nacionales que insisten, si bien con algún zigzag, sobre esta doctrina, lo cierto es que estos dos pronunciamientos, elegidos por un mero criterio cronológico de proximidad, sirven como botón de muestra de los difusos contornos obrantes en la dicotomía entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, máxime cuando este último parámetro constituye un aspecto nuclear del contrato de trabajo, pues en función del elemento temporal, se fijan las unidades de la prestación de la persona trabajadora y los límites de esta, circunstancias que repercuten directamente en su productividad.

2. Ascendiendo de lo particular a lo general, no cabe ocultar que el tiempo de trabajo ha sido una de las bases del conflicto laboral desde los orígenes del industrialismo, constituyendo un ámbito donde se ha venido produciendo una tensión permanente de intereses divergentes entre las personas asalariadas y empresarias. Los primeros movimientos obreros se centraron en liberarse de jornadas extraordinariamente largas, con la pretensión de acortar la duración de la dedicación diaria y de aplicar sus efectos reflejos sobre la extensión de pausas y descansos, adoptando como premisa un fundamento de carácter fisiológico impuesto por las propias connotaciones corporales de la persona trabajadora como sujeto expuesto a la extenuación. Esta regulación de máximos atesoraba un «carácter sanitario» en aras de evitar un detrimento grave de la salud y de la sobreexplotación sufrida en las industrias y fábricas.

Desde las primeras manifestaciones pietistas de R. Owen allá por el primer tercio del siglo XIX, se sucede toda una larga historia de luchas, fundada en la reivindicación de mejores condiciones de trabajo, entre las que destacaba precisamente la de la duración de la jornada. Así lo simboliza muy gráficamente el origen remoto del que hoy es el «Día Internacional de los Trabajadores», pues lo que se conmemora es la huelga iniciada el 1 de mayo de 1886 en la ciudad de Chicago, con la que se reclamaba la llamada «jornada de los tres ochos» (ocho horas de trabajo, ocho de desarrollo personal y familiar y ocho de descanso) y los trágicos episodios posteriores. Realmente, la batalla subsiguiente por las 40 horas semanales puede decirse que poco a poco, y con algunos retrocesos, se fue convirtiendo en una contienda casi ganada, sobre todo por la presión contractual ejercida por los sindicatos y por la subsiguiente intervención del legislador, impulsada principalmente desde el ámbito internacional.

Además de la importante labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo desde su [Convenio núm. 1](#), procede tener en cuenta el artículo 24 de la [Declaración universal de derechos humanos](#), que reconoce expresamente el derecho de toda persona «al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas», términos muy parecidos a los utilizados en el artículo 7 d) del [Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales](#). Por su parte, el artículo 31 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#), junto al derecho a trabajar en condiciones que respeten la salud, seguridad y dignidad, incluye el fundamental a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un lapso por vacaciones anuales retribuidas. Ello sin olvidar que, con el fin último de establecer unos estándares comunes a todos los Estados miembros y fijar unos contenidos normativos uniformes, se promulgó la [Directiva 93/104](#), sustituida por la [Directiva 2003/88, de 4 de noviembre](#), cuya concreción específica implica un máximo de 48 horas semanales, el descanso de un mínimo de 11 por día y el límite de 8 horas para los turnos de noche.

Pero el tiempo de trabajo no solo ha mostrado una línea evolutiva en cuanto a la reducción de su duración sin merma de la retribución. También la distribución interna del tiempo

fijado, esto es, la determinación precisa del momento en que la prestación de trabajo debe producirse, ha sido ocasión de enfrentamiento entre intereses contrapuestos y espacio de juego de diversas técnicas de regulación tendentes a arbitrar entre la pretensión empresarial a un uso elástico, libre de trabas, y el deseo de la persona trabajadora de no someter, de forma absoluta, la aplicación de su obligación laboral, a las exigencias empresariales.

Así pues, esta tirantez adquiere en la actualidad un triple rostro con proyecciones en tres debates: a) la minoración de la dedicación ante una acusada intensidad en los ritmos derivada de una imparable innovación tecnológica de los procesos productivos; b) la posibilidad de implementar modificaciones improvisadas de las franjas horarias inicialmente dispuestas a través del mecanismo de la distribución irregular, de las modificaciones sustanciales, descuelgues de condiciones, horas extraordinarias u horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial, y c) la compatibilidad del trabajo y la vida familiar bajo el nuevo concepto de corresponsabilidad o la atención a otras circunstancias personales de la persona trabajadora.

Estas circunstancias confluyen en un marco común: las dificultades de competitividad y rentabilidad empresarial, sobre todo de las corporaciones de pequeñas dimensiones, en un mercado cada vez más desglobalizado, descentralizado, con dificultades para conseguir materias primas y personas trabajadoras para ciertos oficios, con riesgo de estanflación y altamente tecnificado a costa de hacer porosa (o, mejor, difuminar) la frontera entre los tiempos de trabajo y de descanso en un mundo abierto las 24 horas del día.

El tiempo sigue apareciendo, pues, como factor determinante de un conflicto de intereses, razón por la cual antes como hoy el derecho del trabajo debe intervenir para tratar de reconstruir un reparto equitativo con el debido respeto de los límites legal o convencionalmente establecidos.

3. La digitalización, la robotización y la inteligencia artificial (IA) están impulsando una cultura empresarial donde el factor tiempo de trabajo, bajo una aparente flexibilidad, conlleva una invasión de los periodos de descanso, una agobiante velocidad de quehaceres, una reducción de los tiempos muertos, una mayor disponibilidad, un desbordamiento de las horas extraordinarias y un alargamiento de las jornadas. El algoritmo marca las exigencias cuantitativas, de manera que la persona trabajadora puede ser víctima de diversas enfermedades, entre las cuales cobra significativa importancia el síndrome de «fatiga profesional» o «*karoshi*», típico de las empleadas y empleados en Japón.

Dentro de un concepto amplio de «tecnoestrés», típico en actividades surcadas por la digitalización y la IA, encuentran cabida distintas realidades entre las que destaca, en primer lugar, la «tecnoadicción» (también denominada «*workalcoholism*», «*workation*» o «trabajolismo»), caracterizada por compulsión a utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones en todo momento y a estar siempre al día con los avances, generando una auténtica dependencia y síndromes de abstinencia en las interrupciones momentáneas; en

segundo término, la «tecnoansiedad», donde la persona experimenta altos niveles de tensión y malestar, frente al uso de herramientas tecnológicas que lleva a pensamientos negativos sobre tales instrumentos y sobre su propia capacidad y competencias personales y profesionales y un manifiesto temor a la pérdida del empleo, así como una baja autoestima; en tercer lugar, la «tecnofobia», que se manifiesta en una resistencia a hablar e incluso pensar sobre tecnología, generando una alarma o ansiedad ante ella y pensamientos hostiles al respecto; en cuarto lugar, la «tecnofatiga» o agotamiento mental y cognitivo consecuencia del uso de las herramientas informáticas, cuya manifestación más extrema es el síndrome de «*data smog*», causado por la sobrecarga de datos manejados al utilizar internet; en quinto lugar, la «tecnoinvasión», derivada de una supervisión constante, sea en orden a la localización y desarrollo de la prestación laboral, sea en la extensión de la disponibilidad de la persona trabajadora, compelida a estar siempre conectada a los dispositivos digitales empleados en la actividad laboral; en sexto lugar, la «tecnociberseguridad» o hiperresponsabilización de la persona trabajadora ante las posibles fugas de los datos manejados por la inexistencia, ineficacia o dificultad en la disposición de cortafuegos.

Todo ello sin dejar de mencionar otras siete manifestaciones como pueden ser: «locura multitarea» (*multitasking madness*), relativa a la imposibilidad de la mente humana a la hora de seguir el ritmo de los ordenadores capaces de ejecutar numerosas tareas a la vez; los «problemas informáticos» (*computer hassles*), causados por la lentitud y averías del sistema, la cantidad de mensajes electrónicos recibidos, incluidos *spam*, informaciones fraudulentas y anuncios (*pop-ups*), virus, actualización de aplicaciones y pérdida de ficheros; el agotamiento emocional (*burnout technological*), consecuencia de un cúmulo de demasiada presión y pocos motivos de satisfacción que provocan una frustración laboral prolongada con una pérdida progresiva de energía, desgaste y carga cognitiva que la persona trabajadora no puede asumir, especialmente cuando las relaciones con otras personas constituyen el eje central del trabajo; la «infoxicación», fruto de la imposibilidad de seguir y entender todas las referencias que circulan por la red; «el síndrome del *zoom*» o postración por estar sometido a constantes reuniones virtuales o eventos en línea; «el síndrome de la vibración fantasma» o tener siempre la sensación de estar recibiendo mensajes, y, por no seguir, el «*sleep-texting*», consistente en que la persona, estando en una fase de sueño determinada y teniendo el dispositivo electrónico al lado, establece conversaciones con otras sin ser consciente.

Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico venía contemplando previsiones normativas que avalarían más que sobradamente el derecho de las personas trabajadoras al descanso ([art. 19 del Estatuto de los Trabajadores –ET–](#) relativo a la seguridad y salud en el trabajo y su desarrollo en la [Ley de prevención de riesgos laborales](#), [art. 34 del ET](#) referido a horarios, descanso diario y jornada o [arts. 37 y 38 del ET](#) relacionados con los asuetos semanales o anuales) e incluso el Tribunal Constitucional había situado a la dignidad humana como elemento determinante para distinguir tiempo libre de tiempo de descanso, lo cierto es que hasta la promulgación de la [Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDyGDD), no existía un desarrollo normativo expreso sobre la desconexión digital laboral. Este derecho, incorporado al [artículo](#)

[20 bis del ET](#), con remisión de su regulación a la citada ley, cuyo [artículo 88](#), que no tiene carácter orgánico sino de ley ordinaria, pretende garantizar fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de la intimidad personal y familiar, redundando en un mayor bienestar laboral.

No cabe silenciar que el tiempo de trabajo y su adecuado control, evitando horarios excesivos o que usurpen el descanso y la vida familiar y personal de la persona trabajadora, deben ser considerados como un factor sustancial a contemplar en las evaluaciones de riesgos, pero, olvidando este importante principio, el [artículo 88 de la LOPDyGDD](#) adolece de un planteamiento amplio y omnicompreensivo desde el punto de vista de la tutela preventiva. Así, aunque el [artículo 88 de la LOPDyGDD](#) acomete la introducción de los riesgos psicosociales en el marco normativo, cuando hace mención al riesgo de fatiga informática, imponiendo a la persona empleadora obligaciones de carácter preventivo para evitar precisamente que esta golpee la salud de su plantilla, lo cierto es que su regulación se limita a reconocer al personal un débil *ius resistentiae* frente a la orden empresarial de actividad, lo cual no deja de ser una quimera en las organizaciones de reducidas dimensiones, mayoritarias en el tejido empresarial español, así como para un buen número de personas trabajadoras: irregulares, precarios, falsos autónomos, etc. Igualmente, carece de toda proyección en las nuevas empresas digitales, donde los puestos de trabajo se encuentran marcados por el logro de exigentes objetivos, máxime cuando la conexión no tiene lugar únicamente entre personas trabajadoras y herramientas de trabajo o entre las partes de la relación laboral, sino también con clientela y proveedores.

El hecho de que solo se conceda a la persona trabajadora la posibilidad de no responder a correos o mensajes no es en absoluto suficiente, pues, ante la recepción de una misiva, distintas personas asalariadas pueden adoptar diferentes actitudes, optando algunas por contestar y otras por no hacerlo, lo que podría generar inseguridad y malestar a estas últimas, que se verían presionadas ante la posibilidad de perjudicar su imagen frente a la empresa, que privilegiaría a aquellas dispuestas a sacrificar su tiempo de descanso, sobre todo en los supuestos en los que la retribución se vincule a la productividad donde la persona trabajadora podrá verse compelida a atender tales requerimientos para obtener unos emolumentos óptimos o para no poner su rendimiento en entredicho.

No resulta extraño que la principal de las manifestaciones del derecho al descanso dentro de un sistema productivo hipertecnológico asistido por algoritmos al que hace referencia el [artículo 88 de la LOPDyGDD](#) reconozca que las modalidades de ejercicio de este derecho no solo evitarán la fatiga, sino que «potenciarán el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar». Ahora bien, es imprescindible dar un paso más para relacionar el derecho a la conciliación con el derecho al ocio, pues el tiempo de descanso no solo es tiempo para la recuperación física y psíquica de la persona trabajadora o tiempo para que pueda atender sus responsabilidades de carácter familiar, sino que también es tiempo para el esparcimiento, lo cual es necesario para su bienestar y, por ende, para su salud. El ocio debería configurarse realmente como una perspectiva moderna del derecho al descanso, pues permite alcanzar el libre desarrollo de la personalidad de las personas empleadas.

Al tiempo, es necesario adoptar otras medidas tuitivas capaces de integrar importantes lagunas del tenor legal. Con cierta cortedad de miras la [LOPDyGDD](#) dispone que «las modalidades de ejercicio» de esta facultad de desconexión atenderán a la «naturaleza y objeto de la relación laboral» y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras. La primera parte de esta previsión alude a una cuestión obvia, evidenciando la importancia e imperatividad que otorga dicha ley a los convenios colectivos, referida a que el grado de aplicación del derecho a la desconexión dependerá del tipo de trabajo que se realice. Visiblemente, no es lo mismo su proyección en una empresa con un importante componente tecnológico, que en otra cuya forma de llevar a cabo la actividad sea un tanto más clásica. Tampoco será lo mismo en aquellos trabajos que se desarrollan íntegramente en un lugar concreto que aquellos otros donde la persona empleada dispone de una mayor movilidad. Igualmente, en el seno de la misma empresa, el personal que realiza un trabajo más rutinario o repetitivo dista a estos efectos respecto de quienes tienen un mayor grado de responsabilidad, y, con ello, más flexibilidad horaria y dependencia de las *apps* digitales. Por tales razones, la intensidad del derecho a la desconexión variará en función de la actividad económica desarrollada y del sector productivo en el que se enmarque una concreta empresa.

Ahora bien, en defecto de convenio colectivo (o de acuerdo de empresa), «el poder de dirección empresarial será el instrumento apto para regular las modalidades de ejercicio del derecho de desconexión digital», lo cual convierte el derecho en un mero desiderátum cargado de buenas intenciones. Así pues, sería ciertamente plausible que los sujetos negociadores blindaran la desconexión digital al reconocerla no solo como un derecho de la persona trabajadora y una obligación de la empresa, sino también como un deber en materia preventiva. En este sentido, se podría dar un paso más a través de cláusulas que dispongan el cierre automático de los servidores de correo una vez finalizada la jornada laboral o el bloqueo del acceso a las comunicaciones corporativas desde el fin de la jornada laboral hasta el comienzo de la siguiente. El empresariado debe asumir la «posición de garante» del logro de la desconexión, de suerte que lo importante es el éxito del resultado y no los medios específicos utilizados para ello, que, además, deben ser todos los necesarios.

Importantes novedades pretendió introducir en este marco el anteproyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de la jornada y el derecho a la desconexión, pues adoptaba como punto de partida la consideración del tiempo de trabajo como factor directamente relacionado con la mejora «de las condiciones de trabajo y, como consecuencia, la calidad de vida de las personas trabajadoras». Pretendía, así, garantizar de manera más efectiva el derecho a la desconexión, con el objeto de evitar que pueda exigirse el desarrollo de la prestación fuera de los horarios pactados, respetando el derecho al descanso y a la propia intimidad de las personas trabajadoras. Con este fin, se establecía de forma expresa que el rechazo o la no atención de la comunicación o de la petición de prestación laboral por medios digitales fuera de la jornada laboral no podrá generar consecuencias negativas, represalias o trato menos favorable para la perso-

na trabajadora. A la par, se establecía que el deber empresarial de garantizar el derecho a la desconexión de la persona trabajadora se concreta en la ausencia de toda solicitud de realizar una prestación laboral y la ausencia de comunicación de la empresa o persona en quien delegue, así como de terceros con relación comercial con la empresa, con la persona trabajadora por cualquier dispositivo, herramienta o medios digitales. Se introducía, a la postre, el derecho a no estar localizable fuera de su horario de trabajo.

Deviene imprescindible, pues, retomar la iniciativa reformadora a los efectos de establecer un vínculo claro entre los derechos a la desconexión y la prevención de riesgos laborales.

4. La frecuente extensión no retribuida ni cotizada del tiempo de trabajo hizo necesaria la implantación legal de un sistema efectivo, objetivo, fiable y accesible de control de la dedicación efectivamente desarrollada capaz de corregir los sucesivos vaivenes jurisprudenciales habidos en la materia. Mientras la Audiencia Nacional, en [Sentencia 207/2015, de 4 diciembre](#), había considerado obligatorio el registro diario de la jornada de trabajo con independencia de que se realizaran o no horas extras, sentencias posteriores del TS ([246/2017, de 23 de marzo](#), [338/2017, de 20 de abril](#) y [1044/2017, de 20 de diciembre](#)) habían estimado que no existía una obligación general de llevar un registro diario de la jornada, pues dicha obligación en el tenor literal vigente en aquel momento se refería únicamente a las horas extraordinarias, interpretando el artículo 35.5 del ET en el sentido de que si la intención hubiese sido otra, habría incluido la referencia del registro y control de la jornada laboral en el artículo 34 del ET, pero se había limitado a imponer la necesidad de llevar un control de las jornadas especiales, no de la ordinaria.

Ante estas discrepancias, la Audiencia Nacional, mediante Auto de 19 de enero de 2018, planteó ante el Tribunal de Justicia europeo una petición de decisión prejudicial conforme al artículo 267 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), en la que expresó sus dudas sobre la conformidad con el derecho de la Unión de la interpretación dada por el TS al artículo 35.5 del ET, alcanzando el Tribunal europeo la siguiente conclusión: el derecho español no puede garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones establecidas en la [Directiva 2003/88](#) y en la [Directiva 89/391](#), al no imponer a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

Poco tiempo antes de dictarse esta Sentencia del TJUE, que data del [14 de mayo de 2019 \(asunto C-55/18\)](#), el legislador español se adelanta por la vía de urgencia, añadiendo un nuevo apartado 9 en el artículo 34 del ET para recoger tal doctrina. Sin duda, aun cuando cabe pensar que en el pasado el registro de jornada venía a satisfacer el interés de la persona empleadora a fin de garantizar que las personas asalariadas trabajaban todas las horas previstas, en la actualidad es una forma de tutelar el derecho al descanso y de evitar fraudes, tal y como se deduce del [Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo](#), que exige a todas las empresas reflejar todos los días la dedicación temporal que realiza la plantilla. Elocuente es el redactado que utiliza esta previsión: «la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora».

Este registro horario se aplica ahora a todas las personas trabajadoras, con independencia de su categoría o grupo profesional, a todos los sectores de la actividad y a todas las empresas, cualquiera que sea su tamaño, facturación u organización, incluyendo a los puestos móviles, comerciales, temporales, a distancia o en cualquier otra situación en la que la prestación laboral no se desarrolle, de forma total o parcial, en el centro de trabajo de la empresa. Incluso, el TJUE en [Sentencia de 19 de diciembre de 2024 \(asunto C-531/23\)](#) ha aclarado que el registro es obligatorio también para las personas al servicio del hogar familiar.

Esta amplitud subjetiva y objetiva se manifiesta también en los instrumentos aptos para llevar a cabo dicho registro hasta el momento ([Criterio técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo](#)), no en vano puede hacerse a través de medios manuales (firma de la persona trabajadora en soporte papel), medios electrónicos (banda magnética, claves...) o informáticos (claves). En todo caso, tal y como ha recordado la doctrina del TS en [Sentencia 41/2023, de 18 de enero](#),

la consecuencia jurídica [...], aunque no lo mencione específicamente el art. 39.4 ET, no puede ser otra que la de entender que cualquier sistema de registro de jornada –ya sea pactado o adoptado por la empresa–, deberá cumplir necesariamente con todos y cada uno de esos tres requisitos [objetividad, fiabilidad y accesibilidad], debiendo declararse en caso contrario su ilegalidad,

que será castigada como infracción grave en el [artículo 7.5 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#).

Por lo demás, la empresa ha de conservar las evidencias durante cuatro años, permaneciendo a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo. La [Guía del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social](#) entiende igualmente válido cualquier cauce de conservación siempre y cuando se asegure su preservación y la fiabilidad e invariabilidad *a posteriori* de su contenido, ya sea en soporte físico o en cualquier otro que asegure idénticas garantías.

De otra parte, como no podía ser de otra manera, en la recogida, conservación, acceso y tratamiento de los datos correspondientes al registro han de tomarse en consideración las obligaciones derivadas de la normativa de protección de datos. Tal observancia no debe plantear especiales problemas, no en vano el [artículo 8 de la LOPDyGDD](#) excluye la aplicación del principio de consentimiento cuando se trata de cumplir una obligación legal como sucede en el presente caso. A estos efectos, el TS ha señalado en la [Sentencia de 24 de septiembre de 2024 \(rec. 236/2022\)](#) que el empleador debe ceder a la representación colectiva los datos relativos a la identificación (nombre y apellidos), la provincia y la población de las personas trabajadoras a las que se refiere el registro de jornada sin recabar su plácet, pues se trata de dar «cumplimiento a una obligación legal», máxime cuando

cumple con los criterios de cesión de datos personales pertinentes, mínimos, proporcionados y necesarios para el cumplimiento de la función legal que el artículo 64 ET atribuye a la representación legal de los trabajadores, en su cometido de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo;

es decir, responde a la «necesidad legal de controlar la jornada y las condiciones de seguridad y salud del trabajador» y cumple con el objetivo de la [Directiva 2003/88](#) de establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las normas nacionales relativas a la duración del tiempo de trabajo. Todo ello sin olvidar que la recogida de información a través de dispositivos digitales, de vídeo y audiovigilancia o de geolocalización, está amparada en el ámbito laboral con los requisitos obrantes en los artículos [87](#), [89](#) y [90](#) de la LOPDyGDD.

Por lo demás, la versión actualmente vigente del [artículo 34.9 del ET](#), además de instaurar un medio de prueba determinante en vía judicial, llama a la autorregulación, pues es a la negociación colectiva, o al acuerdo de empresa, a quien corresponde fijar cómo se ha de organizar y documentar ese registro de la jornada, si bien la norma, en defecto de estos instrumentos, recoge la posibilidad de que se materialice la «decisión del empresario previa consulta con la representación legal de los trabajadores de la empresa». Lógicamente, la negociación o consulta se prevé con la representación de las personas trabajadoras, pero si estas no existen no se ha diseñado un mecanismo alternativo como las comisiones *ad hoc* que en otras materias actúan. En este caso, la decisión, si nada se ha establecido mediante negociación colectiva, corresponde a la empresa, que no debe olvidar, sin embargo, la obligación de garantizar unas condiciones de trabajo «saludables», tal y como establece la [Estrategia Europea de la Salud y Seguridad en el Trabajo](#) y el propio [artículo 36.5 del ET](#), que obliga, en la organización de los tiempos de trabajo y de descanso y de los ritmos exigidos, a tener en cuenta el principio de adaptación y, por tanto, la ya conocida máxima de que el trabajo es el que debe adecuarse a la persona y no al contrario (art. 13 [Directiva 2003/88](#)). Pese a la vaguedad de los términos de este precepto, es hora de tener presente su aplicación desde la perspectiva de los riesgos laborales y la tutela de la seguridad y salud en el trabajo, lo cual exige una regulación detallada del concepto de «ajustes razonables», entre los que ocupa un lugar privilegiado el tiempo de trabajo, consiguiendo evitar tanto solicitudes caprichosas o interesadas de las personas trabajadoras como negativas injustificadas o adaptaciones incorrectas.

Particular atención merece, a la postre, la utilización de datos biométricos en los sistemas de control horario. A estos efectos, en noviembre de 2023, la Agencia Española de Protección de Datos, en línea con el criterio renovado del Comité Europeo de Protección de Datos Personales, ha publicado una [guía](#) 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 agencia 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.^a. 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 artículos 34.9 y 20.3 del ET no dan cobertura legal expresa a estas herramientas, como tampoco lo hace la LOPDyGDD. 2.^a. El consentimiento de la persona trabajadora no puede levantar la prohibición de tratamiento de una categoría especial de datos personales, al existir un desequilibrio entre las partes del contrato de trabajo, y no existir cobertura legal de uso de esta herramienta. 3.^a. 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, en el que 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 fin, resta señalar que el régimen jurídico del registro de jornada está sujeto a una inminente reforma cuyas líneas de novedad principales van referidas a la obligatoriedad de materializar el registro a través de medios digitales, objetivos, verificables y articulados en tiempo real. Además, deben ser las personas trabajadoras quienes realicen los apuntes, que serán accesibles para la propia persona trabajadora, las y los representantes y la Inspección de Trabajo. Asimismo, se han de registrar todos los tipos de jornada (ordinarias, extraordinarias, flexibles y horas complementarias en el tiempo parcial).

5. En fin, en el marco de la elaboración de un Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI, procede avanzar en el diseño de una reforma coherente y global sobre el tiempo de trabajo, fijando unos mínimos de tutela aceptables capaces de amortiguar el cambio de modelo de ordenación, que ha transitado desde el clásico basado en la reglamentación, uniformidad y generalidad, hacia uno nuevo fundamentado en la desregulación, con recuperación de la autonomía individual y el enriquecimiento de contenidos de la negociación, la diversificación y la búsqueda de soluciones personificadas. Se debe tratar de dar respuesta a los renovados modos de trabajar intensivos en el uso de las nuevas tecnologías, más allá de la tradicional fórmula binaria y de los sucesivos remiendos de las normas de emergencia, sin olvidar dar solución también a los problemas de salud (en particular en relación con los riesgos psicosociales) que pueden derivar del incremento desmedido de la flexibilidad-disponibilidad, con mutaciones improvisadas en las dedicaciones y el exceso de carga mental.

Sobre estas ideas, meramente aproximativas, insisten algunos de los estudios incluidos en el presente número, en el que prestigiosas plumas abordan con elevadísimas dosis de rigor científico cuestiones laborales del máximo interés y actualidad.

Cómo citar: Rodríguez Escanciano, S. (2025). Consideraciones sobre el tiempo de «trabajo» y de «no trabajo» a la luz de dos variables: el derecho a la desconexión y el derecho al registro de jornada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 7-17. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24859>

El núcleo de imputación en los despidos colectivos en las empresas deslocalizadas: nuevos paradigmas en el debate entre centro de trabajo y empresa

Ana María Castro Franco

Personal Docente Investigador FPU.

Universidad de León (España)

acasf@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0002-6834-3064>



Este trabajo ha obtenido el **Primer Premio Estudios Financieros 2025** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, doña María del Rosario Cristóbal Roncero, don Joaquín Merchán Bermejo, don Fernando Ruiz Linaza y doña Raquel Vicente Andrés. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La elección de la empresa como lugar para medir el número de personas trabajadoras que ha de separar cuanto es colectivo de cuanto no adquiere tal dimensión a efectos del procedimiento aplicable, sirve como advertencia por el Tribunal de Justicia para recordar que el centro de trabajo (al cual alude la directiva) puede configurar una referencia más favorable. Ahora bien, el doble cómputo que de hecho –no de derecho– ha de realizarse en España en la actualidad, de seguro quedará prontamente desfasado por la irrupción de otros fenómenos propios de la nueva realidad socioeconómica: al lado de figuras más conocidas como los grupos de empresas (que en su realidad fisiológica pueden cortocircuitar la responsabilidad solidaria, y en la patológica conformar redes difíciles de desentrañar), no cabrá ignorar el importante elemento transformador dado por la desaparición física del centro de trabajo como elemento que ha venido sirviendo para articular no solo la relación individual, sino también las relaciones colectivas. Imprescindible resultará atender, así, a esas situaciones de trabajo deslocalizado (y no solo el teletrabajo o trabajo a distancia, cuya operatividad ha quedado definitivamente reforzada en la pandemia) o con múltiples localizaciones para llevar a ajustes flexibles de la norma ante una realidad en cambio.

Palabras clave: directiva de despidos colectivos; Tribunal de Justicia; núcleo de imputación objetivo; empresas digitalizadas; trabajo deslocalizado; múltiples localizaciones; grupos de empresas.

Recibido: 20-05-2025 / Aceptado: 30-07-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Castro Franco, A. M. (2025). El núcleo de imputación en los despidos colectivos en las empresas deslocalizadas: nuevos paradigmas en el debate entre centro de trabajo y empresa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 18-44. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24585>

The imputation nucleus in collective dismissals within delocalized companies: new paradigms in the debate between work center and firm

Ana María Castro Franco

FPU University Teaching and Research Staff.

University of León (Spain)

acastf@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0002-6834-3064>

This paper has won the **First Prize Financial Studies 2025 Award** in the Labour and Social Security Law category. The jury members were: Ms. María Luisa Segoviano Astaburuaga, Ms. María del Rosario Cristóbal Roncero, Mr. Joaquín Merchán Bermejo, Mr. Fernando Ruiz Linaza and Ms. Raquel Vicente Andrés. The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

Abstract

The choice of the company as the place to measure the number of workers, which must separate what is collective from what does not acquire such a dimension for the purposes of the procedure to be followed, serves as a warning by the Court of Justice to recall that the workplace (to which the Directive refers) may be a more favourable reference. However, the double counting that in fact —not in law— has to be carried out in Spain at present will certainly soon be outdated by the irruption of other phenomena inherent to the new socio-economic reality: alongside better known figures such as groups of companies (which in their physiological reality can short-circuit joint and several liability, and in their pathological reality form networks that are difficult to unravel), we cannot ignore the important transforming element given by the physical disappearance of the workplace as an element that has served to articulate not only the individual relationship, but also collective relationships. It will therefore be essential to address these situations of delocalised work (and not only telework or remote work, whose operability has been definitively reinforced in the pandemic) or with multiple locations in order to lead to flexible adjustments of the norm in the face of a changing reality.

Keywords: collective redundancies directive; Court of Justice; objective core imputation; digitised companies; delocalised work; multiple locations; groups of companies.

Received: 20-05-2025 / Accepted: 30-07-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Castro Franco, A. M. (2025). The imputation nucleus in collective dismissals within delocalized companies: new paradigms in the debate between work center and firm. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 18-44. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24585>



Sumario

- 1. Núcleo de imputación objetivo: centro de trabajo y empresa
 - 2. El centro de trabajo y la adscripción de las personas trabajadoras en el trabajo a distancia y las empresas digitalizadas
 - 3. La visión comunitaria del grupo de empresas
 - 4. Reflexión final
- Referencias bibliográficas

1. Núcleo de imputación objetivo: centro de trabajo y empresa

Un nuevo punto de reflexión se abre al sopesar el núcleo de imputación a partir del cual habrá catalogar un despido como individual o colectivo: mientras la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, alude al centro de trabajo, el ordenamiento español hace referencia a la empresa como ámbito para el cálculo. Cuestión pacífica durante décadas en el ordenamiento español, siempre presumiendo la existencia de una norma interna más favorable, un supuesto ciertamente extraordinario llevará a corregir cuanto con rotundidad antes había sido sentado; también desempolvar viejos criterios del Tribunal de Justicia que habían pasado prácticamente desapercibidos.

Partiendo de la literalidad del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), varios han sido los argumentos apuntados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) para situar en la empresa el parámetro de referencia¹. Así, la opción es una expresión de lo dispuesto por el artículo 5 de la directiva dado que, a mayor amplitud del centro de imputación, más personas trabajadoras podrían entrar en el cómputo de las extinciones en cuestión. Conclusión (en parte) contradictoria con su propio criterio, pues había venido a reconocer abiertamente que en algún supuesto la aplicación de la norma supranacional no implica un trato menos garantista.

De hecho, la doctrina mayoritaria apuntaba a favor de la empresa como unidad de referencia, a un extremo de poder afirmar que era una posición prácticamente unánime (Valdés Dal-Rè, 1994), siempre dejando a salvo el parecer de algún autor que entendía incumplida la directiva (Ojeda Avilés, 2004). El planteamiento de la norma española como regulación más favorable es aceptable en líneas generales siempre y cuando no suponga la reducción de la protección conferida al personal en aquellos casos en los cuales, de aplicar el patrón del centro de trabajo, se superarían los umbrales. No obstante, si quien legisla a nivel nacional hubiera prestado más atención a cuanto venía siendo objeto de discusión a nivel europeo, habría podido anticipar que su solución no estaba exenta de fisuras.

El Tribunal de Justicia ya había interpretado el concepto de centro de trabajo como la «unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido»². A estos efectos, no resulta esencial que disponga de una dirección

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008).

² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 7 de diciembre de 1995 (C-449/93), asunto *Rockfon*, apartado 32.

facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos, ni tampoco es preciso que exista una separación geográfica entre ella y otras unidades e instalaciones de la empresa. Esta interpretación aparece corroborada por el hecho de que la propuesta inicial de directiva presentada por la Comisión utilizaba el término «empresa», y el último párrafo del apartado 1 del artículo 1 definía este concepto como la «unidad local de empleo»; más aún, el Consejo decidió sustituir el término por el de «centro de trabajo», lo cual tuvo como consecuencia la supresión de la definición inicial, considerada superflua.

Una empresa puede constituir concretamente un «centro de trabajo», una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y disponga de un conjunto de personas trabajadoras, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas funciones³. Al utilizar los términos «entidad diferenciada» y «en el marco de una empresa», el Tribunal de Justicia precisó que los conceptos de «empresa» y de «centro de trabajo» son distintos y que este último es, por regla general, una parte de una empresa. Lo cual no excluye que ambos puedan coincidir en aquellos casos en los cuales esta no disponga de varias unidades distintas.

Teniendo en cuenta que el fin perseguido por la Directiva 98/59 contempla especialmente las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos podrían provocar en un contexto local y en un medio social determinados, la entidad en cuestión no debe estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni siquiera de independencia económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de «centro de trabajo».

Con posterioridad, en el pronunciamiento considerado por la doctrina como el precedente inmediato de cuanto servirá al tribunal para corregir la doctrina jurisdiccional española (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2015, p. 114), bien cabría valorar la existencia de un claro retroceso de cuanto sienta en estos supuestos, e inmediatamente corregirá en los que le siguen. Así, y tras aclarar que carece de cualquier trascendencia la utilización del singular o plural (centro o centros), según las diversas versiones lingüísticas de la directiva, abandona el criterio social hasta entonces mantenido para, de la mano del abogado general, preocuparle más el objetivo del «mercado interior» (Casas Baamonde, 2015, pp. 383-386). Proclama, por ende, la independencia del centro respecto de la empresa cuando señala que:

[...] el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una obligación de información y consulta de los trabajadores cuando se despide, en un periodo de 90 días, a al menos a 20 trabajadores de un centro de

³ STJUE de 15 de febrero de 2007 (C-270/05), asunto *Athinaiki Chartopoiia*, apartado 27.

trabajo concreto de una empresa, y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo periodo, alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores⁴.

La interpretación localista apenas si mantiene vigor en el tiempo. Aun cuando no falta quien sostiene que cabría hacer una doble lectura del concepto en cuestión en función del módulo por el cual se hubiera optado (Falguera i Baró, 2015, p. 28), en línea con la jurisprudencia del TS⁵, no parece que tal fuera la intención del Tribunal de Justicia⁶.

⁴ STJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/14), asunto *USDAW y Wilson*, apartado 71. En el mismo sentido vendrán a ser consideradas cada una de las 394 tiendas como un «centro de costes individual», en el supuesto recogido en la STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-182/13), asunto *Lyttle*, apartado 51:

[...] parece que cada una de las tiendas controvertidas en el litigio principal es una entidad diferenciada y, por regla general, de carácter permanente, adscrita a la ejecución de tareas determinadas, a saber, principalmente, la venta de mercancías, y que dispone, a tal efecto, de varios trabajadores, de medios técnicos y de una estructura organizativa, ya que cada tienda es un centro de costes individual gestionado por un director.

⁵ STS de 30 de mayo de 2023 (rec. 189/2022). Supuesto en el que el cómputo de los umbrales se realiza tomando la plantilla de la empresa en la que presta servicios el trabajador, pero con referencia a las extinciones que, dentro del periodo de 90 días, se han producido en el grupo de empresas laboral, cuya plantilla total supera las 300 personas. Han de tomarse elementos homogéneos en relación con la plantilla y el número de extinciones a computar, ya de la empresa o ya del grupo laboral de empresas, pero no mezclarlos.

A la hora de interpretar el artículo 51.1 del ET en relación con la Directiva 98/59, el TS ha sostenido que el citado precepto no excluye de la unidad de cómputo al centro de trabajo. Por este motivo, y de conformidad con la normativa de la Unión Europea, debe entenderse que en la disposición se integra el centro de trabajo. La interpretación conforme a la norma nacional es la que lleva a considerar que su objeto no es otro que:

[...] extender a la empresa la unidad de cómputo de los umbrales que separan el despido colectivo del objetivo, pero sin contener previsión alguna de la que se derive la exclusión de los centros de trabajo que reúnan esos mismos requisitos numéricos, dando con ello lugar a una confusa redacción que puede ser integrada con la aplicación del principio de interpretación conforme, que permite interpretar el precepto en el sentido de que procede su aplicación no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en referencia a cualquiera de sus centros de trabajo aisladamente considerados en el que presten servicio más de 20 trabajadores (STS 7 de febrero de 2018, rec. 486/2016).

El resultado sería igual si se tomara el conjunto de empresas o el grupo laboral. En esencia, según dicta la Sala Cuarta, una adecuada lectura de la norma interna acorde al mandato de la Directiva 98/95 ha de llevar a la aplicación del artículo 51.1 del ET en supuestos en los cuales ha de utilizarse como unidad de referencia el centro de trabajo. Por lo tanto, se confirma la consolidada jurisprudencia del doble cómputo del despido colectivo en el centro de trabajo de más de 20 personas trabajadoras y la empresa en la interpretación conforme con la norma europea. Esta jurisprudencia es de aplicación también en los grupos de empresas laborales (patológicos), con doble cómputo en cada empresa y en el conjunto empresarial.

⁶ En este sentido, Lahera Forteza (2023). La jurisprudencia del doble cómputo de despidos colectivos presenta poca consistencia jurídica. Una solución más acertada habría sido

Más aún, la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» únicamente puede ser considerado favorable a la mano de obra cuando supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida en aquellos supuestos en los cuales, de aplicar el concepto de centro de trabajo, sería factible alcanzar el número de ceses requerido para llevar a la calificación de despido colectivo.

A título de ejemplo, cabe pensar en una empresa con varios centros de trabajo en la cual, sumada toda su plantilla y aplicada la escala de la regulación nacional, llevara a entender que no hay despido colectivo, pues no alcanza el número mínimo requerido; sin embargo, si en uno de esos centros de trabajo hubieran tenido lugar suficientes despidos para ser considerada la decisión en su vertiente colectiva, se estaría negando al personal afectado el acceso a la protección dispensada por la directiva. Por tanto,

[...] infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de ‘despido colectivo’ a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva (STJUE de 13 de mayo de 2015, C-392/13, asunto Rabal Cañas, apdo. 54).

La falta de perspectiva del juzgador español (Fernández Domínguez, 2018, p. 170) ha obligado a una nueva rectificación (en sede jurisdiccional y no legal como procedería –García-Perrote Escartín, 2017, pp. 101-105–) destinada a corregir cualquier elemento de fuga y, de este modo, llevar a un doble escrutinio de los parámetros exigidos en la ley, tanto en

[...] extender el despido colectivo a (en los 90 días coincidentes de la norma europea y nacional) centros de trabajo de menos de 100 trabajadores, interpretando el art. 51.1 ET, sin el tope mínimo de 20, en extinciones que afecten al menos a 10 trabajadores.

Es más, la falta de eficacia horizontal de esta directiva debería haber conducido o bien a sustituir directamente desde una interpretación conforme a la norma europea el término empresa por el de centro de trabajo, sin un forzado doble cómputo, o bien «a la declaración “contra legem” de la interpretación jurisprudencial europea debido al tradicional cómputo exclusivo y más favorable en la empresa, reenviando el problema al legislador».

En cuanto a la aplicación de esta jurisprudencia a los grupos de empresa laborales hace, los problemas del doble cómputo vuelven a quedar de manifiesto, no solo entre el centro de trabajo, la empresa y el grupo (cabe recordar que cada empresa es tratada como centro de trabajo y el conjunto como una empresa), sino entre empresas del mismo grupo laboral. Nuevamente, resulta patente la necesidad de una intervención legislativa capaz de llevar a cabo una revisión de la unidad del cómputo de los despidos colectivo en línea con la directiva y de establecer «los umbrales exclusivamente por centros de trabajo en 30 días de más de 20 trabajadores o en 90 días de cualquier plantilla, descartando un cómputo por empresa».

la empresa como en el centro de trabajo. En este sentido (Poquet Catalá, 2015, p. 103), y en una interpretación *a sensu contrario* del literal legal, no cabrá situar a la empresa como una única unidad de cómputo, descartando el centro de trabajo; antes bien, sin desaparecer el núcleo de imputación primario (como supuesto por lo común más favorable, siempre y cuando ampare a todo el personal), será menester sumar el ahora redescubierto para aquellos supuestos no cubiertos por la norma española, pero sí protegidos a través de la referencia a tal concepto incorporada a la directiva (Trillo Párraga, 2015).

De examinar la tesis defendida por la doctrina judicial, el parámetro de centro de trabajo solamente debe ser aplicado para el supuesto de que, una vez utilizado el parámetro de empresa, quepa colegir que no concurre un despido colectivo y, por consiguiente, de no emplear el criterio inferior, no se alcanzaría el efecto útil pretendido por la directiva (STS de 21 de octubre de 2021, rec. 158/2021). Ahora bien, el parámetro de cómputo inferior entra en juego solo si, como mínimo, cuenta con 20 personas trabajadoras, no estando obligado quien legisla a nivel nacional a reconocerlo en favor de aquellos otros que empleen una menor cantidad, como es lógico y razonable en función de esa dimensión plural del despido colectivo que necesariamente requiere una mínima incidencia cuantitativa en el número de personas afectadas en función de las destinadas en el concreto centro⁷.

El artículo 1.1.º de la norma comunitaria no puede ser más categórico en este aspecto, utilizando unos términos tan manifiestamente inequívocos que no admiten posibles dudas interpretativas, ni margen de actuación a los Estados a la hora de transponer esa exigencia, imponiendo como obligación de garantía mínima la protección de la plantilla a nivel del centro de trabajo cuando concurren las circunstancias cualitativas y cuantitativas que contempla; identificando el derecho protegido sin necesidad de ninguna otra norma complementaria o de ejecución que deba desarrollarlo. Si bien la ley estatal puede introducir disposiciones más favorables, cuanto no cabe es eludir la obligación que impone la directiva y dejar desprotegido al personal afectado en el ámbito de aquellas unidades productivas que por sí solas ya cumplen los requisitos tan inequívocamente establecidos en el precepto.

Con todo, la directiva, que no ha sido correctamente transpuesta, no admite su eficacia directa en un litigio entre particulares. Frente a las indeseadas consecuencias de la inaplicabilidad «directa» e inter privados, procede valorar el instrumento de «interpretación conforme», pues el órgano jurisdiccional está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la norma europea, para, al efectuar tal tarea hermenéutica, alcanzar el resultado pretendido.

Sin que ello pueda conducir a forzar la exégesis de la norma hasta el punto de incurrir en una interpretación *contra legem*, el TS afirma estar facultado para realizar una interpretación conforme al derecho de la Unión de la normativa interna, toda vez que no se trata

⁷ SSTs de 6 de abril de 2017 (rec. 3566/2015), 13 de junio de 2017 (rec. 196/2016), 14 de julio de 2017 (rec. 74/2017) y 22 de septiembre de 2021 (rec. 106/2021).

de previsiones genéricas y abstractas, sino de una taxativa disposición legal que no admite margen en su transposición ni suscita dudas interpretativas sobre su eficacia y alcance. Distinto sería si la redacción del artículo 51.1 del ET hubiera excluido de forma específica y expresa la posibilidad de aplicar ese precepto en referencia concreta al centro de trabajo, lo cual haría entonces inviable una interpretación conforme al derecho de la Unión.

Desde un enfoque teleológico, lo pretendido por la disposición interna es dar cobertura a una situación más favorable con carácter general para las personas trabajadoras que la prevista en la propia directiva, nunca la de excluir la protección en aquel nivel mínimo de garantía que su artículo 1.1.º ha residenciado en los centros de trabajo. Y ello por más que el canon de interpretación literal, incluso los antecedentes históricos y legislativos de la norma interna, parezcan conducir a un resultado diferente.

La tesis apoya su conclusión en la interpretación sistemática, habida cuenta de la frecuente asimilación que hace quien legisla en el plano interno entre la empresa y el centro, en prueba de que ambos conceptos aparecen íntimamente vinculados, muchas veces equiparados, y no son en modo alguno excluyentes el uno del otro. En este sentido, los términos «empresa» y «centro de trabajo» no se excluyen a nivel interno, pero es necesario advertir que esta circunstancia podría no resultar determinante por cuanto la noción «centro de trabajo» a la luz de la directiva no es plenamente coincidente con la utilizada por quien legisla a nivel nacional.

En opinión del TS, otra interpretación distinta daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento del personal en cuantas empresas tienen un solo centro de trabajo respecto a cuantas disponen de varios, permitiendo a estas últimas despedir individualmente a un número incluso superior a las otras, acudiendo al recurso de concentrar todas las extinciones en un único referente locativo. No obstante, la aplicación de la regla del artículo 51.1 letra a) del ET supone un diferente tratamiento jurídico entre las entidades con varios centros de trabajo y cuantos tienen uno único que no emplea a más de 20 personas trabajadoras.

La inserción del criterio de cómputo inferior en la norma plantea dudas interpretativas relevantes que se han de sopesar con tiento. Teniendo en cuenta la definición del concepto «centro de trabajo», de acuerdo con los parámetros descritos por la jurisprudencia europea, no es extraño que deba ser objeto de concreción en cada ocasión, suscitando una casuística considerable. A título de ejemplo, el Pleno del TS descartaba que la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla por el cierre del centro de trabajo como consecuencia del cese de su actividad tuviera la consideración de despido colectivo⁸; sin embargo, una

⁸ En el caso que resuelve, no existe despido colectivo puesto que la empleadora cuenta con más de 20.000 personas trabajadoras, procediendo al cierre de un centro de trabajo por medio del despido de las 12 personas empleadas que prestaban servicios en el mismo y que eran la totalidad de la plantilla. STS de 13 de junio de 2017 (rec. 196/2016):

importante sentencia da un giro en su argumentación al calificar aquel que afecta a toda la plantilla (6 personas trabajadoras) como un despido colectivo ex artículo 51.1. 4.º del ET⁹.

En el caso de una única empresa con más de un centro (policéntricas), en la cual el despido colectivo afecte a personas trabajadoras repartidas en todos ellos, la simultaneidad de procedimientos (colectivo para unas e individual para otras) puede implicar desajustes o requerir ciertos elementos de coordinación en aras de cumplir todos los requisitos formales.

Por su parte, «el doble criterio de cómputo condiciona el comportamiento estratégico de los destinatarios de la norma propiciando eventuales “goteos extintivos” en diversos centros para “evitar” la aplicación del criterio de cómputo inferior» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2016).

En el caso que resolvemos nadie discute que en el centro de trabajo afectado se ocupara habitualmente a más de 20 trabajadores o que, en un periodo de 90 días, se hubiesen producido al menos 20 despidos. Lo único acreditado es que se procedió en la misma fecha a la extinción de los contratos de los 12 trabajadores que estaban adscritos al centro, por lo que no se alcanzaban ninguno de los umbrales establecidos en el artículo 1.1 a) de la Directiva, ni tampoco se superaban los que se establecen en el número 1 del artículo 51 ET, desde el momento en que la empresa Urbaser cuenta con una plantilla superior a los 20000 trabajadores. Acertadamente por tanto la sentencia recurrida rechazó que existiera en este caso y a efectos legales un despido colectivo, en aplicación tanto del art. 51.1 ET como de la Directiva 98/59/CE [...], con expresa y acertada invocación de la jurisprudencia del TJUE representada en su sentencia de 13 de mayo de 2015 (C-392/2013, asunto «Rabal Cañas»), a lo que cabría añadir que también y con cita de esa sentencia, se llega al mismo resultado con la aplicación de la doctrina del Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo contenida en la STS de 17 de octubre de 2016 (rec. 36/2016). Tampoco puede atribuirse a los despidos producidos la condición de «colectivo» por el hecho cierto de que los doce empleados constituyesen la totalidad de la plantilla del centro [...] la mera lectura del precepto [art. 51 ET] nos indica con claridad que la Ley Nacional, el ET, ha establecido en esa norma un supuesto específico de despido colectivo, que, como hemos visto, en absoluto podría encajar en los umbrales numéricos previstos para el despido colectivo en el art. 1.1 de la Directiva 98/59, razón por la que sin duda cabe calificar el supuesto del art. 51.1 ET transcrito como encuadrable en el artículo 5 de aquella, en el que se prevé la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan disposiciones más favorables para los trabajadores. Dicho esto, esa norma más favorable ha de interpretarse en el sentido propio de sus palabras, de manera que no cabe en absoluto extrapolar aquí el concepto comunitario de «centro de trabajo» donde el art. 51 ET establece la excepción numérica para «la empresa», y además no cualquier empresa, sino aquella que prescinda de la totalidad de su plantilla, siempre y cuando las extinciones sean superiores a cinco, y cuando el despido determine el cese completo de la actividad empresarial, situación que de manera obvia en absoluto es la que abordamos y resolvemos en el presente caso.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2023 (rec. 373/2023):

Si bien conforme a la Directiva 98/59 no se han llegado a extinguir 20 contratos de trabajo en un mismo centro de trabajo, sí se ha operado, con el desplazamiento de la carga de la prueba, la cesación total o del conjunto de la actividad de la empresa y, por ende, la superación del umbral legal, deviniendo aplicable el artículo 51.1 ET: «se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas».

El conjunto de los pronunciamientos sintéticamente analizados ha de mover a una triple reflexión: lo desafortunado de haber acudido a un criterio mixto o híbrido en un sistema productivo como el español fundado en la pequeña y mediana empresa (Sáez Lara, 2015, p. 56); la necesidad de tener presente en todos los análisis tanto el ordenamiento europeo como el parecer de su intérprete cualificado, bajo el riesgo de sufrir la corrección (y no en términos precisamente cordiales) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– (Cabeza Pereiro, 2015, p. 85); por último, la necesidad de poner fin a la solución de un sistema de doble cómputo, pues en su propia complejidad lleva al fracaso (Caldeiro Ruiz, 2015).

2. El centro de trabajo y la adscripción de las personas trabajadoras en el trabajo a distancia y las empresas digitalizadas

La economía colaborativa da lugar a una estructura empresarial descentralizada donde la normal actividad no requiere la presencia del personal en un centro de trabajo físico. La relación con quien proporciona empleo, en buena medida, canalizada a través de aplicaciones informáticas, permite huir de la presencialidad y gestionar la plantilla y la relación con la clientela de forma interactiva. El reconocimiento como persona trabajadora por cuenta ajena a quien presta servicios en las empresas colaborativas no solventa los problemas en torno a la aplicación de los derechos laborales, en general, y de los derechos de la representación colectiva en el ámbito del despido colectivo, en particular.

A nivel interno, partiendo de que estas personas mantienen una relación laboral susceptible de quedar encuadrada en el artículo 1 del ET, procede analizar si pueden ser consideradas personas trabajadoras a distancia en ausencia de un centro físico que responda a la definición de «unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral».

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, deja vacío de contenido el artículo 13 del ET, el cual hacía referencia al trabajo a domicilio con una definición pareja a la establecida en el artículo 1 del Convenio núm. 177, de 1996, sobre el trabajo a domicilio (Álvarez de la Rosa, 2018, p. 225). La nueva norma diferencia entre trabajo a domicilio, a distancia y teletrabajo¹⁰, para precisar en su ámbito de aplicación el carácter regular del trabajo a distancia prestado, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del 30 % de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo.

¹⁰ Hasta la publicación del ya derogado Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, no se hacía referencia al teletrabajo como una modalidad de trabajo a distancia. Los términos «trabajo a distancia», «teletrabajo» y «trabajo a domicilio» son intercambiables en determinados contextos (Ushakova, 2015, p. 74).

El artículo 2 entiende por trabajo a distancia la forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta. Desaparece la expresión «de manera preponderante en el domicilio del trabajador» establecida en el artículo 13 del ET, si bien ambas referencias de ordenación incluyen la posibilidad de que la actividad sea desempeñada en el lugar elegido por la persona trabajadora. No obstante, en las empresas digitalizadas y de plataforma no siempre existe una elección por parte de la persona interesada del espacio donde llevar a cabo su trabajo, por cuanto debe realizarse en un ámbito impuesto por la idiosincrasia asociada a los nuevos modelos laborales.

La ley establece de manera expresa que el trabajo a distancia surge del acuerdo entre quien proporciona empleo y la mano de obra, mientras en las entidades analizadas su imposición puede venir dada de manera implícita, pues el quehacer laboral se ejecuta en un entorno donde predomina la tecnología y no es necesaria la presencia física para la organización y dirección empresarial. Por lo tanto, las personas empleadas de dichas empresas o plataformas no podrían ser consideradas en sentido estricto trabajadoras a distancia.

La adscripción de las personas trabajadoras a un centro de trabajo es un factor muy importante para el ejercicio de sus derechos colectivos y el desarrollo de la relación laboral, por cuanto tiene consecuencias en aspectos tales como el cálculo de los umbrales en los despidos colectivos o las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o el concurso de acreedores. Toda persona trabajadora debe estar adscrita a un centro con independencia de donde realice su prestación efectiva, con presencia física o a distancia. La decisión queda en manos de la persona empleadora quien tiene la obligación de comunicar a la persona trabajadora cualquier cambio a este respecto dentro de los límites del *ius variandi*. Si la adscripción depende únicamente del criterio de quien proporciona empleo, no es difícil imaginar situaciones fraudulentas tendentes a evitar o minorar el ejercicio de los derechos de la representación legal de la plantilla.

Cuando la persona trabajadora preste servicios en diferentes centros de trabajo o en algunos móviles o itinerantes se harán constar estas circunstancias en el contrato. Según ha interpretado algún autor, «nada impide la adscripción a varios centros de trabajo, que, por definición, son todos ellos lugares de trabajo» (Lousada Arochena, 2011, p. 176); con todo, el centro de trabajo no siempre coincide con el lugar de trabajo y permite una adscripción plural. Dicha equivalencia es errónea, habida cuenta de que la adscripción solo puede realizarse a un centro con independencia de si la actividad productiva acaece en otros lugares, o desde el domicilio en el caso del teletrabajo.

En el trabajo a distancia será contenido mínimo obligatorio del acuerdo, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, la determinación del centro de trabajo de la empresa al cual queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada presencial. Con todo, la adscripción

solo tiene sentido respecto a quienes no prestan servicios en ninguno en concreto por efectuar la totalidad de la jornada a distancia (Pastor Martínez, 2021, p. 108).

El ordenamiento español asocia el concepto de centro de trabajo a un espacio físico donde la persona empleadora ejerce el poder de dirección y gestión, aun cuando las nuevas organizaciones empresariales y la aplicación de la tecnología rompen con los criterios de nexo de cercanía o vínculo locativo (Gallego Montalbán, 2022, p. 286). La definición de organización específica y unidad productiva desde una lectura clásica no encaja con la realidad empresarial en un contexto de digitalización caracterizado por la realización de servicios en la modalidad de teletrabajo, trabajo a distancia o descentralización productiva, y donde el centro físico no existe en determinadas entidades por ser totalmente digitales.

La doctrina científica ha propuesto diversas soluciones, sin perjuicio de una futura modificación legislativa: primero, la delimitación espacial y funcional de una aplicación informática (*app*) permite defender que constituye un centro de trabajo con autonomía organizativa (Garrido Pérez, 2017, p. 221); en segundo lugar, se aboga por la intervención de la negociación colectiva en la definición, pues

[...] no parece que pudiera objetarse tacha de ilegalidad a una concreción de los perfiles abiertos del art. 1.5 ET [...] para adaptar el concepto, por ejemplo, a las características que puedan tener los centros comerciales de un determinado sector o empresa (Pastor Martínez, 2018, p. 225).

La negociación colectiva se erige como la herramienta más efectiva a este respecto, si bien no está exenta de problemas, dada la complejidad de los ámbitos de negociación.

Por su parte, la adscripción a una aplicación resulta confusa en tanto no se circunscribe a un espacio concreto, sino que puede extender su operatividad y gestión a diferentes territorios y países de manera dispersa. Tampoco parece idóneo efectuar la delimitación con fundamento en el lugar desde donde se dirige la aplicación, dada la posibilidad de controlar las actividades sin tener un espacio físico o proceder a la descentralización de la producción. En paralelo, cuando exista un centro de trabajo desde el cual efectivamente se organice, podrá ubicarse en cualquier Estado, no necesariamente en aquel donde se presta el servicio.

El carácter flexible de la noción permite subsumir en él una variedad notable de posibles configuraciones (Casas Baamonde, 2017, pp. 107-108). Pues bien, los productos ofrecidos por la empresa se ciñen a un territorio concreto, con independencia del lugar físico donde se encuentren y los medios informáticos utilizados. La negociación colectiva ha de jugar un papel preponderante a efectos de analizar a qué territorio se circunscribe el servicio ofertado, así como la casuística de cada empresa.

La conceptualización de centro de trabajo como un espacio territorial concreto no impide que concurren los requisitos de «unidad productiva, con organización específica y funcionamiento autónomo, aun no siendo independientes del conjunto de la empresa, y que tiene efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral», en los mismos términos recogidos por el TS (STS de 7 de febrero de 2012, rec. 114/2011). En este sentido, el servicio prestado puede variar sustancialmente respecto a las condiciones laborales y/o salariales y formas de trabajo en una ciudad o en otra, en función de las características del territorio. Así, el servicio delimitado en un ámbito específico es considerado por algunas voces de la literatura científica como una unidad productiva independiente; susceptible, en su caso, de un cambio de titularidad, con autonomía técnica respecto al conjunto de la empresa (Gallego Montalbán, 2022, p. 288).

En fin, es esencial transitar hacia un concepto de centro de trabajo más funcional, para superar la definición clásica encorsetada al elemento físico, dando cabida a nuevas formas de organización empresarial y realidades laborales.

3. La visión comunitaria del grupo de empresas

El artículo 2 de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reduce las obligaciones del empresario que tiene la intención de proceder a despidos colectivos con respecto a las obligaciones establecidas en dicho artículo 2 (STJUE de 16 de julio de 2009, C-12/08, asunto *Mono Car*, apdo. 65).

Las empresas con intereses comunes (ya formen un verdadero grupo o simplemente mantengan vínculos de red) (Sanguineti Raymond, 2018, pp. 115 y ss.), cuando formalmente aparecen separadas en derecho, no permitirán ir más allá a la hora de proyectar las consecuencias de la extinción contractual si solo alguna de ellas resulta afectada. Precisamente bajo tal acervo compartido, y de no introducir algún criterio de control, fácil será imaginar los elementos de fuga derivados de respetar un formalismo enervante.

La conciliación de estos intereses encontrados pasa por cohonestar una estructura vertical en derecho y asentada sobre la subordinación, con un periodo de consultas que invierta aquella construcción y permita a los sindicatos exhortar a la empresa dominante para que les proporcione cuanta información relevante pudiera concernir a las entidades afectadas por tener relación con asuntos económicos o de gestión de personal del conjunto de las implicadas.

En el contexto de un grupo de empresas, de una primera resolución del órgano jurisdiccional europeo se desprende que una decisión de la sociedad matriz cuya consecuencia directa sea obligar a una de sus filiales a extinguir los contratos de las personas afectadas por los despidos colectivos solo puede adoptarse una vez finalizado el procedimiento de

consultas dentro de dicha filial¹¹. Por consiguiente, en los grupos jerarquizados o de integración vertical, las decisiones sobre reestructuración de plantilla desarrolladas en alguna de sus unidades vendrán condicionadas, de forma más o menos intensa, por las adoptadas en la sociedad dominante. Cuando la sociedad matriz adopte decisiones que puedan tener repercusiones sobre el empleo del personal dentro del grupo, a la filial cuyas personas trabajadoras pueden verse afectadas por los despidos colectivos le corresponde, en su condición de empleadora, realizar consultas. Por tanto, no es posible iniciar el periodo de interlocución hasta tanto no se haya identificado a la concreta filial.

«La obligación de consulta con los representantes de los trabajadores nace con la adopción de decisiones estratégicas que obliguen al empresario a proyectar despidos colectivos»¹². Al calor del criterio jurisdiccional sobre los grupos de empresa jerarquizados, un concepto hasta ese momento ignorado en el ordenamiento laboral (y a menudo separado de la noción mercantil recogida en el art. 42 del Código de Comercio) (García Quiñones, 2010, p. 135), viene a quedar incorporado a través del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RPDC), como verdadero hito capaz de sacar de la anomia a tal efervescente realidad en el sistema jurídico patrio. De esta manera, la jurisprudencia como única fuente –hasta ese momento– en la ordenación de los grupos de empresa, encuentra una nueva referencia a la cual atender, aun cuando solo sea en el procedimiento a seguir en el despido colectivo y, más en concreto, en la necesidad de aportación documental del grupo vertical de empresas.

En un segundo pronunciamiento, el Tribunal de Justicia solventa la dimensión real de la expresión «empresa que ejerce el control sobre el empresario», pero con la finalidad de aplicarlo a grupos en los cuales la estructura jerárquica ha quedado difuminada. El tribunal germano remitente pregunta, en esencia, si el citado concepto debía interpretarse únicamente sobre la base de una relación *de iure* o si, por el contrario, basta también con una relación *de facto*, poniendo de relieve que la decisión de despedir había sido adoptada por una empresa «de un nivel más alto» dentro del grupo en el cual estaba encuadrada la demandada.

Con carácter previo, cabe precisar que el concepto de «empresa que ejerce el control sobre el empresario» debe ser objeto de interpretación autónoma y uniforme, en el sentido de no vinculada a las nociones de centro de trabajo ni de empresa, así como capaz de comprender cualesquiera fenómenos de esta naturaleza y donde quiera que tengan lugar dentro de las fronteras de la Unión Europea (Laulom, 1995, pp. 1027-1031). El «control» a los efec-

¹¹ STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-44/08, asunto Akavan, apartado 72. Con independencia de que los despidos colectivos se consideren o proyecten a raíz de una decisión de la empresa que emplea a las personas afectadas o de una decisión de su sociedad matriz, es siempre la primera la que está obligada a llevar a cabo consultas con la representación legal de la plantilla.

¹² Según resume de manera acertada el encabezamiento del estudio de Cortés Martín (2010, p. 300).

tos de la Directiva 98/59 hace referencia a la situación en la cual una empresa puede adoptar una decisión estratégica o comercial que obliga a quien proporciona empleo a examinar o proyectar despidos colectivos. No cabe afirmar la existencia de un único tipo de participación jurídica (o incluso financiera) mayoritaria que abarque todas las posibles circunstancias en las cuales se aplica el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 98/59. El «control» puede adoptar muchas formas y aparece implícito en las cuestiones prejudiciales planteadas, de manera que centrarse únicamente en los aspectos *de iure* del concepto puede conducir a la manipulación, e incluso al abuso¹³. La relación *de iure* no es necesariamente determinante; la relación *de facto* también puede ser relevante.

La empresa que ejerce el control debe tener influencia sobre quien proporciona empleo respecto a la forma bajo la cual debe llevar a cabo los despidos colectivos previstos. Esta incidencia no tiene por qué ser necesariamente «dominante», en el sentido de que quien controla debe disfrutar de una posición más elevada en la estructura jerárquica, pues nada exige que las decisiones sean tomadas a un nivel organizativo superior. En opinión de la abogada general (capaz de suscitar dudas desde el punto de vista del marco normativo español) «control» no significa necesariamente control jerárquico. También supone una entidad llamada a proporcionar la información a partir de la cual la persona empleadora realizará las consultas.

Ha de existir una relación entre la empresa con el control y la persona empleadora a partir de la cual la primera presenta un motivo para proporcionar la información necesaria con fines consultivos. La relación debe implicar algún tipo de vínculo en forma de incentivo para que quien tiene el control proporcione la información necesaria para llevar a cabo una consulta en condiciones adecuadas. La forma obvia que se debe adoptar por dicho incentivo es el impacto financiero que puede tener el incumplimiento en su participación en quien proporciona empleo. Ambas entidades deben compartir los mismos intereses comerciales bien en forma de una estructura societaria (*de iure*) o de un vínculo contractual o fáctico (*de facto*), representado por una participación patrimonial común. Dicha participación –no tiene por qué revestir la forma de propiedad legal– puede ser directa o indirecta y no es necesario su carácter exclusivo, pues basta la titularidad parcial de dicha participación. El órgano jurisdiccional nacional será competente para examinar y pronunciarse sobre la base de las pruebas y determinar si esa participación es o no suficiente para equipararse al control.

El tenor del artículo 2, apartado 4, no permite, por sí mismo, conocer cuáles son los vínculos entre empresa y persona empleadora, determinantes de las circunstancias en las cuales la primera «controla» a la segunda. El TJUE acoge la tesis de la abogada general sobre el concepto de «control» y, tras acudir a los antecedentes legislativos de la norma y

¹³ Conclusiones de la abogada general señora Eleanor Sharpston, presentadas el 21 de junio de 2018, a la STJUE de 7 de agosto de 2018 (C-61/17, C-62/17 y C-72/17), asuntos acumulados Bichat, Chlubna y Walkner, apartado 40.

al objetivo perseguido, enfatiza como, a efectos de garantizar los derechos de las personas afectadas, carece de importancia si la decisión ha sido adoptada formalmente por la empresa controladora o por la empresa controlada, pues esta última ha de facilitar la información pertinente. Cualquier justificación de quien proporciona empleo, fundada sobre el hecho de que quien tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no cabrá tomarse en consideración.

En el marco de la armonización parcial, quien legisla a nivel europeo quiso colmar una laguna de su normativa anterior y precisar las obligaciones de las personas empleadoras que forman parte de un grupo de empresas. Por lo tanto, en un contexto económico marcado por la existencia de un número creciente de tales grupos, el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 98/59 garantiza, cuando una empresa está controlada por otra, la posibilidad de alcanzar efectivamente el objetivo de reforzar la protección de la plantilla en caso de despidos colectivos.

La noción de «empresa que ejerce el control sobre el empresario» abarca toda empresa que, en virtud de la pertenencia al mismo grupo o de una participación en el capital social a partir de la cual la mayoría de los votos en la junta o en los órganos de decisión de la parte empleadora, puede obligar a esta a adoptar una decisión de examinar o proyectar despidos colectivos. Procede considerar incluidas también las situaciones bajo las cuales una empresa, aun cuando no sea titular de la mayoría de los votos, puede ejercer una influencia determinante, expresada en los resultados de las votaciones en los órganos societarios, y ello, en particular, debido a la dispersión del capital social de quien proporciona empleo, a un grado de participación relativamente bajo de las personas accionistas en las juntas o a la existencia de pactos entre socias y socios en el seno de la parte empleadora¹⁴.

Además, la existencia de una situación donde una empresa controla a quien proporciona empleo no puede alcanzar fundamento en criterios meramente fácticos, como la existencia de un interés patrimonial común entre la persona empleadora y la otra empresa o el propio de la empresa en cumplir las obligaciones de información, consulta y notificación. El posible uso de tales criterios puede obligar a un órgano jurisdiccional nacional a realizar laboriosas investigaciones y llevar a resultados aleatorios. Ha quedado acreditado que una mera relación contractual, en tanto en cuanto tal relación no permita a una empresa ejercer una influencia determinante sobre las decisiones de despido adoptadas por la persona empleadora, no puede considerarse suficiente para demostrar la existencia de una relación de control.

El TJUE, si bien solventa definitivamente la cuestión de los grupos de empresa integrados jerárquicamente, abandona al examen de las circunstancias de cada caso concreto cuanto procede entender por influencia dominante. En este sentido, la sentencia abre el camino a

¹⁴ STJUE de 7 de agosto de 2018 (C-61/17, C-62/17 y C-72/17), asuntos acumulados Bichat, Chlubna y Walkner, apartados 40 y 41.

una cierta incertidumbre jurídica a la luz de las amplias posibilidades interpretativas, pues no establece un listado cerrado de los supuestos a alegar para defender la existencia de una empresa «controladora» llamada a facilitar toda la información disponible a la empresa «controlada» (Rojo Torrecilla, 2018). Mientras no existan mayores y mejores pautas llama a especular sobre si bastará un mero vínculo contractual de red o será preciso un ejercicio de control más determinante.

La reacción del ordenamiento español ante la línea jurisprudencial europea ha venido, una vez más, de la mano de los tribunales, quienes de este modo culminan una evolución que, a lo largo de varias décadas, ha ido depurando su clásica tesis de «levantamiento del velo», hasta llegar a la más reciente, en la cual se transita desde la vertiente exclusivamente patológica a otra que admite la fisiología de las relaciones mercantiles. Añade, empero, ese elemento histórico a partir del cual, el grupo de empresas aparecería configurado como una institución laboral «creada para proteger, de las situaciones de ilicitud, los derechos de los trabajadores, no como una opción a disposición de las empresas para obtener ventajas en la negociación» (Baz Rodríguez, 2017, p. 5).

A su calor, y al emprender el análisis de la figura en el ordenamiento interno, destacan las escasas referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales, y en todo caso la falta de su regulación sistemática, tanto en el ámbito del derecho mercantil, como el fiscal y en el del derecho laboral. En consecuencia, la cuestión primordial viene dada por configurar cuanto en la terminología mercantilista se conoce por «grupo de sociedades» y en el campo laboral es conocido como «grupos de empresas».

Cabe definir tal grupo como el integrado por el conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria. El mismo aparece caracterizado por dos elementos: de un lado, la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial (mantienen la titularidad del patrimonio) cuanto en el organizativo (al quedar estructurada por sus propios órganos); de otro, la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras (política empresarial común), ya sea en términos de control (grupos verticales o de subordinación) bien en los de absoluta paridad (grupos horizontales o de coordinación) (STS de 21 de noviembre de 2019, rec. 103/2019).

Para la doctrina mercantilista no basta la simple situación de control o dependencia societaria, siendo preciso que la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común. Por el contrario, en el derecho del trabajo –nacional y comunitario–, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y admiten la mera dirección común, atendiendo a la concurrencia de control societario.

Este es el concepto amplio reflejado en el artículo 42.1 del Código de Comercio, al entender el carácter «dominante» de una sociedad sobre otra cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de los votos o la mayoría de los miembros del órgano de administración.

El copioso tratamiento jurisprudencial de la materia ha transitado desde una concepción donde la pertenencia al grupo era un dato irrelevante desde la perspectiva laboral (dando cabida a la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo), sin perjuicio de aceptar algunas desviaciones en virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de persona empleadora, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley, al más moderno criterio cuyo asiento persiste en la regla general de responsabilidad separada, pero admite la trascendencia laboral del referido grupo en ciertas circunstancias.

El TS parte del principio de conformidad con el cual el grupo de sociedades es una realidad organizativa en principio lícita, y el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del derecho mercantil¹⁵. La doctrina fue rectificada en su segundo inciso, pues el concepto de grupo de empresas ha de ser el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos pueden producirse singulares consecuencias determinadas por circunstancias añadidas; concretamente, en el campo del derecho del trabajo cabe sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del grupo cuando en el mismo concurren factores adicionales.

En cuanto a la doctrina del grupo de empresas como empleador hace, la jurisprudencia siempre había afirmado que son perfectamente diferenciables el inocuo (a efectos laborales) «grupo de sociedades» y la trascendente (en términos de responsabilidad) «empresa de grupo». Sin embargo, la evidencia de un cierto desfase entre la normativa en materia de sociedades mercantiles y la variada realidad ofrecida por el mundo económico en materia de grupos de sociedades, ha llevado a la conclusión de que la expresión «grupo patológico» queda reservada para los supuestos en los cuales las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria quedan enmarcadas en el terreno de la ocultación o fraude. Por el contrario, si los datos objetivos conducentes a esa responsabilidad laboral no están ocultos, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada debiera ser la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo», como resultado del género del cual el grupo patológico es la especie, cualificada por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros¹⁶. En concreto, los criterios constantes de la sala pueden quedar sintetizados como sigue:

¹⁵ SSTs de 3 de noviembre de 2005 (rec. 3400/2004) y 23 de octubre de 2012 (rec. 351/2012).

¹⁶ STS de 20 de noviembre de 2015 (rec. 172/2014).

- a) Para la existencia de la «empresa de grupo» no es suficiente con el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con su propio personal. Es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, en tanto los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes¹⁷.
- b) La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan solo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común de las obligaciones contraídas por una de ellas¹⁸.
- c) La existencia de una dirección comercial común tampoco determina la responsabilidad solidaria. Ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades son factores suficientes para afirmar la existencia de una unidad empresarial¹⁹. El hecho de que una empresa tenga acciones en otra, o varias empresas lleven a cabo una política de colaboración, no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales²⁰. Asimismo, la coincidencia de algunas personas accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, dada la personalidad jurídica propia e independiente de cada una de las sociedades respecto de la de sus socios y socias²¹; y tampoco cabe exigir tal responsabilidad solidaria por el solo dato de que la persona administradora única de una empresa sea representante legal de otra, pues la mera coincidencia de una persona administradora en ambas, aun cuando comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas, y no la responsabilidad solidaria de aquellas²².

Lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria requiere un componente adicional, residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: el funcionamiento unitario

¹⁷ SSTs de 10 de junio de 2008 (rec. 139/2005), 25 de junio de 2009 (rec. 57/2008) o 23 de octubre de 2012 (rec. 351/2012).

¹⁸ SSTs de 26 de septiembre de 2001 (rec. 558/2001), 20 de enero de 2003 (rec. 1524/2002), 3 de noviembre de 2005 (rec. 3400/2004) o 21 de julio de 2010 (rec. 2845/2009).

¹⁹ SSTs de 26 de enero de 1998 (rec. 2365/1997), 26 de septiembre de 2001 (rec. 558/2001), 20 de enero de 2003 (rec. 1524/2002), 3 de noviembre de 2005 (rec. 3400/2004) o 21 de julio de 2010 (rec. 2845/2009).

²⁰ SSTs de 29 de octubre de 1997 (rec. 472/1997), 3 de noviembre de 2005 (rec. 3400/2004) o 23 de octubre de 2012 (rec. 351/2012).

²¹ SSTs de 21 de diciembre de 2000 (rec. 4383/1999), 20 de enero de 2003 (rec. 1524/2002) y 3 de noviembre de 2005 (rec. 3400/2004).

²² STS de 26 de diciembre de 2001 (rec. 139/2001).

de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo (simultánea o sucesivamente) en favor de varias de las empresas del grupo, la confusión patrimonial, la unidad de caja, la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa aparente y, en fin, el uso abusivo (anormal) de la dirección unitaria, en perjuicio de los derechos del personal²³.

En primer lugar, en los supuestos de prestación laboral indistinta o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo (funcionamiento unitario) media una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la cual prestan servicios las personas trabajadoras; situaciones que deben ser consideradas en el artículo 1.2 del ET, cuyo tenor califica como personas empleadoras a las personas físicas y jurídicas y también a las comunidades de bienes si reciben la prestación del personal.

El elemento de confusión patrimonial no hace referencia a la adscripción personal del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre y cuando esté claro y formalizado ese dominio común o la cesión de su uso; y ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que no pueda reconstruirse formalmente la separación.

La unidad de caja supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; hace referencia a la situación de permeabilidad operativa y contable. No puede ser identificado, por tanto, con las situaciones de *cash pooling* entre empresas del mismo grupo, en las cuales este factor es meramente contable y no va acompañado de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.

La utilización fraudulenta de la personalidad apunta a la creación de empresa aparente –concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas– y alude al fraude en el manejo de la personificación, precisamente cuanto determina la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», en supuestos en los cuales cabe apreciar la existencia de una empresa real y otra que sirve de «pantalla» para aquella.

La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio (determinante de solidaridad) cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a la plantilla, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

²³ SSTs de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012), 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013), 4 de abril de 2014 (rec. 132/2013), 21 de mayo de 2014 (rec. 182/2013), 2 de junio de 2014 (rec. 546/2013), 22 de septiembre de 2014 (rec. 314/2013), 24 de febrero de 2015 (rec. 124/2014) o 16 de julio de 2015 (rec. 312/2014).

Con todo, el concepto de grupo laboral de empresas y la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que deriven de las pruebas en cada caso, pues no es posible llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para apreciar la existencia de dicha responsabilidad. En un entramado de empresas, la intensidad o la posición en relación de aquellas con las personas trabajadoras o con el grupo no es la misma.

Anticipándose (al menos en parte) a cuanto ha sentado el TJUE, cabrá entender bien cubiertas la mayor parte de las relaciones fisiológicas (todas las relaciones de subordinación y también algunas de coordinación) (Mercader Uguina, 2015, pp. 483-485), pero, por lo menos en el ámbito específico de despido colectivo, será preciso ir más allá y profundizar en el elemento real que expande la responsabilidad desde la empresa a título singular al grupo en su conjunto: el control y la prestación laboral indistinta²⁴.

No importará ya –o no solo– la existencia de una unidad de decisión, sino que bastará el control directo o indirecto ostentado por una persona física o jurídica para llegar a la conclusión de que, donde obra ese dominio *de facto*, hay grupo *ex artículo 1.2 del ET*. Por tanto, lejos de aquellos niveles de exigencia dados por la unidad de caja, la confusión patrimonial o la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, prima ahora un elemento más intangible y volátil que habrá de venir adornado por el segundo de los elementos en la definición.

Este factor aludido no puede ser otro que el de la prestación indistinta para las diferentes empresas del grupo. Bastando para ello con una relación de hecho (aun cuando tenga soporte interempresarial en distintos tipos de contratos civiles o mercantiles), pudiendo operar no solo como un elemento patológico (clásico o en apariencia novedoso), sino también como un integrante fisiológico (Vicente Palacio, 2014, p. 537; en su aplicación al despido colectivo: Esteve Segarra, 2014, p. 157). Así, la circulación dentro del grupo ya no queda asimilada de manera automática a la confusión de plantillas, sino que puede traer causa en la optimización de los recursos personales del grupo, como también puede serlo la contratación sucesiva de trabajadores por las diversas empresas que integran la red (Serrano Olivares, 2016).

Cabe valorar el alcance de la obligación impuesta a la empresa dominante por el artículo 4 del RPDC de aportar determinados documentos. Este dato no altera los criterios sobre la responsabilidad plural, y su finalidad es informativa acerca de la limpieza de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la eventual concurrencia de alguno de los elementos adicionales. Si la intención de quien legisla hubiera sido establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo o la de ampliar el ámbito a considerar en las extinciones por causas económicas a la totalidad

²⁴ Así lo veían ya reputadas voces del foro. Baste remitir a los estudios fechados años antes del cambio de Desdentado Daroca (2006, p. 563) y Senra Biedma (2014, p. 9).

de las entidades integrantes o a la matriz, así se habría establecido. Conclusión reforzada por la jurisprudencia europea al negar la cualidad de empleadora a la empresa matriz en los grupos de empresa, aun cuando la decisión extintiva fuese decidida por aquella²⁵.

Por otra parte, el TS descarta que las empresas franquiciadas constituyan un grupo de empresas a efectos laborales, de manera que las extinciones efectuadas no pueden ser calificadas como un despido colectivo de hecho²⁶. En el supuesto enjuiciado, se ha verificado para cada sociedad su autonomía e independencia en términos de activos, recursos de capital y pasivos propios, de tenencia de su propia caja y de adscripción en exclusiva de sus personas trabajadoras, aun cuando exista dirección unitaria. En consecuencia, no se está ante entidades formalmente independientes cuyo fin fuera eludir responsabilidades o constituidas para perjudicar a terceros, sino ante sociedades reales y diversas con dirección parcialmente compartida en aras de cumplimentar el objeto de la franquicia. La ausencia de los elementos definidores de un grupo de empresas con efectos laborales, y el mantenimiento de la autonomía y personalidad jurídica de las sociedades franquiciadas, excluyen el sumatorio de los despidos que estas hubieran podido acordar en aras a determinar que debieron seguir los trámites del despido colectivo.

En fin, es necesario adoptar cautelas para evitar que la externalización operada en empresas de plataformas se convierta en un medio para perjudicar los derechos del personal. La normativa, concebida en la mayoría de los casos para empresas aisladas, choca con la realidad económica en la cual priman las estructuras empresariales ligadas a la descentralización productiva, la concentración empresarial y la creación de redes empresariales.

Quien legisla habrá de considerar la unidad subyacente a los vínculos empresariales entre las entidades de plataforma y sus filiales y entre estas y sus empresas contratistas. Voces autorizadas de la doctrina abogan por identificar el interés jurídico de la norma aplicable a las empresas de plataforma o las de la red de empresas contratistas que trabajen para ella y delimitar si la regla queda afectada por el hecho de la prestación de servicios realizada para un grupo (Esteve Segarra. 2022, p. 1021). En algunos supuestos, determinará que las decisiones del grupo de empresas de plataforma se conviertan en un ámbito funcional unitario donde valorar la decisión de despido.

De este modo, a la hora de intentar limitar los efectos adversos sobre los derechos de las personas trabajadoras en el caso de la externalización productiva, la regulación debería considerar la red empresarial como si de una única empresa se tratara, obligando a la empresa principal a participar en las negociaciones colectivas de las personas trabajadoras, permitiendo la elección de representantes sindicales para todo el conjunto, computando los beneficios de la empresa principal para conocer si existen causas económicas

²⁵ STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08), asunto Akavan, apartados 57 y 58.

²⁶ STS de 28 de febrero de 2024 (rec. 12/2023).

que justifiquen el despido colectivo, e imputando responsabilidades por incumplimientos de la normativa laboral a todas las personas empleadoras beneficiadas por ese trabajo (Todolí Signes, 2023, p. 88).

4. Reflexión final

En la medida en la cual el TJUE ha descubierto que la referencia española a la empresa como lugar de cómputo del despido puede resultar en el caso concreto menos favorable que el centro de trabajo, y obligar a un doble escrutinio en uno y otro ámbito para ver si procede abrir o no el periodo de información y consultas, sería de todo punto recomendable que el criterio apareciera reflejado en la norma y aludiera al problema –igualmente doble– dado tanto por los comportamientos estratégicos derivados del goteo de extinciones en diversos centros con una plantilla inferior a la prevista en la norma para poder aquilatar un despido colectivo, como –sobre todo– en los grupos de empresa.

Si bien a nivel reglamentario ha existido la preocupación por introducir en la regulación este fenómeno de asociación empresarial, convendría que aflorará también en la ley. De esta manera, en el ámbito específico de despido colectivo será preciso ir más allá del dato documental (forzosamente sesgado) y profundizar en el elemento real que expande la responsabilidad desde la empresa a título singular al grupo en su conjunto: el control y la prestación laboral indistinta.

La alternativa entre centro de trabajo y empresa (en su caso grupo de empresas) ha de ser resuelta siempre en favor de la persona trabajadora, es decir, aplicando la norma que regula el despido colectivo por ofrecer superiores garantías (Molins García-Atance, 2015, p. 4). Procede llamar la atención sobre la reacción, más avanzada aún que la española, operada en el ordenamiento italiano. Según su diseño, y aun cuando el despido vaya a afectar a un único centro de imputación, deberán ser consideradas todas las empresas del grupo en su conjunto. Quien proporciona empleo tiene la carga de probar la ausencia de puestos de trabajo alternativos a aquellos a amortizar, tomando en consideración la totalidad de las unidades productivas. De haberlos, procederá el ofrecimiento necesario del traslado a cuantas personas pudieran quedar afectadas, y solo cuando ninguno de los dos condicionantes anteriores hubiera podido cumplirse, cabrá acudir al despido colectivo, bien dentro de la empresa concernida (si obra la necesaria autonomía jurídica), bien del conjunto de la entidad (de mediar algún tipo de influencia dominante oculta).

Referencias bibliográficas

Álvarez de la Rosa, M. (2018). El trabajo a domicilio. En L. E. de la Villa Gil (Coord.), *El trabajo* (pp. 213-230). Editorial Universitaria Ramón Areces.

- Baz Rodríguez, J. (2017). La revisión de la construcción jurisprudencial sobre la «empresa de grupo» como unidad de empresa laboral. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Extra 5*.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (19 de octubre de 2016). Despido colectivo, cómputo (empresa y/o centro de trabajo) y doctrina Rabal Cañas (STS 17/10/16). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2016/10/19/despido-colectivo-computo-empresa-y-centro-de-trabajo-y-doctrina-rabal-canas-sts-171016/>
- Cabeza Pereiro, J. (2015). La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, 10*, 81-96.
- Caldeiro Ruiz, E. (2015). Primeras reacciones tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015 sobre el cómputo del umbral numérico del despido colectivo. *Actualidad Jurídica Aranzadi, 909*, 4.
- Casas Baamonde, M. E. (2015). Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores. *Derecho de las Relaciones Laborales, 4*, 373-400.
- Casas Baamonde, M. E. (2017). La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores. En J. Cruz Villalón, M. R. Menéndez Calvo y M. Nogueira Guastavino (Coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez* (pp. 89-126). Bomarzo.
- Cortés Martín, J. M. (2010). Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Septiembre-Diciembre 2009. *Revista de Derecho Comunitario Europeo, 35*, 257-322.
- Desdentado Daroca, E. (2006). *La personificación del empresario laboral (Problemas sustantivos y procesales)*. Lex Nova.
- Esteve Segarra, M. A. (2014). El marco de referencia de los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido de Coca Cola Iberian Partners. *Revista de Información Laboral, 6*, 144-237.
- Esteve Segarra, M. A. (2022). Grupos de sociedades en empresas de plataforma. En *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 1003-1022). Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Falguera i Baró, M. A. (2015). Criterios diferenciadores entre despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. *Revista de Información Laboral, 10*, 19-33.
- Fernández Domínguez, J. J. (2018). Despido colectivo. En J. J. Fernández Domínguez (Dir.), *Tratado del despido* (pp. 157-251). Wolters Kluwer España.
- Gallego Montalbán, J. (2022). El concepto de centro de trabajo y adscripción de las personas trabajadoras como presupuestos de los derechos de representación en el trabajo a distancia y las empresas digitalizadas. *IUSLabor, 1*, 250-296. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i01.09>

- García-Perrote Escartín, I. (2017). Tribunal de Justicia de la Unión Europea y despido colectivo, especialmente extinciones computables y unidad de cómputo: centro de trabajo, empresa y grupos de empresa. En I. Gutiérrez Velasco (Coord.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del derecho social* (pp. 101-118). Tirant lo Blanch.
- García Quiñones, J. C. (2010). El impacto laboral de los grupos de empresa. En J. Lahera Forteza y F. Valdés Dal-Ré (Coords.), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización* (pp. 129-163). Cinca: Fundación Francisco Largo Caballero.
- Garrido Pérez, E. (2017). La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas. *Revista de Derecho Social*, 80, 209-232.
- Lahera Forteza, J. (2023). Reseña a la STS, 4.ª, 30-5-2023, rcd 189/2022. Ponente: Mari Luz García Paredes. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 105.
- Laulom, S. (1995). La Directive sur les comités d'entreprise européens: l'importance d'une transition. *Droit Social*, 12.
- Lousada Arochena, F. (2011). El centro de trabajo. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 27.
- Mercader Uguina, J. R. (2015). El desconcertante mundo de los grupos «laborales» de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales. En M. J. Morillas Jarillo, M. P. Perales Viscasillas y L. J. Porfirio Carpio (Dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (pp. 483-498). Universidad Carlos III de Madrid.
- Molins García-Atance, J. (2015). La interpretación del TJUE de la regulación de los despidos colectivos: incidencia en el Derecho español. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2, 1-14. <https://doi.org/10.36151/MDIPR.2015.012>
- Ojeda Avilés, A. (2004). Configuración del despido colectivo. En J. Gorelli Hernández (Coord.), *El despido. Análisis y aplicación práctica* (pp. 498-502). Tecnos.
- Pastor Martínez, A. (2018). Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas «colaborativas» y en entornos «virtuales». *IUSLabor*, 2, 214-233. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2018.i02.06>
- Pastor Martínez, A. (2021). Trabajo a distancia y derechos colectivos en el Real Decreto-Ley 28/2020 de trabajo a distancia. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 101-121. <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.96>
- Poquet Catalá, R. (2015). Últimos perfiles para el criterio temporal y cuantitativo del despido colectivo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 181, 99-116.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2015). El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 105-117.
- Rojo Torrecilla, E. (25 de agosto de 2018). Despidos colectivos. ¿Ampliación del concepto de empresa que ejerce el control sobre aquella que despide? Notas a la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018 (C-61, 62 y 72/17). *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/08/despidos-colectivos-ampliacion-del.html>

- Sáez Lara, C. (2015). *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*. Tirant lo Blanch.
- Sanguineti Raymond, W. (2018). El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales. En W. Sanguineti Raymond y J. B. Vivero Serrano, (Coords.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 149-173). Comares.
- Senra Biedma, R. (2014). Despido colectivo por causas económicas, grupo de empresas, fraude de ley y doctrina del levantamiento del velo. Comentario a la STS, 4.^a, 29.1.2014. *IUSLabor*, 2, 1-11.
- Serrano Olivares, R. (2016). Grupos de empresas a efectos laborales: a vueltas con la necesidad de superar su entendimiento en clave patológica. *IUSLabor*, 2, 1-24. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/312033>
- Todolí Signes, A (2023). La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 65-91. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19235>
- Trillo Párraga, F. (2015). ¿Centro de trabajo o empresa? Un comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 9, 103-106.
- Ushakova, T. (2015). El derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3(4), 74-92.
- Valdés Dal-Ré, F. (1994). Los despidos por causa económica. En F. Valdés Dal-Ré (Dir.), *La reforma del mercado laboral* (pp. 395-430). Lex Nova.
- Vicente Palacio, M. A. (2014). Grupos de empresas y negociación colectiva. Dos ejemplos de la evolución del tratamiento de los grupos de empresa por el ordenamiento jurídico español: de lo patológico a lo fisiológico. En J. Gorelli Hernández (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva: «Liber Amicorum» Profesor Antonio Ojeda Avilés* (pp. 537-543). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Ana María Castro Franco. Doctora en Derecho por la Universidad de León con mención internacional y calificación sobresaliente cum laude gracias a su tesis doctoral titulada «La reordenación del despido colectivo: entre las directrices europeas y el contexto de la industria 4.0». Actualmente desempeña su labor como Profesora Ayudante Doctora, acreditada por la ACSUCyL, compaginando la docencia universitaria con proyectos de investigación en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su trayectoria combina una sólida formación jurídica (Grado y Máster en Abogacía, Universidad de León) con especialización en ámbitos de vanguardia: ciberseguridad (Universidad de Deusto), riesgos y seguridad digital (Centro de estudios Garrigues), Derecho de la inteligencia artificial (Aranzadi) y Derecho concursal-laboral (Tirant lo Blanch). Esta visión transversal le permite abordar con un enfoque innovador los retos que plantean la digitalización, la automatización y la transformación del trabajo en el siglo XXI. Asimismo, es la secretaria académica del Máster Universitario en Derecho de la Ciberseguridad y Entorno Digital de la Universidad de León. <https://orcid.org/0000-0002-6834-3064>

Trabajo, derechos y algoritmos: la inteligencia artificial como reto para el derecho del trabajo

María del Carmen Rodríguez Pérez

Doctora en Derecho

<https://orcid.org/0009-0001-1527-7788>



Este trabajo ha obtenido el **Segundo Premio Estudios Financieros 2025** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, doña María del Rosario Cristóbal Roncero, don Joaquín Merchán Bermejo, don Fernando Ruiz Linaza y doña Raquel Vicente Andrés. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La irrupción de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito laboral ha transformado profundamente la organización del trabajo, la gestión empresarial y las relaciones laborales. Desde la selección de personal hasta la supervisión del rendimiento, la IA permite automatizar decisiones clave, pero también plantea riesgos graves de discriminación, opacidad y vulneración de derechos fundamentales. La gestión algorítmica, al intensificar el control empresarial, afecta negativamente la salud mental y la autonomía del trabajador. Aunque la normativa europea avanza en transparencia y protección, aún existen lagunas legales, especialmente en cuanto a la participación sindical y la supervisión humana efectiva. La negociación colectiva emerge como herramienta clave para garantizar una gobernanza justa de los algoritmos. Además, el uso de IA en prevención de riesgos laborales ofrece oportunidades, pero también genera nuevos peligros psicosociales. Se subraya la necesidad de una legislación ambiciosa, específica y participativa que sitúe la dignidad humana y los derechos laborales en el centro del proceso de digitalización.

Palabras clave: inteligencia artificial; derechos laborales; gestión algorítmica; transparencia; discriminación algorítmica; negociación colectiva; supervisión humana; prevención de riesgos laborales; protección de datos.

Recibido: 20-05-2025 / Aceptado: 30-07-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Rodríguez Pérez, M. C. (2025). Trabajo, derechos y algoritmos: la inteligencia artificial como reto para el derecho del trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 45-76. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24581>

Work, rights and algorithms: artificial intelligence as a challenge for labour law

María del Carmen Rodríguez Pérez

PhD in Law

<https://orcid.org/0009-0001-1527-7788>

This paper has won the **Second Prize Financial Studies 2025 Award** in the Labour and Social Security Law category. The jury members were: Ms. María Luisa Segoviano Astaburuaga, Ms. María del Rosario Cristóbal Roncero, Mr. Joaquín Merchán Bermejo, Mr. Fernando Ruiz Linaza and Ms. Raquel Vicente Andrés. The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity.

Abstract

The emergence of artificial intelligence (AI) in the workplace has profoundly transformed labour organization, business management, and employment relations. From recruitment to performance evaluation, AI automates key decisions, but also raises serious concerns about discrimination, opacity, and violations of fundamental rights. Algorithmic management intensifies employer control, impacting workers' mental health and autonomy. Although EU regulations –such as the AI Act and GDPR– promote transparency and protection, legal gaps remain, particularly in union participation and effective human oversight. Collective bargaining is positioned as a key tool for ensuring fair algorithm governance. AI in occupational risk prevention offers new opportunities but also introduces psychosocial risks. The report emphasizes the urgent need for ambitious, specific, and participatory legislation that puts human dignity and labour rights at the core of digital transformation.

Keywords: artificial intelligence; labour rights; algorithmic management; transparency; algorithmic discrimination; collective bargaining; human oversight; occupational risk prevention; data protection.

Received: 20-05-2025 / Accepted: 30-07-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Rodríguez Pérez, M. C. (2025). Work, rights and algorithms: artificial intelligence as a challenge for labour law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 45-76. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24581>



Sumario

1. Transformaciones laborales ante la irrupción de la IA
 2. Marco jurídico de la IA en el ámbito laboral
 3. Algoritmos y trabajo: una mirada desde la legislación laboral
 4. IA en el trabajo: prevención de riesgos laborales y acción sindical
 5. IA y relaciones laborales: ética, igualdad y protección de datos
 6. Trabajo e IA: reflexiones finales sobre una transformación en curso
- Referencias bibliográficas

1. Transformaciones laborales ante la irrupción de la IA

Desde una perspectiva histórica, la introducción de la tecnología ha sido utilizada tradicionalmente como herramienta de control empresarial, fortaleciendo el poder de dirección a costa de la autonomía colectiva de los trabajadores. A través de referencias al ludismo y a otras formas de resistencia obrera, se pone de relieve que la hostilidad hacia ciertas tecnologías no responde a un rechazo ideológico del progreso, sino a su uso como instrumento de subordinación. Así, la digitalización, lejos de ser neutral, se convierte en un proyecto de poder que intensifica la capacidad organizativa del empresario, amparada en una racionalidad tecnocrática que invisibiliza las consecuencias sociales de la automatización y la gestión algorítmica.

La digitalización, acelerada por la pandemia de COVID-19, ha modificado de manera radical la forma en que se produce, se trabaja y se organizan las relaciones laborales, dando paso a la industria 4.0. En este contexto, la IA, junto con tecnologías como el *big data*, el internet de las cosas o la computación en la nube, ha permitido a las empresas una gestión más eficiente de los procesos productivos, mediante la automatización, el análisis predictivo y la reconfiguración de las cadenas de valor.

El impacto de la revolución digital y la IA en las relaciones laborales se produce con especial énfasis en la reorganización del poder dentro de la empresa y la necesidad de reforzar los derechos colectivos de los trabajadores. Es preciso afrontar el uso creciente de la IA en la gestión laboral: desde la selección automatizada de personal, pasando por la asignación de tareas, hasta el control del tiempo y la vigilancia permanente de los trabajadores. Podemos describir el fenómeno de la digitalización como una transformación estructural que afecta no solo al empleo, sino también a la organización del trabajo, la salud laboral y los derechos fundamentales como la intimidad, la no discriminación y la libertad sindical.

La dicotomía entre causalidad y correlación se convierte así en un desafío jurídico de primer orden. Los sistemas de IA, especialmente los basados en aprendizaje automático (*machine learning*) y redes neuronales profundas (*deep learning*), son opacos en su funcionamiento (cajas negras), lo que impide conocer con precisión la causa de sus decisiones. Esto dificulta no solo la justificación legal de las decisiones empresariales basadas en IA (dimensión positiva del problema), sino también la detección de posibles discriminaciones algorítmicas (dimensión negativa). En este último caso, se advierte sobre la posibilidad de que decisiones aparentemente neutras, como valorar el código postal de un candidato, oculten discriminaciones indirectas basadas en etnia o nivel socioeconómico.

La correlación puede deberse a causas espurias, a factores externos no identificados o a relaciones mediadas por variables intermedias (*proxies*), lo que genera riesgos tanto de ausencia de causalidad legal como de generación de sesgos. A ello se suma la dificultad de interpretar los resultados que arrojan los modelos algorítmicos, haciendo imprescindible la exigencia de transparencia y explicabilidad, tal como recoge el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores (ET), introducido por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (más conocida como «ley rider»).

Nos enfrentamos al reto que supone el impacto del uso de sistemas de IA en la toma de decisiones empresariales, especialmente en lo relativo a los derechos de información de los trabajadores, analizando tanto el marco normativo europeo como el español. La implantación de algoritmos y sistemas automatizados en la gestión empresarial promete eficiencia y optimización, pero plantea riesgos sustanciales en cuanto a transparencia, equidad y protección de datos personales. La opacidad de los algoritmos, la posibilidad de sesgos y la ausencia de responsabilidad clara por parte del empleador convierten la supervisión y el derecho a la información en pilares fundamentales para proteger los derechos laborales en la era digital.

El problema de la opacidad de los sistemas de IA en el mundo del trabajo y sus consecuencias para los derechos de los trabajadores, la expansión de la IA en las relaciones laborales –especialmente en plataformas digitales–, plantea desafíos inéditos en términos de transparencia, control humano y protección de derechos fundamentales, dado que muchas de las decisiones tomadas por sistemas algorítmicos carecen de explicaciones comprensibles o auditables, convirtiéndose en cajas negras que operan al margen del escrutinio social, jurídico y sindical.

El uso creciente de algoritmos y sistemas de IA en el entorno laboral ha reconfigurado el ejercicio del poder de dirección empresarial y ha generado la necesidad de nuevos derechos de participación para los trabajadores, especialmente en materia de información. La implantación de algoritmos en la gestión laboral no es neutra, ya que incide directamente en la distribución del poder dentro de la empresa, permitiendo a quienes controlan esos sistemas una posición privilegiada en la toma de decisiones.

Podemos destacar la laboralidad de los algoritmos, es decir, su directa implicación en la relación de trabajo, y sobre los riesgos inherentes a su uso, como la intensificación del control, la posible discriminación algorítmica, la opacidad y la dificultad para atribuir responsabilidades. Frente a estos peligros, el derecho de información se configura como una herramienta de defensa colectiva y de promoción de la democracia empresarial, permitiendo que los representantes sindicales accedan a información clave para ejercer sus funciones de consulta, negociación y vigilancia.

Dada la expansión de la IA, es necesario que el derecho de información algorítmica evolucione y se complemente con medidas que garanticen la transparencia, la supervisión humana y la participación efectiva de los trabajadores en la gobernanza digital de la empresa. La IA se está integrando de forma creciente en los entornos laborales como parte del proceso de transformación digital, con impactos significativos en la organización del trabajo, la gestión de la producción y la prevención de riesgos laborales. La IA permite automatizar tareas, analizar grandes volúmenes de datos y tomar decisiones en tiempo real, lo que puede mejorar la seguridad laboral, optimizar recursos y anticipar riesgos, especialmente a través de tecnologías como robots colaborativos, sistemas predictivos y sensores inteligentes.

La transformación digital, y en particular la expansión de las plataformas digitales y la economía colaborativa, ha contribuido al aumento de la desigualdad económica en los países desarrollados. A través de una revisión empírica y teórica, la mayoría de la doctrina sostiene que la creciente disparidad salarial entre empresas, más que dentro de ellas, se ha convertido en un factor clave para entender la evolución reciente de la desigualdad. La reorganización de las cadenas de valor, la subcontratación y la economía de plataformas son expresiones de una desintegración organizativa que permite a las empresas evitar una redistribución equitativa de ingresos, especialmente hacia los trabajadores menos cualificados.

En cuanto a la economía digital, la doctrina analiza sus características fundamentales: economías de red, escalabilidad extrema y modelos de negocio basados en la gratuidad para el consumidor, financiados mediante la explotación masiva de datos. Esta lógica ha propiciado mercados dominados por un reducido grupo de empresas –como Google, Amazon o Facebook–, generando dinámicas de dominio, que favorecen la concentración de poder y beneficios. La IA, en especial la generativa, amplifica esta tendencia al requerir inversiones masivas y acceso privilegiado a datos, reforzando la ventaja competitiva de los grandes actores y reduciendo el margen para la competencia.

En España, se prevé la destrucción neta de 400.000 empleos en la próxima década, aunque también emergerán nuevas oportunidades laborales para quienes sepan adaptarse a los cambios. Así, el reto no es frenar la evolución tecnológica, sino establecer reglas claras que aseguren que la IA se convierta en una herramienta que complemente al trabajo humano sin menoscabar los derechos laborales básicos.

Sin duda la IA plantea nuevos desafíos y oportunidades para Europa en términos económicos, estratégicos y regulatorios. El enfoque se centra en cómo la IA puede contribuir a mejorar la productividad y la competitividad del continente, pero también señala los riesgos de quedarse rezagado frente a otras potencias tecnológicas como EE. UU. o China. Europa debe, por tanto, abordar con urgencia una agenda ambiciosa que combine inversión, regulación inteligente y fortalecimiento del mercado único digital.

En términos de oportunidades, se destaca el papel de la IA como motor de crecimiento económico, mediante la automatización de procesos, la mejora de la toma de decisiones y

el desarrollo de nuevos productos y servicios. El impacto potencial sobre la productividad es especialmente relevante en un contexto europeo de bajo crecimiento, envejecimiento demográfico y necesidad de transición verde. Además, la IA puede reforzar sectores estratégicos como la salud, la energía o la defensa, dotando a Europa de mayor autonomía y resiliencia frente a *shocks* externos.

Finalmente, el impacto de la IA en el mercado de trabajo se proyecta como ambivalente. Organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Fondo Monetario Internacional coinciden en que esta tecnología, por su carácter transversal y su capacidad de automatizar tareas complejas, afectará a una amplia gama de sectores y niveles de cualificación.

2. Marco jurídico de la IA en el ámbito laboral

Los mecanismos normativos actuales, como el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Reglamento general de protección de datos¹) y 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 (en adelante, Reglamento europeo sobre IA), clasifican los sistemas usados en empleo como de alto riesgo, imponiendo obligaciones de trazabilidad, explicabilidad y supervisión humana. El marco normativo europeo sobre la transición digital se adaptó a la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024 (en adelante, Directiva sobre plataformas digitales), relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Asimismo, destaca la relevancia del ya mencionado artículo 64.4 d) del ET, que reconoce el derecho de los representantes legales a ser informados sobre los parámetros y reglas de los algoritmos que afecten a condiciones laborales.

A nivel europeo, el Reglamento general de protección de datos y el Reglamento europeo sobre IA establecen obligaciones para garantizar la transparencia algorítmica y la participación de los trabajadores. La IA utilizada para decisiones laborales es considerada de alto riesgo, lo que implica la obligación de realizar evaluaciones de impacto, garantizar supervisión humana y facilitar explicaciones comprensibles sobre las decisiones automatizadas. Además, el artículo 22 del Reglamento general de protección de datos prohíbe las decisiones basadas exclusivamente en tratamiento automatizado, salvo excepciones justificadas, y otorga al trabajador el derecho a impugnar dichas decisiones.

¹ Este reglamento limita las decisiones basadas exclusivamente en tratamiento automatizado, salvo excepciones, y exige que los afectados sean informados y puedan impugnar dichas decisiones.

Queda reconocido el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados sobre los parámetros y reglas de los algoritmos que afecten condiciones laborales o el mantenimiento del empleo. Este derecho no se limita al sector de las plataformas digitales, sino que se aplica a todas las empresas que utilicen IA para decisiones laborales. Además, es preciso subrayar la importancia de la negociación colectiva y de la participación sindical como garantes de una implementación ética y justa de la IA en el entorno laboral.

El Reglamento europeo sobre IA introduce por primera vez una definición legal de «sistema de IA», basada en los criterios de la OCDE, y distingue entre distintos niveles de riesgo asociados a su uso. En el ámbito laboral, se prohíben expresamente ciertos usos de la IA, como el reconocimiento de emociones o la categorización biométrica que infiera datos sensibles (raza, afiliación sindical, orientación sexual, etc.) en los lugares de trabajo. Además, se establece que los sistemas de IA destinados a contratación, asignación de tareas, evaluación del rendimiento o decisiones sobre promociones o despidos, son considerados de alto riesgo, lo que implica el cumplimiento de exigentes obligaciones legales de transparencia, supervisión humana, trazabilidad y gestión de riesgos.

La respuesta europea incluye instrumentos como el Reglamento europeo sobre IA, fondos del programa Next Generation EU y estrategias de digitalización e industrialización, aunque se advierte que estos esfuerzos deben intensificarse. También se aboga por avanzar en la Unión del Mercado de Capitales y completar el Mercado Único Digital, lo que permitiría a las empresas tecnológicas europeas escalar e innovar en condiciones comparables a las de sus competidores globales.

Se puede realizar un examen crítico de la normativa vigente que regula el uso de estas tecnologías, destacando tanto sus fortalezas como sus limitaciones. Considera más necesario revisar y adaptar los marcos legales para abordar los desafíos que plantea la IA en el mundo del trabajo, en particular, en lo relativo a la transparencia de los algoritmos, el respeto a los derechos fundamentales y la participación de los trabajadores en la configuración y aplicación de estas herramientas. El desarrollo de la IA debe estar acompañado de una reflexión jurídica profunda, orientada a garantizar una protección adecuada de los derechos laborales en un entorno cada vez más digitalizado y automatizado.

Se ha elaborado una tendencia normativa que ha abordado los llamados derechos digitales desde una óptica individualista, ignorando la dimensión colectiva de las relaciones laborales y el necesario control democrático sobre la introducción de tecnologías en el entorno de trabajo. En el caso español, la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales) y el ET, a pesar de establecer ciertos límites al poder de vigilancia empresarial, carecen de un enfoque verdaderamente colectivo, relegando a la negociación colectiva la tarea de establecer garantías adicionales. La legislación nacional debe evolucionar hacia una protección

más efectiva de los derechos colectivos frente a la gestión algorítmica, incorporando la transparencia algorítmica y el control sindical como elementos centrales del derecho del trabajo en la era digital.

Los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados sobre el uso de algoritmos y sistemas de IA en la toma de decisiones empresariales, a partir de la modificación introducida en el artículo 64.4 d) del ET. Una ampliación de las competencias representativas a través de la negociación colectiva es propuesta con el objetivo de alcanzar una verdadera cogobernanza digital en las empresas. En el contexto español, se ha impuesto la obligación de informar sobre los algoritmos que afecten a condiciones de trabajo o decisiones laborales.

Es manifiesta la repercusión que tienen el Reglamento europeo sobre IA y la Directiva sobre plataformas digitales en la configuración de las relaciones laborales en la Unión Europea, especialmente en lo que respecta a la protección de datos personales y al papel de la representación de los trabajadores. Estas normas, junto con el Reglamento general de protección de datos, configuran un «tridente normativo» que pretende afrontar los retos de la digitalización en el trabajo, regulando desde la gobernanza de datos hasta la gestión algorítmica en la empresa.

Desde el punto de vista normativo, se cuestiona la insuficiencia de la legislación actual, como la ley *rider* y el artículo 64 del ET, que reconocen el derecho de información sobre algoritmos, pero no garantizan la consulta ni la participación real de los representantes de los trabajadores. Esta omisión favorece un aumento del poder empresarial y reduce a los trabajadores a meros objetos de control algorítmico, en contra de los principios de la industria 5.0 y el humanismo tecnológico proclamados por la Unión Europea. Este derecho tiene una función preventiva y participativa, al permitir el escrutinio de decisiones automatizadas y garantizar que los algoritmos no se utilicen en detrimento de los derechos laborales.

El Reglamento europeo sobre IA, adoptado por el Parlamento Europeo en marzo de 2024, establece un marco armonizado para el desarrollo y uso de la IA en la Unión Europea, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales, la salud y la seguridad, al tiempo que fomenta la innovación. En particular, podemos ya analizar las consecuencias del reglamento para la gestión empresarial del trabajo mediante IA, subrayando su impacto en la organización, la dirección y el control algorítmico.

Va a ser importante la alfabetización digital exigida por el Reglamento europeo sobre IA, que obliga a las empresas a formar a su personal en el uso responsable de la IA, y destacan el derecho de información reforzado que el reglamento otorga a los trabajadores y sus representantes. Antes de poner en marcha un sistema de IA de alto riesgo, los empleadores deben informar a los afectados, incluso si no se cumplen los requisitos tradicionales de consulta del derecho laboral nacional o europeo.

El Reglamento europeo sobre IA prevé un régimen sancionador severo, con multas que pueden alcanzar hasta 35 millones de euros o el 7 % del volumen de negocios anual mundial de la empresa infractora, según la gravedad de la infracción. Por último, podemos advertir que, si bien la entrada en vigor del reglamento ha sido escalonada, su aplicación se enfrenta al reto de la velocidad vertiginosa con que evoluciona la IA, lo que exige un constante esfuerzo interpretativo y de adaptación normativa.

El futuro económico de Europa depende en buena medida de su capacidad para liderar y gobernar éticamente el desarrollo de la IA. Para ello, es imprescindible una acción coordinada entre Estados, empresas e instituciones europeas, que combine ambición tecnológica, inversión sostenida y un marco regulador que favorezca tanto la innovación como la cohesión social.

La doctrina subraya la necesidad de un marco normativo flexible y actualizado que aborde no solo los riesgos emergentes de la IA, sino que también resalte la influencia sobre la participación y el poder de negociación de los trabajadores, con el objetivo de garantizar entornos laborales seguros, justos y transparentes en la era digital. Todavía existen vacíos legales en cuanto al control efectivo de estas tecnologías, especialmente en lo referente a la impugnación de decisiones automatizadas.

La trascendencia de la IA en el ámbito laboral desde la perspectiva de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (en adelante, Ley de empleo) plantea un análisis del reconocimiento del uso creciente de tecnologías digitales en los procesos de empleo, especialmente en la intermediación laboral, y de la necesidad de regular su utilización en consonancia con los derechos fundamentales de los trabajadores.

La Ley de empleo contempla la integración de algoritmos y sistemas de IA en la toma de decisiones relacionadas con el empleo, tales como la recomendación de ofertas laborales o la asignación de recursos en políticas activas de empleo. No obstante, debemos subrayar la preocupación por los riesgos de automatización total en estos procesos, que podría derivar en discriminación algorítmica y falta de transparencia. En este sentido, la ley exige que los procesos de intermediación no sean exclusivamente automatizados, preservando así la intervención humana como un requisito esencial para garantizar decisiones equitativas y fundamentadas.

Podemos concretar la falta de concreción normativa sobre el uso de la IA en el empleo, ya que muchos aspectos quedan pendientes de desarrollo reglamentario. Esta indefinición normativa podría dificultar la protección efectiva de los derechos laborales, especialmente ante eventuales abusos tecnológicos o sesgos en los algoritmos empleados. Asimismo, se plantea que la IA representa un desafío no solo técnico, sino también ético y jurídico, que exige la actualización constante de las herramientas legales para evitar situaciones de des-

igualdad y garantizar un entorno laboral justo en el marco de la digitalización. La ley, aunque reconoce la evolución tecnológica, muestra limitaciones que deben ser abordadas para enfrentar los retos del empleo en la era digital.

Se plantea que la incorporación de la IA a la gestión del empleo requiere considerar tanto su potencial de eficiencia como los desafíos legales y éticos que supone, especialmente en términos de transparencia, protección de datos y garantía de los derechos laborales. De igual modo, hay que considerar la importancia de delimitar claramente las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas frente al poder normativo del Estado, sobre todo cuando la utilización de algoritmos afecta a territorios diversos y requiere coordinación centralizada.

La IA puede ser una herramienta eficaz en la política de empleo, pero su uso debe enmarcarse en un sistema de gobernanza legal que respete el reparto competencial y garantice los derechos fundamentales. La cooperación entre niveles de gobierno y una regulación clara sobre el uso ético de la IA son esenciales para una gestión inclusiva y legítima del mercado laboral.

Si bien la reforma legislativa marca un hito al reconocer expresamente el derecho a la información algorítmica, la redacción de la norma es ambigua y limitada, ya que no contempla ni el momento ni la forma en que debe suministrarse la información, ni garantiza la intervención previa de los representantes antes de la implantación de los algoritmos. Asimismo, se señala que la ley no obliga a compartir los resultados generados por la IA ni ofrece mecanismos suficientes para que los representantes puedan emitir informes o propuestas vinculantes. En este sentido, merece una crítica que el derecho de información sea meramente pasivo, impidiendo un control efectivo de los efectos que la IA tiene sobre las condiciones de trabajo, la igualdad y la salud laboral.

Sin embargo, también se identifican retos importantes: la fragmentación normativa, la escasez de talento digital y el déficit de inversión privada y pública. Asimismo, se señala la necesidad de una regulación equilibrada que promueva la innovación sin comprometer derechos fundamentales como la privacidad, la no discriminación o la transparencia algorítmica.

Es urgente una legislación que regule expresamente la IA en la prevención de riesgos laborales, garantizando los derechos fundamentales de los trabajadores y estableciendo límites claros al poder de dirección algorítmico. Asimismo, se plantean interrogantes éticos sobre la legitimidad de decisiones automatizadas en entornos laborales y hay que abogar por estrategias jurídicas y éticas que acompañen la expansión tecnológica, bajo el principio de que la IA debe servir a la dignidad humana y no sustituirla.

3. Algoritmos y trabajo: una mirada desde la legislación laboral

El impacto de los sistemas algorítmicos y la IA sobre el poder de dirección empresarial subraya cómo estas tecnologías están transformando la organización del trabajo, la toma de decisiones y el control sobre los trabajadores. El uso intensivo de la IA modifica las relaciones laborales al permitir una gestión automatizada del empleo, basada en la recopilación masiva de datos, la predicción de comportamientos y la evaluación del rendimiento, lo que introduce nuevas tensiones entre innovación tecnológica y garantías laborales. Los algoritmos están siendo utilizados de forma creciente para tomar decisiones en todas las fases de la relación laboral: desde la selección y contratación, pasando por la organización y control del trabajo, hasta la finalización de los contratos.

La normativa laboral ha sido históricamente diseñada en torno a personas físicas, no a máquinas, lo cual genera tensiones cuando funciones directivas y decisorias son delegadas a sistemas de IA. La principal problemática que se plantea es la naturaleza de estas decisiones algorítmicas: mientras que los sistemas de IA se basan en correlaciones estadísticas entre datos, el derecho del trabajo exige la concurrencia de causas legales para la validez de muchas decisiones empresariales, como despidos, sanciones o modificaciones sustanciales de condiciones laborales.

Tenemos la posibilidad de observar el papel cada vez más relevante que desempeñan los algoritmos y la IA en las relaciones laborales. La expansión de la IA está transformando profundamente el poder empresarial, especialmente a través de su uso en la toma de decisiones, la selección de personal, la dirección del trabajo y el control empresarial. Estas transformaciones, sin embargo, ponen en cuestión la supuesta neutralidad de los algoritmos, evidenciando que, lejos de ser instrumentos objetivos, pueden amplificar la arbitrariedad, la discriminación y la opacidad en la gestión laboral.

Destaca cómo la digitalización ha transformado profundamente los procesos de contratación, evaluación del rendimiento y gestión de recursos humanos, otorgando a los algoritmos un papel central en la toma de decisiones laborales. Los sistemas utilizados para contratar, evaluar, promocionar o despedir trabajadores se consideran de alto riesgo, lo que impone exigencias de transparencia, trazabilidad y supervisión humana. España, como país piloto, liderará la implementación de esta normativa a través de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial.

El avance de la IA en el ámbito laboral plantea interrogantes no solo sobre su capacidad para transformar procesos productivos, sino también sobre los límites legales que deben regular su uso, especialmente en lo relativo a la contratación y la organización del trabajo. En el contexto español, un número creciente de empresas recurre a algoritmos para automatizar decisiones tradicionalmente humanas, como la selección de personal, la asignación de tareas o el control de la productividad. Esta delegación de funciones ha dado lugar

al fenómeno de la dirección algorítmica, donde los sistemas automatizados sustituyen parcialmente la función de los mandos intermedios, generando tensiones con los derechos fundamentales de los trabajadores.

Se debate sobre la transparencia algorítmica, el derecho a la explicación y el posible conflicto con el secreto empresarial. También se examina el encaje de la IA en figuras jurídicas existentes, como la subrogación empresarial (art. 44 ET), y se cuestiona si el derecho del trabajo tradicional es suficiente para proteger al trabajador en un entorno dominado por sistemas automatizados.

Asimismo, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación) introduce obligaciones éticas respecto al uso de IA, pero delega la implementación en la Administración pública, sin imponer deberes claros a las empresas privadas.

Uno de los principales desafíos que plantea la implementación de IA en el trabajo es la posible vulneración del derecho a la intimidad, la no discriminación y la protección de datos. Los algoritmos, al analizar grandes volúmenes de información personal, pueden llegar a predecir comportamientos futuros de los empleados o candidatos, inferir rasgos de personalidad e incluso evaluar riesgos como la propensión al acoso o al consumo de drogas. Sin embargo, la legislación vigente exige que cualquier tratamiento automatizado de datos sea informado de forma clara al afectado, y que las decisiones que tengan un impacto significativo en la persona no se basen exclusivamente en procesos automáticos, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo justifiquen.

La expansión de la IA debe respetar límites fundamentales como la privacidad, la transparencia y los derechos digitales de los trabajadores. El desarrollo de empresas algorítmicas difumina la figura del empleador tradicional y puede vaciar de contenido el control laboral clásico, sustituyendo la dirección humana por procesos automatizados difícilmente supervisables. Este nuevo modelo requiere, por tanto, una reinterpretación del concepto de empleador y de la imputación de responsabilidades en caso de decisiones automatizadas que afecten negativamente a los trabajadores.

En cuanto a la protección de la privacidad, es necesario un amplio análisis sobre el uso de datos biométricos y el control mediante reconocimiento facial, evaluando las limitaciones legales establecidas por el Reglamento general de protección de datos y la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Se rechaza el uso masivo e indiscriminado de estas técnicas y se subraya que el tratamiento de datos personales debe basarse en el consentimiento y el principio de proporcionalidad.

Asimismo, los trabajadores tienen derecho a conocer los criterios que han motivado las decisiones algorítmicas que les afectan y a presentar reclamaciones. El uso de datos extraídos de redes sociales o de fuentes abiertas solo es lícito si esta información es pertinen-

te para el puesto y no conduce a discriminación por motivos como la edad, la religión o la orientación sexual, cuyo tratamiento está expresamente prohibido.

Se distingue entre la fase de reclutamiento –donde la IA puede optimizar el filtrado de currículos– y la fase de selección, que requiere juicio humano para evaluar aspectos complejos como la empatía o la creatividad. No obstante, la opacidad de los algoritmos, combinada con datos sesgados, puede conducir a decisiones discriminatorias, especialmente por razón de sexo, raza o discapacidad. A través de ejemplos reales, como el algoritmo de Amazon que descartaba mujeres, ilustra cómo los sistemas automatizados pueden replicar y amplificar desigualdades estructurales.

Aunque la legislación española reconoce el derecho a la no discriminación, carece de disposiciones específicas sobre los algoritmos en selección laboral. Frente a ello, el Reglamento europeo sobre IA introduce limitaciones al uso de tecnologías invasivas, como el reconocimiento facial, y exige evaluaciones de riesgos y auditorías algorítmicas. Además, el ya referido artículo 64.4d) del ET obliga a informar a la representación legal sobre los parámetros y efectos de los algoritmos, aunque persisten tensiones con la protección del secreto empresarial.

Destaca la necesidad de realizar auditorías algorítmicas y análisis de riesgos para garantizar la equidad y legalidad de los procesos de selección. El Reglamento europeo sobre IA establece que los sistemas utilizados en selección de personal son de alto riesgo y están sometidos a estrictas obligaciones de transparencia, control y no discriminación, prohibiendo prácticas como el reconocimiento facial masivo o la evaluación basada en conductas sociales.

La organización algorítmica de la jornada laboral también ha sido objeto de controversia jurídica. La sentencia del Tribunal de Bolonia contra Deliveroo en 2020 destacó la discriminación implícita en el tratamiento igualitario de ausencias por enfermedad y otras causas triviales, lo que vulneraba los derechos de los trabajadores. Esta problemática impulsó la creación de la Directiva sobre plataformas digitales –conocida como ley *rider*–, que establece obligaciones específicas de información y supervisión sobre el uso de sistemas automatizados en este tipo de relaciones laborales.

Puede existir una doble vía de solución: técnica, mediante el diseño de sistemas de IA más explicables y auditables; y jurídica, a través de la adecuación del marco legal que regule específicamente la gestión algorítmica, fortaleciendo los derechos de información y supervisión de los trabajadores. El derecho del trabajo debe adaptarse a la era de la automatización cognitiva, exigiendo responsabilidad y garantías incluso cuando las decisiones sean tomadas por máquinas. A pesar de ello, la creciente dependencia de estas herramientas genera riesgos significativos para los derechos de los trabajadores, en especial en lo referente a la privacidad, la igualdad de trato y la rendición de cuentas empresarial.

Uno de los principales problemas abordados es la opacidad algorítmica, que impide a los trabajadores comprender cómo se toman las decisiones que les afectan, y dificulta la identificación y corrección de posibles sesgos discriminatorios. Se identifican distintos tipos de opacidad –intencional, analfabeta e intrínseca– que dificultan el control jurídico sobre los algoritmos. A ello se suma el sesgo algorítmico, que puede derivarse tanto de datos de entrenamiento defectuosos como de criterios de diseño poco éticos, perpetuando discriminaciones de género, edad o etnia.

Se denuncia el uso de algoritmos de caja negra, cuyo funcionamiento no es auditable, y se advierte que su utilización sin supervisión ni transparencia vulnera los principios de justicia y equidad en el trabajo. Frente a ello, se reclama una regulación que imponga estándares de transparencia, auditoría y explicabilidad de los algoritmos, así como el derecho de los trabajadores a conocer, cuestionar y corregir las decisiones automatizadas que les afectan. Además, se reivindica el papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva como herramientas clave para regular el uso de la IA en las empresas.

También es preciso analizar el uso de IA en plataformas digitales, donde la dependencia algorítmica somete a los trabajadores a sistemas de asignación de tareas, fijación de precios y evaluación de desempeño sin intervención humana directa. La legislación española (ley *rider*) y europea (Directiva sobre plataformas digitales y Reglamento europeo sobre IA) introducen obligaciones de transparencia, supervisión humana y protección frente a sesgos algorítmicos, aunque muchas empresas intentan eludir el control jurídico mediante modelos difusos como la externalización abierta de tareas.

4. IA en el trabajo: prevención de riesgos laborales y acción sindical

Rigen obligaciones legales, que recaen sobre el empresario al incorporar sistemas de IA en el entorno laboral, especialmente en lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo. La IA se integra en la empresa de múltiples formas: desde robots inteligentes que ejecutan tareas autónomas hasta *software* de gestión de recursos humanos capaz de evaluar rendimientos o proponer medidas disciplinarias. Estos sistemas, que procesan datos personales o funcionales, modifican el entorno laboral y plantean nuevos retos jurídicos, no solo por los riesgos que generan, sino también por la rapidez y complejidad de su implementación, que supera la capacidad de adaptación de la normativa vigente.

El empresario tiene la obligación de adquirir productos seguros y asegurarse de que los sistemas de IA que utiliza² cumplen los requisitos de seguridad del Reglamento europeo

² La gestión algorítmica puede intensificar los riesgos psicosociales en el trabajo, como el tecnoestrés, la vigilancia constante y la pérdida de autonomía, lo que plantea la necesidad de adaptar la normativa preventiva a los desafíos digitales emergentes.

sobre IA, que adopta un enfoque basado en el riesgo. Esta clasificación distingue entre sistemas prohibidos, de alto riesgo y otros, imponiendo exigencias específicas como la vigilancia humana, la transparencia y la evaluación de sesgos. Además, el empresario debe utilizar estos sistemas conforme a su uso previsto, no realizar alteraciones sustanciales sin autorización del fabricante, y conservar registros sobre su funcionamiento.

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, el empresario está obligado a evaluar los riesgos derivados de la IA, tanto físicos como psicosociales, y a formar e informar a los trabajadores sobre su uso y consecuencias. La integración de la IA no puede reemplazar funciones humanas clave, como la supervisión física en situaciones peligrosas, y requiere un control preventivo reforzado, ya que la normativa de IA no siempre cubre los riesgos laborales.

No obstante, se advierte que el uso de IA plantea nuevos riesgos laborales, en particular de carácter psicosocial. Entre ellos se encuentran la hipervigilancia, el control algorítmico de la actividad, la intensificación del trabajo y la pérdida de autonomía por parte del trabajador. Estas condiciones pueden generar tecnoestrés, fatiga mental y dificultades para desconectar, afectando la salud mental y el bienestar.

La IA puede contribuir a la prevención de accidentes, pero también puede ser invasiva si se utiliza sin salvaguardas éticas ni control humano. Por ello, se insiste en que las tecnologías basadas en IA deben implementarse con criterios de transparencia, proporcionalidad y respeto al derecho a la intimidad y a la desconexión digital. Se requiere un enfoque preventivo integral que combine innovación tecnológica con protección de la salud laboral, asegurando que la IA esté al servicio de condiciones de trabajo dignas y seguras.

La siniestralidad aumenta en sectores con menor formación en prevención, más precariedad y una organización del trabajo deficiente. Frente a este panorama, existe la necesidad de incorporar la IA como pilar fundamental en la estrategia preventiva. La IA, al permitir el análisis de grandes volúmenes de datos, la generación de modelos predictivos y el control en tiempo real de condiciones de trabajo, ofrece nuevas oportunidades para anticipar riesgos y optimizar la gestión de la prevención. Además, puede mejorar la formación, la planificación de medidas preventivas y la personalización de intervenciones, elevando así la calidad y seguridad de los entornos laborales.

También se advierte sobre los riesgos asociados al uso de IA, como la intensificación del trabajo, la presión por igualar el rendimiento de los robots o la posible vulneración de la privacidad. Por ello, se subraya la importancia de una implementación ética, con supervisión humana y garantías jurídicas. En conclusión, la IA puede ser clave para reducir la mortalidad laboral si se aplica de manera proactiva, rigurosa y centrada en la prevención, sin dejar de lado los posibles efectos adversos en la salud y bienestar de los trabajadores.

En el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, la IA se aplica en dispositivos como robots colaborativos, exoesqueletos, sensores inteligentes y equipos de protección personal inteligentes, además de en herramientas de análisis de datos que permiten anticipar riesgos y automatizar tareas. Se defiende que la IA puede ser una aliada valiosa para la prevención de accidentes, pero su implementación debe hacerse con cautela, garantizando la transparencia, la participación de los trabajadores y el respeto a los derechos fundamentales. La realidad virtual, más que la IA predictiva, es actualmente la tecnología con mayor impacto real en la formación y sensibilización en prevención de riesgos laborales.

Uno de los principales beneficios de la IA en el ámbito laboral es su capacidad para realizar monitoreos continuos de las condiciones de trabajo mediante sensores, dispositivos portátiles y cámaras inteligentes, que permiten detectar anomalías ambientales o físicas y alertar en tiempo real a los trabajadores y responsables de seguridad. Asimismo, la IA facilita la capacitación virtual a través de simulaciones y entornos inmersivos (como el metaverso), lo que permite entrenar a los trabajadores sin exponerlos a riesgos reales, especialmente útil en sectores como la construcción, la minería o la industria química. Otro aporte relevante es el mantenimiento predictivo de maquinaria y equipos, que reduce fallos y evita accidentes. Además, la IA colabora en la generación de documentos, notificaciones de riesgos y reportes de siniestralidad, aliviando la carga administrativa y permitiendo una gestión más ágil.

Cada vez crece más el papel de las tecnologías digitales, especialmente la IA, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, con énfasis en los riesgos derivados de su aplicación y la insuficiencia normativa para abordarlos. Se ha introducido el concepto de AIWM (*artificial intelligence worker management*), que se refiere a sistemas de gestión que recopilan datos en tiempo real sobre el entorno de trabajo, los trabajadores y sus herramientas, utilizando algoritmos para tomar decisiones automatizadas o asistir a la dirección empresarial.

Se distingue entre el monitoreo estándar y el monitoreo basado en IA, más intrusivo, continuo e inmediato, que puede invadir la privacidad y generar efectos psicosociales negativos como estrés, sensación de control absoluto y pérdida de autonomía. Aunque la IA puede prevenir riesgos físicos mediante dispositivos como robots colaborativos, exoesqueletos, equipos de protección personal inteligentes y tecnologías inmersivas (realidad virtual y aumentada), también introduce nuevos riesgos, como fallos técnicos, ciberataques, aumento del ritmo de trabajo y aislamiento social.

La IA puede ser clave para reducir la mortalidad laboral si se aplica de manera proactiva, rigurosa y centrada en la prevención, sin dejar de lado los posibles efectos adversos en la salud y bienestar de los trabajadores. Plantea nuevos desafíos la incorporación de nuevas tecnologías –como la IA, la robótica o la nanotecnología– al ámbito laboral, desde la perspectiva del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. La llamada cuarta revolución industrial ha generado no solo oportunidades para mejorar las condiciones laborales, sino también

riesgos emergentes que requieren una adaptación de los deberes preventivos tradicionales. Estos riesgos, tanto físicos como psicosociales, afectan a todas las disciplinas preventivas y exigen nuevas estrategias legales, organizativas y técnicas por parte de las empresas.

Hay que distinguir entre riesgos tradicionales, ahora amplificadas por la tecnología, y riesgos emergentes, como los derivados del uso de algoritmos, la hiperconectividad, el tecnoestrés, la vigilancia continua o la manipulación de dispositivos digitales en entornos laborales. En particular, destacan los efectos negativos de la tecnosobrecarga, la tecnoinvasión y la tecnocomplejidad sobre la salud mental de los trabajadores, así como el presentismo digital y la pérdida de límites entre vida laboral y personal, generados por la monitorización algorítmica y la falta de desconexión digital.

Frente a estos riesgos, se propone un enfoque preventivo basado en tres pilares: el principio de precaución ante la incertidumbre sobre los efectos de nuevas tecnologías; la actualización constante de las evaluaciones de riesgos, incluyendo los psicosociales y ergonómicos; y la integración de la prevención en todas las fases de introducción tecnológica, desde el diseño de algoritmos hasta el teletrabajo. Se analiza también el papel clave de la negociación colectiva, que debe asumir un rol más proactivo en la regulación de la desconexión digital, la formación, el uso de dispositivos y la adaptación de los entornos laborales.

Sería aconsejable una evolución del derecho preventivo que no se limite a reaccionar, sino que se anticipe a los cambios tecnológicos, incorporando nuevos estándares de diligencia y fortaleciendo los derechos colectivos. La regulación debe garantizar que los avances tecnológicos no se conviertan en fuentes de precariedad o enfermedad, sino en herramientas al servicio del bienestar y la dignidad del trabajo.

La IA juega un papel dual en la prevención de riesgos laborales: por un lado, como herramienta para mejorar la seguridad en el trabajo; por otro, como generadora de nuevos riesgos físicos y psicosociales, especialmente en el contexto de las cadenas globales de suministro. La IA puede ser un avance esencial en la gestión preventiva, pero también plantea amenazas a derechos fundamentales como la igualdad, la privacidad y la protección de datos, al incorporar sesgos que pueden derivar en decisiones discriminatorias.

Las aplicaciones de la IA en el entorno laboral incluyen equipos de protección individual inteligentes, drones, vehículos autónomos, robots colaborativos y tecnologías inmersivas como la realidad virtual. Estas tecnologías permiten recopilar y procesar datos que facilitan la identificación de riesgos y la intervención temprana. No obstante, su uso plantea riesgos éticos y legales, sobre todo cuando se aplican algoritmos que monitorizan a los trabajadores, generan perfiles y toman decisiones automatizadas que afectan a sus condiciones laborales. La gestión algorítmica puede intensificar el tecnoestrés, erosionar la autonomía laboral y generar discriminaciones estructurales, especialmente en trabajadores poco cualificados o pertenecientes a minorías. Particular atención se presta a los trabajadores de las

cadena global de valor, quienes suelen operar en entornos con escasa protección legal, limitada formación tecnológica y baja capacidad de interlocución.

Sin embargo, estas tecnologías también generan nuevos riesgos físicos y psicosociales, como la sobrecarga cognitiva, la vigilancia constante, la pérdida de privacidad y el tecnostres. Además, la gestión algorítmica puede intensificar el ritmo de trabajo y la presión sobre los trabajadores, afectando su salud mental y física.

Destacan los riesgos éticos y de seguridad vinculados a la automatización, como la opacidad de los algoritmos, la dependencia excesiva de los dispositivos, la posibilidad de ciberataques y el uso indebido de datos personales. También hay que abordar la integración de tecnologías inmersivas (realidad virtual y aumentada) en la formación preventiva, las cuales pueden ser eficaces, pero conllevan peligros como la desorientación, la sobrecarga sensorial o la dependencia tecnológica.

La gestión de trabajadores basada en IA afecta los riesgos psicosociales en el entorno laboral y el papel que pueden desempeñar las estructuras de representación de los trabajadores en su identificación, prevención y mitigación. La IA se define como el uso de sistemas algorítmicos que recopilan y procesan datos, en muchos casos en tiempo real, sobre las actividades, comportamientos y rendimientos de los trabajadores, generando decisiones automatizadas o semiautomatizadas sobre la gestión laboral. Estas tecnologías se implementan en diversos sectores, desde plataformas digitales hasta entornos más tradicionales como almacenes o centros sanitarios, y se caracterizan por su opacidad, dinamismo y capacidad de aprendizaje.

La doctrina argumenta que, si bien la IA puede mejorar la eficiencia y contribuir a la prevención de riesgos laborales, también introduce desafíos sustanciales, como la intensificación del trabajo, la pérdida de control por parte de los trabajadores, la vigilancia permanente y la erosión de la autonomía, todos ellos factores que incrementan los riesgos psicosociales como el estrés, la ansiedad o el agotamiento.

Además, la naturaleza opaca de los algoritmos dificulta que los trabajadores y sus representantes comprendan o cuestionen las decisiones derivadas de estos sistemas, lo que limita su capacidad para ejercer derechos colectivos y participar en la toma de decisiones.

No obstante, los autores iuslaboralistas advierten sobre la necesidad de evitar que esta tecnología se convierta en una forma de vigilancia intrusiva o que profundice la precarización laboral, especialmente en países con baja regulación tecnológica. Hay que alertar sobre la posibilidad de que las empresas deslocalicen riesgos mediante IA, intensificando la precarización en estos contextos. Frente a ello, se reclama una gobernanza ética de la IA que garantice condiciones laborales dignas, con énfasis en la formación, la transparencia y el control colectivo de las tecnologías aplicadas. En este contexto, se aboga por una aplicación de la IA respetuosa con los derechos fundamentales, sujeta a principios de

transparencia, proporcionalidad y supervisión humana, de acuerdo con el Reglamento europeo sobre IA y otras normativas relevantes. Destaca la necesidad de una coordinación normativa que integre la seguridad del producto, la prevención de riesgos y la protección de datos, señalando que el actual marco jurídico es fragmentado y genera incertidumbre en la atribución de responsabilidades.

Las estructuras de representación de los trabajadores enfrentan obstáculos técnicos y de poder, como la falta de acceso y comprensión de los algoritmos, o la resistencia empresarial a compartir información. Estos desafíos requieren una regulación que refuerce los derechos de información, consulta y participación, así como el desarrollo de capacidades técnicas que permitan a los representantes entender y negociar sobre el uso de IA en el lugar de trabajo.

El papel de los representantes de los trabajadores se refuerza en este nuevo marco, al exigirse que sean informados y consultados antes de la implantación de sistemas de IA de alto riesgo. Deben afrontarse los desafíos legales y sociales que plantea la utilización de algoritmos digitales y sistemas de IA en la toma de decisiones empresariales en el ámbito laboral, con especial atención al papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva. El uso creciente de algoritmos para decisiones como selección de personal, evaluación de rendimiento y control de la actividad laboral supone un cambio radical en las relaciones laborales, generando nuevas formas de vigilancia y dirección empresarial que requieren una respuesta jurídica adecuada para salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores.

Se reivindica el fortalecimiento del papel de los representantes de los trabajadores, no solo como garantes del derecho a la información, sino como actores clave para negociar el uso de estas tecnologías en la empresa. La negociación colectiva debe ser el espacio donde se establezcan normas específicas sobre el uso de algoritmos, la transparencia en la recopilación de datos, los criterios de evaluación y el derecho a una supervisión humana de las decisiones automatizadas. Se destacan experiencias pioneras, como el Convenio de la banca, que regula expresamente los derechos ante la IA, y el establecimiento de observatorios sectoriales como instrumentos de diálogo social ante la transición digital.

Para evitar una automatización deshumanizada del trabajo y garantizar la justicia algorítmica, es esencial promover una gobernanza colectiva de los datos y decisiones empresariales. Esto implica empoderar a los interlocutores sociales para fiscalizar los procesos algorítmicos y asegurar que la digitalización se traduzca en mejoras efectivas de las condiciones laborales y no en una intensificación del control ni en nuevos riesgos psicosociales. El papel proactivo de la negociación colectiva es, por tanto, imprescindible para construir un marco de protección adaptado a los desafíos de la economía digital.

La digitalización del trabajo no puede justificar la ausencia de regulación laboral ni la exclusión de derechos fundamentales como la libertad sindical, la negociación colectiva y

el derecho de huelga. Si analizamos los algoritmos, vemos cómo, más allá de facilitar la intermediación, ejercen un control riguroso sobre la actividad laboral, estableciendo precios, condiciones y evaluaciones mediante sistemas opacos, lo que intensifica la subordinación y precarización de los trabajadores, a pesar de la narrativa empresarial que presenta estos trabajos como autónomos y flexibles.

El análisis se centra en el papel que desempeña la IA en el ámbito laboral, con especial énfasis en su potencial para prevenir accidentes de trabajo. Destaca que la IA permite procesar grandes volúmenes de datos con alta precisión, lo que la convierte en una herramienta prometedora para la gestión de riesgos laborales.

Los desafíos que plantea el trabajo en plataformas digitales para el derecho colectivo del trabajo requieren una adaptación de la negociación colectiva a la era digital, donde algoritmos y tecnologías de gestión digital desempeñan un papel central. La transformación del trabajo mediante plataformas como Uber o iFood ha erosionado la relación laboral tradicional, al considerar a los trabajadores como autónomos, lo que permite a las plataformas eludir las obligaciones legales propias del empleo asalariado y debilita la capacidad de organización colectiva³.

Además, se advierte sobre la dificultad de ejercer este derecho en empresas donde no existen órganos de representación, especialmente en el entorno digital de las plataformas, donde la organización del trabajo no se ajusta a la noción clásica de centro de trabajo. También podemos señalar la necesidad de dotar a los representantes de formación específica para poder comprender y fiscalizar los algoritmos, y de establecer procedimientos de consulta y auditoría sobre su funcionamiento, especialmente cuando estos puedan generar riesgos discriminatorios o psicosociales.

La negociación colectiva se presenta como el principal instrumento para suplir las deficiencias legislativas. Se propone incorporar cláusulas sobre la transparencia algorítmica, la formación representativa, la evaluación de impacto previa y la auditoría de resultados. Asimismo, se aboga por la creación de comisiones de seguimiento digital y la posibilidad de negociar directamente los parámetros que rigen el funcionamiento de los algoritmos.

El reconocimiento legal del derecho a la información algorítmica es solo un primer paso. Para proteger efectivamente los derechos laborales en la era digital, es necesario reforzar la capacidad de control e intervención de los representantes, dotándolos de herramientas jurídicas y formativas que les permitan contrarrestar el poder empresarial reforzado por la IA, y garantizar así una transición digital justa y democrática en el entorno laboral.

³ La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 805/2020, de 25 de septiembre, marcó un hito en la jurisprudencia laboral española al reconocer que los repartidores de plataformas digitales como Glovo no son trabajadores autónomos, sino que mantienen una relación laboral por cuenta ajena con la empresa.

Finalmente, se aborda la responsabilidad civil por daños derivados de sistemas de IA, indicando que el empresario podría ser considerado fabricante si modifica sustancialmente los sistemas adquiridos.

5. IA y relaciones laborales: ética, igualdad y protección de datos

Pese a la supuesta neutralidad de la IA, se desvela cómo su diseño y uso reproducen y amplifican estructuras históricas de poder, especialmente en términos de racismo y discriminación sistémica. Lejos de ser herramientas objetivas, los algoritmos y sistemas de IA están condicionados por las decisiones de quienes los desarrollan, en su mayoría hombres blancos del norte global, empleados por grandes corporaciones tecnológicas. Esta falta de diversidad en el diseño algorítmico da lugar a tecnologías que perpetúan privilegios y excluyen a poblaciones vulnerables, especialmente racializadas.

Se hace una llamada urgente a desracializar la IA, promoviendo la investigación crítica, la visibilización de sus impactos en poblaciones racializadas, y la acción colectiva para resistir el avance de tecnologías que automatizan la exclusión y la opresión. Sin una respuesta política y social firme, la IA seguirá consolidando desigualdades bajo la apariencia de objetividad técnica.

Su capacidad para reproducir y amplificar desigualdades de género en el empleo parte de la premisa de que la IA no es neutral: las decisiones que adopta se basan en datos, modelos y concepciones sociales que encapsulan los estereotipos y prejuicios ya presentes en la sociedad. Esta objetividad matemática que se atribuye a la IA, en realidad, oculta sesgos estructurales, en particular contra las mujeres, al tiempo que dificulta la atribución de responsabilidad por las decisiones discriminatorias.

El análisis parte de la asimetría de datos, ya que existen menos datos de mujeres que de hombres, debido a su menor presencia en entornos digitales y a la histórica invisibilización de sus necesidades y experiencias. Además, los algoritmos se entrenan con datos del pasado, reproduciendo patrones laborales que relegan a las mujeres a determinadas ocupaciones. A ello se suma que el mundo de la programación es mayoritariamente masculino, lo que introduce una perspectiva de género sesgada en el diseño y funcionamiento de los sistemas de IA.

La gestión algorítmica del trabajo mediante IA deshumaniza las relaciones laborales, eliminando márgenes de discrecionalidad y adaptabilidad a las circunstancias personales. Este modelo disciplinario y opaco impone una vigilancia constante y una evaluación continua a través de *rankings* y métricas que, por su diseño, pueden perjudicar sistemáticamente a las

mujeres. La IA, al ignorar factores como los cuidados familiares, penaliza indirectamente a las trabajadoras, dificultando su promoción y estabilidad en el empleo.

Se expone la necesidad urgente de integrar la IA en el ámbito laboral desde una perspectiva ética e inclusiva, con especial atención al impacto que esta tecnología puede tener sobre las personas con discapacidad. La creciente implantación de la IA en procesos de selección, contratación y organización del trabajo puede reforzar las barreras de acceso al empleo para este colectivo si no se toman medidas correctivas frente a los sesgos algorítmicos.

Se propone la colaboración activa entre desarrolladores tecnológicos, expertos en inclusión, legisladores y organizaciones representativas de la discapacidad, con el objetivo de garantizar que la IA se diseñe y aplique desde criterios de equidad e inclusión. Asimismo, destacan las potencialidades de la IA para facilitar la vida diaria de las personas con discapacidad, al mejorar el acceso a la información, la comunicación y la toma de decisiones en entornos digitales adaptados.

Los recientes avances normativos en España –como la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación y la Ley de empleo– introducen previsiones para evitar sesgos algorítmicos y fomentar la inclusión, aunque también se identifican lagunas regulatorias que debilitan la protección efectiva frente al uso discriminatorio de la IA.

Se distingue entre la fase de reclutamiento –en la que la IA puede ser útil para filtrar currículos– y la fase de selección –donde la intervención humana sigue siendo esencial para evaluar habilidades complejas–. No obstante, incluso en la primera etapa pueden producirse violaciones de derechos, como la privacidad, la libertad de expresión y la discriminación, especialmente por sexo, raza y discapacidad. Se pone en evidencia que la IA puede reproducir y amplificar desigualdades si no se diseña y gestiona con responsabilidad.

El papel de la IA es importante como generadora indirecta de trabajo precario en las cadenas de suministro. Se introduce el concepto de trabajo fantasma, que alude a aquellas tareas invisibilizadas pero esenciales para el funcionamiento de los sistemas de IA, y que suelen realizarse en condiciones de alta precariedad, tanto en actividades extractivas como en tareas digitales externalizadas.

En primer lugar, se analiza cómo la infraestructura física necesaria para el funcionamiento de la IA – supercomputadoras, chips, baterías– depende de minerales como el cobalto, litio, oro o estaño, cuya extracción, en países como la República Democrática del Congo, Perú o Indonesia, se realiza en contextos de explotación laboral, inseguridad y trabajo forzoso, incluyendo trabajo infantil. A pesar de iniciativas normativas como la Ley Dodd-Frank o las directrices de la OCDE, la trazabilidad de estos materiales es limitada, lo que permite que estos minerales «sucios» entren en las cadenas globales sin control efectivo.

En segundo lugar, se aborda la figura de los *taskers*, trabajadores que alimentan la IA mediante el etiquetado de datos, la moderación de contenidos y la interacción con algoritmos, generalmente bajo regímenes de economía de plataforma. Estas microtarefas, esenciales para el entrenamiento de los sistemas, se realizan a menudo en condiciones de informalidad, sin derechos laborales, por pagos ínfimos, y con efectos psicosociales adversos, pese a que implican una dependencia empresarial encubierta. Plataformas como Remotasks o Amazon Mechanical Turk canalizan esta fuerza laboral global precaria, sin reconocimiento ni protección jurídica efectiva.

Frente a este panorama de precarización laboral, se propone que se adopten políticas basadas en el principio de diligencia debida en materia de derechos humanos, para que las empresas tecnológicas garanticen la protección efectiva de los derechos laborales en toda su cadena de suministro. Asimismo, se llama a los Estados a establecer mecanismos de fiscalización, promover certificaciones éticas y exigir transparencia en la procedencia de los materiales y servicios utilizados por las empresas de IA. Solo a través de un marco normativo robusto, basado en los principios del trabajo decente, será posible evitar que la innovación digital se sustente en la explotación laboral global invisibilizada.

La integración de sistemas de IA en el ámbito laboral requiere una evaluación no solo técnica o económica, sino también jurídica y ética, con especial atención a sus implicaciones para los derechos fundamentales de los trabajadores. La automatización de decisiones en procesos de selección, contratación y gestión laboral plantea riesgos sustanciales de discriminación⁴ y vulneración del principio de igualdad, al tiempo que se debilita la intervención humana y se opaca el proceso decisorio empresarial.

Se distingue entre IA inclusiva –que apoya la adaptación de puestos y promueve la accesibilidad mediante tecnologías de apoyo, robotización o teletrabajo– e IA discriminatoria, que puede excluir a candidatos con discapacidad en procesos de selección, evaluación del desempeño o acceso a la formación digital por sesgos en los algoritmos o falta de accesibilidad tecnológica. En este sentido, se subraya la necesidad de auditorías de sesgos, ajustes razonables y participación de organizaciones representativas en el diseño y control de sistemas de IA.

En particular, se señala el riesgo de discriminación en procesos de selección algorítmicos, donde sesgos ocultos pueden excluir sistemáticamente a determinados colectivos sin posibilidad de supervisión ni recurso, debido a la opacidad y ausencia de pruebas. Estas

⁴ La doctrina reclama una regulación específica sobre la «discriminación algorítmica», que contemple mecanismos de impugnación y compensación ante decisiones automatizadas que afecten negativamente a los derechos laborales.

prácticas vulneran los derechos fundamentales y la normativa europea, aunque introduce algunas garantías (como la obligación de informar sobre algoritmos en virtud de la *ley rider*), resulta insuficiente ante la resistencia empresarial a compartir información técnica relevante.

La implantación de la IA y el *big data* en los entornos laborales está impactando en el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la protección de datos de los trabajadores. Aunque estas tecnologías prometen eficiencia y optimización en la gestión empresarial, también provocan una redefinición de las relaciones laborales, aumentando la asimetría de poder entre empleadores y empleados. La capacidad de la IA y el *big data* para recopilar, procesar y cruzar datos personales –incluso fuera del entorno físico laboral– convierte la experiencia humana en un producto mercantilizable, lo que genera riesgos de control biopolítico y amenaza la privacidad y la dignidad de los trabajadores.

Esta situación se agrava por la insuficiencia normativa tanto en el ámbito europeo como nacional. Si bien el Reglamento general de protección de datos ofrece un marco de protección, sus previsiones resultan imprecisas y permisivas frente al avance tecnológico, al permitir, por ejemplo, la reutilización de datos personales y no extender adecuadamente las garantías a los datos inferidos por sistemas algorítmicos. Además, el Reglamento general de protección de datos promueve la autorregulación empresarial mediante códigos de conducta y certificaciones, pero deja lagunas en cuanto al tratamiento específico en las relaciones laborales, una cuestión que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún tiene pendiente de delimitar.

En cuanto al derecho español, la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en especial su título X sobre derechos digitales laborales, es una norma insuficiente, basada en remisiones normativas y sin una regulación clara de los límites al uso de tecnologías de control empresarial como la videovigilancia, la geolocalización y el monitoreo digital. En la práctica, esta norma parece priorizar los intereses empresariales frente a los derechos fundamentales de los trabajadores, dejando en manos del intérprete jurídico la tarea de equilibrar poder y privacidad.

La IA, el *big data* y la digitalización están transformando los entornos laborales, especialmente en lo relativo al derecho fundamental a la privacidad de los trabajadores. Partimos de la premisa de que la implantación masiva de sistemas de IA en las empresas ha modificado la forma de gestionar la productividad y el rendimiento, al mismo tiempo que ha intensificado la supervisión empresarial sobre los empleados, diluyendo los límites entre la vida profesional y personal. Esta realidad plantea riesgos sustanciales para los derechos a la privacidad, intimidad y protección de datos personales de los trabajadores.

A partir del marco normativo europeo –particularmente el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Reglamento general de protección de datos–, se expone cómo el uso de algoritmos permite recopilar, procesar y cruzar datos de

los empleados de forma automatizada, incluso fuera del entorno laboral, generando perfiles conductuales que condicionan decisiones empresariales. Estas decisiones, muchas veces opacas e ininteligibles para el trabajador, pueden afectar aspectos clave como la evaluación de rendimiento, promociones, despidos, o la identificación de patrones de comportamiento, vulnerando el derecho a la autodeterminación informativa.

La necesidad de establecer límites claros al uso de IA para vigilancia y control reclama un equilibrio entre eficiencia empresarial y respeto a los derechos humanos. Se critica la insuficiencia del marco normativo español, que solo reconoce parcialmente los derechos digitales en el trabajo, y subraya la urgencia de avanzar hacia una regulación más efectiva y ética. En el plano europeo, son valorables los esfuerzos regulatorios, como el Reglamento europeo sobre IA, pero se advierte que su enfoque limitado a sistemas de alto riesgo deja sin protección muchas aplicaciones algorítmicas que afectan a los trabajadores.

A partir de la creciente relevancia del *big data*, la recopilación masiva de datos personales y su tratamiento mediante algoritmos exigen un riguroso respeto a la normativa de protección de datos, especialmente el Reglamento general de protección de datos. Señala que el tratamiento automatizado de datos debe superar pruebas de proporcionalidad, transparencia y necesidad, respetando el derecho a la privacidad y a una información clara sobre los criterios utilizados por los algoritmos.

6. Trabajo e IA: reflexiones finales sobre una transformación en curso

Solo una gobernanza inclusiva y ética de la IA permitirá aprovechar sus beneficios sin excluir a los colectivos más vulnerables. Se reclama una gobernanza digital centrada en la persona, donde la protección de datos no se vea subordinada al interés empresarial. Se propone la implementación de políticas y auditorías que garanticen la transparencia, la supervisión humana y el consentimiento informado, como pilares para una digitalización ética que respete la dignidad del trabajo en la era de la IA.

La gobernanza algorítmica debe estar alineada con principios democráticos y de justicia social. Para ello, se propone una regulación que refuerce los derechos de información y consulta, la transparencia técnica de los algoritmos, la formación sindical especializada y la protección efectiva de los derechos fundamentales ante la automatización de decisiones. La transformación digital no puede erigirse en un obstáculo a los derechos laborales, sino que debe convertirse en una oportunidad para su reforzamiento.

Aunque se están dando pasos normativos relevantes, estos son insuficientes si no se garantiza una transparencia efectiva y un acceso real a la información necesaria para ejercer derechos individuales y colectivos. Sería necesario un fortalecimiento de la participación

sindical, la formación en competencias digitales para representantes de los trabajadores y la aplicación de instrumentos procesales que permitan revertir la carga de la prueba cuando se aleguen decisiones lesivas mediadas por IA. Solo así, podrá afrontarse con garantías la opacidad algorítmica y asegurar que la IA no erosione los principios de justicia y equidad en el trabajo.

Se aboga por una urgente regulación integral y específica que adapte los derechos fundamentales a la era de la datificación y la IA, y que supere el enfoque actual basado en habilitaciones generales a favor de la empresa. Solo así se podrá proteger de forma efectiva la privacidad y la dignidad de los trabajadores frente al avance de una gestión algorítmica que amenaza con consolidar nuevas formas de control y subordinación en el entorno laboral.

Es necesario transformar el desequilibrio de poder que refuerza la digitalización en las empresas mediante la ampliación de los derechos de participación y la intervención colectiva sobre la organización del trabajo, como única vía para contrarrestar lo que se denomina «despotismo digital» y asegurar que la tecnología sirva a la dignidad y los derechos de quienes trabajan.

Es indispensable incorporar derechos digitales como la privacidad, la desconexión y la transparencia algorítmica en los convenios colectivos, y mecanismos como auditorías de algoritmos y supervisión humana de decisiones automatizadas. Además, los sindicatos deben adaptarse para representar a los trabajadores de plataformas, superando las barreras jurídicas y organizativas impuestas por un modelo empresarial que fragmenta y oculta las relaciones de poder.

La convergencia entre negociación colectiva, derechos digitales y algoritmos puede ser una vía efectiva para restaurar el equilibrio en las relaciones laborales en la era digital. Para ello, es fundamental una regulación estatal que reconozca la especificidad del trabajo en plataformas y un fortalecimiento de la acción colectiva que garantice que la tecnología no se convierta en un instrumento de opresión, sino en un medio para una mayor justicia laboral.

La implantación de IA en el empleo requiere un marco jurídico riguroso que prevenga la discriminación indirecta y garantice la transparencia. La negociación colectiva y la supervisión institucional son claves para asegurar una aplicación ética y equitativa de los algoritmos en el ámbito laboral.

Sería deseable una mayor integración entre el derecho del trabajo y la normativa sobre protección de datos, superando la anemia normativa que ha caracterizado su relación en el ordenamiento español. También la necesidad de avanzar hacia una gobernanza colectiva de la digitalización, donde los representantes de los trabajadores tengan acceso efectivo a la información técnica y capacidad de influir en la implantación de tecnologías que afecten a las condiciones laborales.

El derecho del trabajo debe erigirse como un contrapeso a la digitalización masiva de la gestión laboral, reforzando los derechos colectivos como condición para una transición digital justa y humanamente sostenible. Sin una regulación que limite el poder algorítmico y potencie la acción colectiva, la tecnología corre el riesgo de consolidar nuevas formas de precariedad y explotación. Se pone en valor una gobernanza laboral de la IA que garantice la equidad, la sostenibilidad y la protección social, y que convierta la digitalización en una oportunidad de progreso inclusivo y no en un mecanismo de exclusión o desigualdad.

La transformación digital debe ir acompañada de un marco regulador riguroso, que combine la innovación tecnológica con la protección efectiva de los derechos laborales. En especial, una mayor transparencia algorítmica, supervisión humana significativa y una participación activa de los representantes legales de los trabajadores para evitar que la automatización erosione el poder de negociación colectiva y convierta la empresa en una caja negra gobernada por algoritmos.

Es fundamental resistir el uso opresivo de la tecnología mediante la organización colectiva y la reivindicación de un modelo de desarrollo que sitúe la dignidad humana y la sostenibilidad en el centro. Solo cambiando los fines y el poder que dirige la tecnología será posible construir herramientas verdaderamente emancipadoras, al servicio de una sociedad más justa y solidaria.

Debe reclamarse una interpretación evolutiva del marco legal, que permita integrar las garantías antidiscriminatorias en el uso de IA laboral, así como el reconocimiento específico de la «discriminación algorítmica» como nueva categoría jurídica. Para ello, es esencial reforzar la supervisión administrativa, garantizar vías efectivas de impugnación de decisiones automatizadas y establecer políticas activas de formación digital para cerrar la brecha tecnológica que afecta al colectivo de personas con discapacidad.

La IA puede tener un gran impacto en el empleo de las personas con discapacidad, destacando su potencial inclusivo, pero también su riesgo de generar nuevas formas de discriminación. La IA puede facilitar la accesibilidad y adaptación de puestos de trabajo, así como fomentar el teletrabajo y eliminar barreras tradicionales. Su implementación sin las debidas garantías legales puede vulnerar derechos fundamentales, en particular el de igualdad y no discriminación.

Se demanda una regulación más ambiciosa y operativa que permita a los trabajadores conocer, cuestionar e impugnar decisiones algorítmicas, garantizando que la digitalización del empleo no se traduzca en una erosión de derechos ni en nuevas formas de discriminación encubierta.

La regulación actual es insuficiente para enfrentar estos desafíos. Se trataría de reforzar la transparencia algorítmica, establecer derechos de acceso colectivo a los datos

por parte de los representantes de los trabajadores y exigir evaluaciones de impacto con perspectiva de género. También se reclama la incorporación explícita de medidas en los planes de igualdad para garantizar que la digitalización no suponga un retroceso en la equidad laboral.

Es urgente reforzar el marco jurídico para abordar los vacíos normativos y garantizar un uso ético de la IA en el empleo. La negociación colectiva y la supervisión pública se erigen como pilares de control, en aras de evitar discriminaciones indirectas y proteger los derechos laborales en un entorno cada vez más automatizado.

La insuficiencia del marco normativo actual para abordar estos desafíos queda demostrada, y diversos análisis plantean la necesidad de una regulación específica sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral. En este sentido, se examina la aplicación de derechos fundamentales como la privacidad, la igualdad y la transparencia en el contexto de la gestión algorítmica, destacando la importancia de integrar estas garantías en las fases de diseño y uso de IA. Puede utilizarse el rol de la negociación colectiva como vía esencial para equilibrar el poder empresarial en la era digital, permitiendo a los trabajadores intervenir en la implementación de tecnologías que afectan directamente sus condiciones laborales.

Se requiere una gobernanza jurídica activa y anticipatoria frente al poder algorítmico, que combine regulación estatal, participación sindical y una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales. El desafío que presenta la IA para el derecho del trabajo exige inteligencia natural para garantizar la dignidad laboral y evitar que la tecnología se convierta en una herramienta de dominación y deshumanización.

El derecho del trabajo debe adaptarse para afrontar la desmaterialización del poder empresarial, garantizando la tutela efectiva de los derechos laborales en un contexto de digitalización creciente. La gobernanza ética de la IA y la reafirmación del papel central del trabajo humano son esenciales para evitar que la tecnología se convierta en un mecanismo de control social.

Si bien estas tecnologías prometen eficiencia y objetividad, también plantean graves riesgos, como la pérdida de transparencia, la erosión de la responsabilidad empresarial y la denominada «discriminación algorítmica», que puede vulnerar derechos fundamentales.

Para garantizar un uso ético y legal de la IA en el trabajo, es necesario reforzar los mecanismos de control colectivo, dotar a los representantes sindicales de herramientas efectivas y asegurar que la gestión algorítmica no erosione el poder de negociación y los derechos fundamentales de los trabajadores. La gobernanza de la IA debe ser transparente, participativa y alineada con el objetivo de proteger la dignidad del trabajo frente a los riesgos de deshumanización y determinismo tecnológico.

En conclusión, se propone un enfoque interdisciplinario y proactivo en la gobernanza de la IA laboral, con la participación de expertos en ética, derechos humanos y derecho del trabajo. Solo así se puede evitar una deriva hacia un «taylorismo digital», donde la eficiencia tecnológica se imponga sobre la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Referencias bibliográficas

- Baylos Grau, A. (2024). Cambio digital y poder de la empresa: fortalecer los derechos colectivos. *Revista de Derecho Social*, 105, 17-40.
- Delgado López, I. (2024). El impacto de los sistemas algorítmicos en los procesos de selección de personal. Análisis jurídico-laboral a la luz del nuevo Reglamento europeo en materia de inteligencia artificial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 49-82. <https://doi.org/10.51302/rts.2024.22257>
- García Quiñones, J. C. (2023). Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 167, 75-126.
- García Salas, A. I. (2023). La adaptación de los deberes de prevención de riesgos laborales a los riesgos derivados de la incorporación de nuevas tecnologías en la empresa. *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 108.
- García, A. (2024). Impactos de la gestión laboral algorítmica en las relaciones colectivas de trabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(1), 134-155.
- García-Purriños García, R. (2024). Interacciones entre la inteligencia artificial y la prevención de riesgos laborales: impacto en los trabajadores de cadenas globales de suministro. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(4), 226-253.
- González Vidales, C. (2024). El proceso de regulación normativa de los riesgos profesionales emergentes derivados de la disrupción tecnológica. *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 120.
- González de Patto, R. M. (2023). Inteligencia artificial inclusiva versus discriminatoria ante la discapacidad laboral. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 167, 47-74.
- Macías García, M. C. (2023). La inteligencia artificial: custodia de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. *e-Revista Internacional de la Protección Social, Extra*, 219-237. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13>
- Martín González, J. (2023). La transformación digital en curso: del trabajo en plataformas a la gestión algorítmica y la inteligencia artificial. *Seguridad y Salud en el Trabajo*, 116, 33-50.
- Martín Rivera, L. (2024). La inteligencia artificial y la gestión algorítmica aplicadas a las relaciones laborales: de la legislación española a la Ley europea de inteligencia artificial. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(4), 67-97.

- Melián Chinaea, L. M. (2023). El diálogo y la concertación social ante la transformación digital y la inteligencia artificial en las relaciones de trabajo. *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 107.
- Mercader Uguina, J. R. (2024). El reglamento de inteligencia artificial entra en la recta final, una primera lectura en clave laboral. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 67, 327- 351.
- Molina Romo, O., Sanz de Miguel, P., Arasanz Díaz, J. y Caprile Elola-Olaso, M. (2024). Participación de los trabajadores y riesgos psicosociales en el contexto de gestión algorítmica e inteligencia artificial. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 10, 1-19. <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.125>
- Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (2024). Salud laboral, protección de datos y disrupción digital: buscando el equilibrio entre «racionalidad social» y «racionalidad digital». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 13, 13-33.
- Muñoz Ruiz, A. B. (2023). Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones en el trabajo: estudio de los casos más recientes. *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 108.
- Olmos Parés, I. (2023). «No soy un robot... soy el empresario». *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 248, 10-39.
- Poquet Catalá, R. (2023). Algoritmos, inteligencia artificial y condiciones de trabajo, ¿son compatibles? *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 66, 429-459.
- Pérez Amorós, F. (2024). Derecho de información algorítmica de los representantes de los trabajadores en la empresa. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(4), 140-181.
- Rivas Vallejo, M. P. (2023). Decisiones automatizadas y discriminación en el trabajo. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 66, 5-63.
- Rodiño Domingues, T. (2024). Discriminación algorítmica en el empleo y en la relación laboral. *Revista Galega de Dereito Social*, 2.^a etapa, 21, 95-121.
- Rodríguez Fernández, M. L. (2024). Inteligencia artificial, género y trabajo. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 171, 11-39.
- Sanguineti Raymond, W. (2024). Los dilemas de los derechos colectivos en la era de la inteligencia artificial. *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 115.
- Sardegna, P. C. y Peliza, E. (2024). Desafíos jurídicos ante la gobernanza de datos y la opacidad algorítmica en el empleo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(4), 8-34.
- Terradillos Ormaetxea, E. (2024). La transformación tecnológica y los derechos de los trabajadores. *Ekonomiaz*, 105, 116-139. <https://doi.org/10.69810/ekz.1473>
- Truel Fernández, C. (2024). Presente y futuro del derecho de información de los trabajadores ante la toma de decisiones automatizadas a través de sistemas de IA en las empresas. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(4), 182-210.



- Todoí Signes, A. (2024). Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum, Extra 2*, 229-250.
- Tropiano Sanoja, Y. y Noguera, A. (2024). La inteligencia artificial en la prevención de la seguridad y salud laboral en América. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(1), 249-286.
- Vicente Palacio, M. A. (2023). La inteligencia artificial en la Ley integral para la igualdad y no discriminación. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64, 125-150.

María del Carmen Rodríguez Pérez. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Autónoma de Madrid, con experiencia administrativa, docencia universitaria y gestión académica. Línea de investigación centrada en la prevención de riesgos psicosociales y el Derecho de la Seguridad Social, con especial atención a la protección de la salud mental en el trabajo, las políticas de bienestar laboral y la garantía de derechos sociales en el trabajo. <https://orcid.org/0009-0001-1527-7788>

Derechos digitales con perspectiva de género en el entorno laboral

Jaime Cabeza Pereiro (autor de contacto)

Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Vigo (España)

jcabeza@uvigo.gal | <https://orcid.org/0000-0001-8847-3934>

María Belén Cardona Rubert

Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Valencia (España)

maria.b.cardona@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-9260-6207>

Extracto

La Carta de Derechos Digitales española de 2023, aunque no posee eficacia vinculante, expresa una declaración más que programática de reconocimiento de derechos en el ámbito digital. Su texto hace abundantes y muy interesantes referencias a la dimensión de género, así como a la lucha contra las discriminaciones. Son pertinentes esas alusiones, porque la digitalización ha producido una mayor exposición a violaciones del derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución. En este estudio se aborda de manera integral la óptica de la igualdad entre mujeres y hombres, a partir de presupuestos comunes relativos a las brechas digitales, que se acentúan cuando afectan a colectivos especialmente vulnerables a causa de su pertenencia interseccional a colectivos víctimas de discriminación. Asimismo, la presencia de modelos de gestión algorítmica y de decisiones producidas por la inteligencia artificial no evita, sino que acentúa, la exposición a sesgos de todo tipo, y en particular de género. Con estas premisas, el estudio se adentra en el análisis de los problemas de la digitalización en relación con el empleo, sobre todo a la vista de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, así como del Reglamento europeo de inteligencia artificial. Por otro lado, la revolución digital enfrenta a las personas en general y a las trabajadoras en particular a riesgos laborales, algunos nuevos, otros ya clásicos, pero acentuados, y en particular a situaciones de acoso, también sexual y por razón de sexo. En paralelo, las formas de prestación de servicios más expuestas a la digitalización, como el teletrabajo, precisan de un análisis más denso en cuanto a su afectación específica a las mujeres. Igualmente, todas las que, de un modo u otro, exigen alguna conexión telemática o digital plantean la necesidad de garantizar derechos de desconexión digital. Finalmente, pero no menos importante, es necesario un análisis de los derechos colectivos, en particular los de participación y negociación, en el contexto digital y utilizando esta perspectiva de género. De todos estos asuntos se vuelcan algunas reflexiones en este artículo.

Palabras clave: digitalización; género; sesgos; discriminación; empleo; condiciones de trabajo; empleo.

Recibido: 19-09-2025 / Aceptado: 09-10-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, M. B. (2025). Derechos digitales con perspectiva de género en el entorno laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 77-143. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24807>

Digital Rights from a Gender Perspective in the Employment Context

Jaime Cabeza Pereiro (autor de contacto)

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Vigo (Spain)

jcabeza@uvigo.gal | <https://orcid.org/0000-0001-8847-3934>

María Belén Cardona Rubert

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Valencia (Spain)

maria.b.cardona@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-9260-6207>

Abstract

The Spanish Digital Rights Charter of 2023, although not binding, expresses a more than programmatic declaration of recognition of rights in the digital sphere. Its text makes abundant and very interesting references to the gender dimension, as well as to the fight against discrimination. These allusions are pertinent because digitalization has produced greater exposure to violations of the fundamental right under Article 14 of the Constitution. This study comprehensively addresses the perspective of equality between women and men, based on common assumptions regarding digital divides, which are accentuated when they affect particularly vulnerable groups due to their intersectional membership in groups that are victims of discrimination. Furthermore, the presence of algorithmic management models and decisions produced by Artificial Intelligence does not prevent, but rather accentuates, exposure to biases of all kinds, and particularly gender biases. With these premises, the study delves into an analysis of the problems of digitalization in relation to employment, particularly in light of the new Law 3/2023, of February 28, as well as the European Regulation on Artificial Intelligence. On the other hand, the digital revolution exposes people in general and women workers in particular to occupational risks, some new, others already classic, but heightened, and in particular to situations of harassment, including sexual and gender-based harassment. At the same time, the forms of service provision most exposed to digitalization, such as teleworking, require a more in-depth analysis regarding their specific impact on women. Likewise, all those that, in one way or another, require some telematic or digital connection raise the need to guarantee the right to digital disconnection. Finally, but not least, an analysis of collective rights, particularly those of participation and negotiation, is necessary in the digital context and using this gender perspective. This article offers some reflections on all these issues.

Keywords: digitalization; gender; biases; discrimination; employment; working conditions, employment.

Received: 19-09-2025 / Accepted: 09-10-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, M. B. (2025). Digital Rights from a Gender Perspective in the Employment Context. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 77-143. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24807>

Sumario

1. Igualdad y no discriminación en la Carta de Derechos Digitales
 - 1.1. La brecha digital por razón de género
 - 1.2. Intersección, sexo, edad y discapacidad. Brecha y accesibilidad universal
 - 1.3. La perspectiva de género en los procesos de transformación digital
 - 1.4. Los sesgos y la discriminación algorítmica
 2. Derechos digitales, empleo y discriminación por razón de sexo
 - 2.1. Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo: tratamiento de datos y herramientas de toma de decisiones
 - 2.2. La medición y la mejora de la empleabilidad
 - 2.3. La intermediación
 - 2.4. El elenco de problemas del empleo ante la digitalización y la IA, expresados en clave de género
 3. La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales
 - 3.1. Algunos buenos ejemplos de la negociación colectiva
 - 3.2. Ausencia de doctrina judicial
 4. Derechos digitales y seguridad y salud en el trabajo
 - 4.1. Seguridad y salud en el trabajo, digitalización y perspectiva de género
 - 4.2. La regulación específica del trabajo en plataformas digitales
 - 4.3. Algunas consideraciones sobre el deber de seguridad en la intersección género-digitalización
 5. Equidad en el trabajo a distancia y en el teletrabajo
 - 5.1. Consideraciones generales
 - 5.2. Trabajo a distancia y conciliación de vida familiar y laboral
 - 5.3. Algunas consideraciones axiológicas
 - 5.4. El derecho a la desconexión digital con perspectiva de género
 6. Derechos colectivos y CDD: perspectiva de género
 - 6.1. Perspectiva de género en los derechos de participación, según la CDD
 - 6.2. Perspectiva de género en la negociación colectiva, según la CDD
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo es realizado en el ámbito del Convenio de Colaboración C039/23-OT entre Red.es y la UCLM para la implementación de la Carta de Derechos Digitales, en el ámbito 4 de los derechos digitales en el entorno laboral y empresarial.

1. Igualdad y no discriminación en la Carta de Derechos Digitales

La Carta de Derechos Digitales (en adelante, CDD) contiene una visión transversal de la no discriminación. Ya en su apartado I –«Derechos y libertades en el entorno digital»– se expresa el deber de promover y tener presente la no discriminación «en los procesos de transformación digital, el desarrollo y el uso de la tecnología digital, así como cualquier proceso de investigación científica y técnica relacionado con ellos o que los utilice instrumentalmente».

Es el apartado VIII el que se dedica específicamente a la igualdad y no discriminación, como derecho básico en el entorno digital, que se expresa en los siguientes términos:

1. El derecho y el principio a la igualdad inherente a las personas será aplicable en los entornos digitales, incluyendo la no discriminación y la no exclusión. En particular, se promoverá la igualdad efectiva de mujeres y hombres en entornos digitales. Se fomentará que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género adoptando, en su caso, medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados.
2. En los procesos de transformación digital se velará, con arreglo a la normativa aplicable, por la accesibilidad de toda clase.

Así pues, la CDD expresa la diferencia clásica entre derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía al ubicar la igualdad, como es obvio, entre los primeros, como derecho inherente a las personas, y en cuyo seno incluye, haciendo elipsis del carácter binario igualdad-no discriminación, esta última, así como el derecho a la no exclusión.

Además, presta especial atención a la igualdad –en esta dimensión amplia e inclusiva que utiliza la Carta– entre mujeres y hombres en los entornos digitales, como un derecho que debe promoverse, en el sentido del artículo 9.2 de la Constitución. Por ese motivo, es necesario un análisis de los motivos que producen desigualdad y discriminación de las mujeres en el entorno digital, y que tiene que ver, en principio, con la existencia de una brecha digital entre ambos sexos. No en vano el apartado 2 expresa la necesidad de velar en los procesos de transformación digital, por la accesibilidad «de toda clase».

Es evidente que la igualdad y la no discriminación no se predicen en exclusiva desde la perspectiva de género, sino que la Carta incluye también todas las causas expresadas en el artículo 14 de la Constitución y en el artículo 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral

para la igualdad y la no discriminación. Además, habrá que atender a los casos de discriminación múltiple e interseccional. En particular, en el mundo digital, el sexo es susceptible de interrelacionar con otras causas, sobre todo, aunque no únicamente, la edad y la discapacidad, como motivos que más tienen que ver con la brecha digital.

Particular importancia tiene el fomento de la aplicación de la perspectiva de género en los procesos de transformación digital. Se trata de una directriz de gran importancia, que afecta en particular a los procesos de reestructuración empresarial. Y una orientación diferente y, asimismo, relevante invita a la adopción de medidas específicas, para evitar sesgos de género en la utilización de datos y algoritmos.

1.1. La brecha digital por razón de género

A las brechas se refiere explícitamente el apartado XII, en los siguientes términos:

1. Se fomentará y facilitará el acceso de todos los colectivos a los entornos digitales y su uso y la capacitación para el mismo.
2. Se promoverán políticas públicas específicas dirigidas a abordar las brechas de acceso atendiendo a posibles sesgos discriminatorios basados en las diferencias existentes por franjas de edad, nivel de autonomía, grado de capacitación digital o cualquier otra circunstancia personal o social para garantizar la plena ciudadanía digital y participación en los asuntos públicos de todos los colectivos en mayor riesgo de exclusión social, en particular el de personas mayores, así como la utilización del entorno digital en los procesos de envejecimiento activo, los asuntos públicos de todos los colectivos, en particular el de personas mayores, así como la utilización del entorno digital en los procesos de envejecimiento activo.

Se ha descrito, con carácter general y ya en la literatura clásica, una relación directa entre brecha digital o colectivos o grupos discriminados (Brown, 2019, p. 17). Así se expresa en dicho apartado, con la referencia inequívoca de los colectivos en mayor riesgo de exclusión social. No se trata aquí, no obstante, de hablar de colectivos victimizados, sino de responder a la pregunta de la dimensión de género en la brecha digital. Podría decirse que, en principio, no hay grandes diferencias entre hombres y mujeres en la utilización social de las herramientas digitales ni en su comportamiento ante la sociedad digital. Sin embargo, se mantienen patrones sociales de conducta muy marcados. Esencialmente, los hombres predominan en el ámbito más tecnológico y de las STEM (*sciences, technologies, engineering, maths*), de modo que, en términos de género, ha de reconocerse cierto sesgo masculino en la producción, gestión y aprovechamiento de las tecnologías de la información y de la comunicación (Rodríguez Escanciano, 2024).

El protagonismo masculino produce unas consecuencias inevitables: si los hombres ostentan un gran predominio en la generación de contenidos digitales, resulta obvio que se reproducen los estereotipos más enquistados, tales como, *v.g.*, una inclinación a la agresividad, una mayor querencia hacia el éxito individual o una tendencia orientada a las relaciones competitivas, si se pueden identificar estas tres características como prototípicamente masculinas. En todo caso, esa producción masculinizada de «lo digital» provoca prototipos masculinos y, con toda probabilidad, sesgos que perjudican al género femenino. Por ejemplo, es notable la proliferación de contenidos pornográficos, o que de un modo u otro cosifican a las mujeres. Sobre los sesgos se insistirá enseguida.

Por ahora, es importante plantear que el mundo digital acaso genere una violencia sexual o pornográfica, un acoso sexual o por razón de sexo o, cuando menos, cierto extrañamiento de lo femenino. Más allá de esas consideraciones, reproducirá todo el sexismo del ámbito predigital, acaso ampliado por esa infrarrepresentación femenina en los espacios virtuales que generan un mayor valor añadido. El espacio virtual partirá de prototipos masculinos, seguramente de forma todavía más acentuada que en otros escenarios más tradicionales. Con toda probabilidad, se producirá una mayor ampliación de la brecha retributiva y, en general, una más intensa diferencia entre las condiciones de trabajo de hombres y mujeres.

La segregación ocupacional constituye, en realidad, el núcleo del problema. La concentración de hombres en las profesiones tecnológicas con mayor valor añadido causa que la discriminación femenina en el mundo del trabajo se acreciente y se multiplique en la sociedad digital. En ese sentido, esta es una reproducción corregida y aumentada de la sociedad en general, de la que arrastra todos los convencionalismos y estereotipos preexistentes. Así pues, existe brecha digital porque previamente hay discriminación por razón de género (Cabeza Pereiro, 2020).

1.2. Intersección, sexo, edad y discapacidad. Brecha y accesibilidad universal

En este contexto, la discriminación e incluso la victimización de las mujeres en el mundo digital se interrelaciona con otras causas de discriminación y genera situaciones de discriminación múltiple e intersectorial. Un ejemplo muy evidente se produce en el cruce del sexo con la edad, en particular en el caso de las mujeres mayores. Para ellas, se ha descrito una particular discriminación digital, que parte del conocido estereotipo de las cohortes de mayor edad como bárbaras e inmigrantes digitales, y que, en todo caso, es resultado de una brecha generacional en el acceso, utilización y aprovechamiento de las herramientas digitales. Se suma un presunto menor interés por aprender, por la adquisición y mantenimiento de competencias y su utilización social y profesional (Middleton y Chambers, 2010).

Como se ha expresado, las relaciones digitales son un ecosistema especialmente peligroso, en el que las mujeres mayores están expuestas a situaciones de acoso y victimización

por parte de sus compañeros de trabajo más jóvenes. Su exclusión, más o menos forzada de las relaciones digitales, causada por una deficiente relación intergeneracional en los entornos virtuales, produce que se produzca un extrañamiento general que, en el mundo del empleo y de las relaciones laborales, redunde de un modo muy pernicioso en sus perspectivas profesionales. Los estereotipos prescriptivos que se imponen en las empresas, y que demandan imágenes y comportamientos más juveniles son mucho más exigentes para con las mujeres. En este sentido, el mundo digital es un gran difusor y amplificador de esos prejuicios sociales (Fundación HelpAge Internacional España –HelpAge–, 2022).

Por ese motivo, es muy pertinente que más adelante se haga referencia a las personas mayores y al envejecimiento activo. La superación de la brecha digital tiene en la encrucijada sexo-edad uno de sus escenarios más importantes para el mantenimiento y prolongación de la actividad profesional. Los estereotipos que se les pueden asignar a las mujeres mayores acerca de su desinterés por el aprendizaje de tecnologías digitales o su incapacidad para asimilarlas y manejarlas en el escenario profesional pueden constituir una barrera fundamental para ese envejecimiento activo. No es casual que la edad de abandono del mercado de trabajo sea más prematura en el caso de las mujeres¹. Por supuesto, la brecha digital no es la causa fundamental, sino que se añade a otras más diversas, pero que interactúan entre ellas para precipitar el abandono del mercado de trabajo.

Desde otra perspectiva, el mundo digital constituye un espacio de agresión y de hipersexualización de la mujer que, en la esfera laboral, se convierte en un ámbito propicio para el acoso y para la violencia. Sobre este aspecto, se hará referencia más extensa en el epígrafe correspondiente. Más allá de esa consideración, el estereotipo social de inseguridad y poca profesionalidad que arrostran las trabajadoras jóvenes se les vuelve en su contra también en el espacio digital, incluso en los casos en los que su formación reglada y para el empleo sea sólida en términos de aprovechamiento profesional de las tecnologías asociadas a ese espacio.

También tiene su interés la interrelación del sexo con la discapacidad, y esa intersección se proyecta asimismo en los espacios digitales. En apariencia, el progreso tecnológico y las tecnologías de la información y de la comunicación deberían producir una mejor integración social y laboral de las personas discapacitadas, pero las relaciones entre discapacidad y digitalización no son tan sencillas. En muchas ocasiones, la adaptación del puesto y de las condiciones de trabajo resultará excesivamente onerosa, en términos de dificultad o de coste, de tal forma que será, mediando ciertas circunstancias, inexigible, en términos materiales y legales.

¹ Según datos del Instituto Nacional de Estadística, hay una diferencia de cuatro puntos porcentuales entre hombres y mujeres que hayan dejado de trabajar en la horquilla de edad entre 50 y 64 años. Es decir, incluso teniendo en cuenta que la tasa de ocupación es más elevada siempre entre la población masculina que entre la femenina, el abandono entre esas edades es mucho más elevado en el caso de la segunda.

En realidad, la atención particular de las mujeres con discapacidad en el ámbito digital es un deber legal de los poderes públicos derivado del artículo 7.4 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. De conformidad con dicho precepto, «Asimismo, las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las [...] mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género [...]». Está estadísticamente contrastada la menor tasa de empleo de las mujeres con discapacidad en comparación con los hombres en iguales circunstancias. Además, es plausible pensar que la concepción masculina de los puestos de trabajo tan enquistada en el mercado laboral se extiende también a las adaptaciones en los casos de personas discapacitadas². Si se conjugan estos factores, y se considera, como ya se ha expresado, un cierto sesgo de género –masculino– en la creación de contenidos digitales, resulta fácil concluir que las mujeres discapacitadas se encontrarán en una mayor posición de debilidad en el contexto de las relaciones del mundo del trabajo con la digitalización.

La CDD hace referencia concreta a la discapacidad en relación con la accesibilidad universal. El apartado XI se refiere a la misma en el entorno digital, de la que predica en su párrafo primero que:

Se promoverán las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad universal de los entornos digitales, en particular a las personas con discapacidad, tanto desde el punto de vista del diseño tecnológico como respecto de sus contenidos, asegurando especialmente que la información relativa a las condiciones legales del servicio resulte accesible y comprensible.

Por su parte, el párrafo segundo añade que «Los entornos digitales, en particular los que tengan por finalidad la participación en los asuntos públicos, incorporarán medidas que aseguren la participación efectiva, en particular de las personas con discapacidad». Y finaliza el párrafo tercero expresando que «Se fija el objetivo de garantizar el derecho a la alfabetización y a la educación digital, en particular de las personas con discapacidad».

La accesibilidad universal es un principio transversal del texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su integración social³ que ya aparece en su artículo 1, que lo erige en objeto central de la norma. Pero muy en particular el artículo 2 k) lo define como:

[...] la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser

² Véanse estas ideas en Gobierno de España (2023, pp. 270 y ss.).

³ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

Por consiguiente, la incorporación de las personas con discapacidad a la sociedad digital se incluye sin problemas en ese concepto de accesibilidad universal, con especial atención, como quiere el propio texto refundido, a las mujeres. Por supuesto, el empleo es uno de los ámbitos señalados por el artículo 5 para que las medidas que se adopten tiendan hacia su consecución. Y, en interrelación con este, entra en juego el concepto de no discriminación por adaptación, de modo que la accesibilidad de la empresa a la que se refiere el artículo 40.2 es también en el ámbito digital. Además, deben tenerse muy en consideración las reglas de los artículos 63 y siguientes del propio texto refundido, referidas al «derecho a la igualdad de oportunidades», como expresa la rúbrica del capítulo I del título II del texto refundido. Es importante a este respecto recordar que, de conformidad con el artículo 64.3, «Las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad previstas en este título tendrán carácter supletorio respecto a lo previsto en la legislación laboral».

Hay, asimismo, otras intersecciones fáciles de describir en las que la posición de desventaja de las mujeres ante el mundo digital parece muy evidente. Puede expresarse que, en términos generales, existe una relación directa entre colectivos vulnerables y brecha digital, de modo que la especial situación desventajosa de las mujeres entre tales colectivos construye otros tantos casos de discriminación interseccional. Basta referirse, a modo de ejemplo, a la raza o a la religión. En particular esta última, en cuanto que relega al sexo femenino a una posición realmente oprimida en el contexto de las prácticas sociales de no pocos credos, actúa como una auténtica barrera de acceso al mundo digital, desde luego ya a nivel de usuarias, pero en mayor medida en un contexto profesional. Otro tanto puede expresarse en relación con las personas inmigrantes o, desde luego, en el contexto de las diferencias existentes en función de la clase social, como se ha analizado en el entorno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (James, 2000).

1.3. La perspectiva de género en los procesos de transformación digital

Se trata de una referencia de la CDD que puede considerarse más novedosa. Por lo que respecta al ámbito laboral, invita particularmente a tomar en consideración la perspectiva de

género en los casos en los que, utilizando la dicción del artículo 64.5 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET), se produzcan «reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella», conectados con procesos de transformación digital. La regulación de estas materias ha omitido hasta ahora cualquier perspectiva de género, cualquiera que sea la institución de que se trate. Por referirse a las más clásicas, ni la normativa del despido colectivo –ya sea en su estrato legal o reglamentario–, ni la suspensión de contrato y reducción de jornada –tampoco en la reforma de 2021 producida por Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre–, ni la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni la movilidad geográfica contienen referencia alguna a la perspectiva de género. Como mucho, hay que hacer referencia, en cuanto a los traslados, a la preferencia de las mujeres víctimas de violencia de género del artículo 40 del ET.

Esta omisión no le resta importancia a un análisis en el que, sin duda, el impacto digital cobra un gran protagonismo. Ha habido alguna aproximación específica entre la doctrina académica a esta dimensión en los procesos de reestructuración en general (Fernández Prol, 2023). Desde ella, cabría formular algunas reflexiones que son particularmente importantes en el contexto de la CDD. En primer lugar, y adoptando una perspectiva meramente causal, es obvio decir que la innovación tecnológica obliga, como mínimo, a una adaptación de la prestación de servicios para que pueda mantenerse el puesto de trabajo. Pero será casi más frecuente que este pueda suprimirse, por motivo, entre otros, aunque de forma muy prominente, del progresivo impulso de la digitalización. Si, como se ha expresado anteriormente, existe una brecha digital de género, es fácil de pronosticar que las mujeres estarán en desventaja de partida en estas reestructuraciones.

Esa desventaja de partida invita a dos consideraciones adicionales: por una parte, es fácil predecir una sobrerrepresentación femenina en el colectivo de personas afectadas, si entre los criterios de selección se considera una mayor adaptación a las tecnologías de la información y de la comunicación. Más aún puede darse esta inclinación si se parte de un estereotipo masculino de mayor predisposición hacia el aprendizaje en el mundo digital. Por otra parte –y a este respecto se hará enseguida una referencia más extensa–, es plausible pensar que, si en el proceso de designación de personas afectadas entran en juego sistemas automatizados de tipo algorítmico, pueden producirse sesgos que, de nuevo, perjudiquen a las mujeres.

En ese contexto, deben alcanzar una importancia decisiva las preferencias de mantenimiento del empleo o de las condiciones de trabajo. Las más tradicionales –como las legalmente establecidas, referentes a quienes ostenten la condición de representantes legales o sindicales– pueden asimismo perjudicar a las trabajadoras. Igualmente, el criterio de las cargas familiares o de la edad madura, a los que alude el artículo 51.5 del ET en su remisión a la negociación colectiva o al propio acuerdo en fase de consultas, pueden, paradójicamente, volverse en contra de estas. En particular, el de cargas familiares es ciego a la exigua tasa de empleo de las mujeres con mayor número de hijos y al prácticamente pleno empleo de los hombres en tales circunstancias. Más conveniente

y adecuado sería utilizar el criterio de la monoparentalidad, entre otros, o al menos el de mantener, como objetivo, un porcentaje de empleo femenino igual al que existía antes de la reestructuración.

En cuanto a las medidas de reducir los efectos, son muy importantes las iniciativas de recualificación profesional, como ya advierten, después de la reforma de 2021, los artículos 47 y 47 bis del ET. En este contexto, la adquisición de *soft skills* es un ejemplo obvio. Entre ellas, de forma muy protagonista, como expresa el artículo 38 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, las «aptitudes de manejo y aprovechamiento de las herramientas digitales y tecnológicas asegurándose la plena accesibilidad y la no discriminación en el uso de dichas herramientas». A este respecto, probablemente, serían muy necesarias en los contextos de las reestructuraciones las medidas formativas de este tipo dirigidas prioritariamente a las mujeres, ya sea en el contexto de la formación ofrecida por la empresa, ya la que ofrecen los servicios públicos de empleo dentro de su cartera de servicios, de acuerdo con el artículo 56 d) de la Ley 3/2023 y con los artículos 23 y siguientes del Real Decreto (RD) 438/2024, de 30 de abril.

Por supuesto, habrá que estar a la previsión, en su caso, de medidas sociales de acompañamiento, como pueden ser, entre otras, las de recolocación interna o externa. En estos escenarios de reestructuración a causa de las transformaciones digitales, la peculiar situación que pueden arrostrar las mujeres con déficits en cuanto a las competencias digitales deberán ser objeto de una consideración prioritaria.

Desde una perspectiva más general, no puede obviarse la trascendencia que tiene la peculiar actuación de los diferentes protagonistas en estos procesos de cambio. Debe hacerse referencia a unas representaciones legales y sindicales de las personas trabajadoras que la mayoría de las veces están masculinizadas, al menos en comparación con el colectivo representado. Hay que reparar asimismo en la posición particular de las empresas, que deben contemplar en sus respectivos planes de igualdad, o, en su caso, en las medidas dirigidas a promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres a las que hace referencia el artículo 85.1, párrafo segundo, del ET, las situaciones de transformación y cambio en las empresas. Resulta asimismo imprescindible que la autoridad laboral y la inspección de trabajo cuenten con formación y herramientas suficientes como para poder predecir los efectos de la reconversión por motivos digitales desde una perspectiva de género. Y lo mismo cabe decir de los actores en relación con el empleo y el desempleo: entidades de recolocación, otras agencias privadas de empleo, servicios públicos de empleo, entidad gestora de las prestaciones por desempleo...

Como síntesis, es necesario acometer una tarea que hasta ahora ha estado prácticamente en la penumbra, como es la de dotar de una perspectiva de género a los procesos de reestructuración de empresas. Los cambios digitales son, en la actualidad, el escenario más evidente en el que tal perspectiva resulta muy perentoria. Cabe celebrar que, cuando menos, la CDD haga una referencia a ella.

1.4. Los sesgos y la discriminación algorítmica

La evitación de los sesgos de género en los algoritmos y datos empleados constituye otro de los principios básicos del apartado VIII de la CDD. Se ha construido una convicción generalizada, frente al pretendido carácter aséptico y objetivo de las decisiones algorítmicas, de que las mismas, sobre todo en los sistemas de aprendizaje automático característicos de la inteligencia artificial (IA), producen sesgos que merecen calificarse como discriminatorios, en particular por razón de sexo (Lousada Arochena, 2024).

Sobre este asunto, la reciente aprobación de normativa europea ha complementado una hasta ahora insuficiente legislación al respecto. Debe citarse, desde luego, el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que pone coto a las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. En el derecho interno, ha sido significativa la modificación del artículo 64 del ET por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se añade una letra d) a su apartado cuarto, de conformidad con la cual el comité de empresa tendrá derecho a:

Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Algo más prolija en el tratamiento de esta materia ha sido la Ley 3/2023, de empleo. A ella se realizará un comentario específico más adelante. En referencia a las herramientas de apoyo a la toma de decisiones por los servicios de empleo para la mejora de la empleabilidad, la exposición de motivos expresa que se prestará «especial atención a la eliminación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad». Por su parte, el artículo 12.2 c), en cuanto a la Estrategia española de apoyo activo al empleo, expresa que incluirá, entre otras actuaciones, «la erradicación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad». El artículo 39, bajo el epígrafe de «no discriminación», establece que «se guardará especial cuidado en evitar [...] la toma de cualquier decisión que pueda implicar un sesgo o estereotipo negativo de las personas [...] por sexo [...]». En cuanto a la selección de personas trabajadoras como contenido de la intermediación laboral, el artículo 40.2 c) expresa que se producirá «evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad». Por lo que respecta a la cartera de servicios garantizados, el artículo 56.1 b) dispone que la tutorización individual y el asesoramiento continuado y atención personalizada, presencial y no presencial, durante las transiciones laborales «estará libre de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad, origen, etnia y discapacidad». Y, finalmente, lo mismo predica la letra c) del propio artículo 56.1 en relación con el itinerario o plan personalizado

de actuación. De modo que, en cuanto a la empleabilidad, a la selección y a algunos de los servicios garantizados, la ley es suficientemente explícita.

Pero, sin duda, la nueva normativa europea implica un gran avance en la lucha contra los sesgos discriminatorios de las decisiones automatizadas. 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, contiene al respecto mandatos ciertamente ambiciosos. Prescindiendo de sus considerandos, su artículo 10.2, letras f) y g), sobre gobernanza de datos, en cuanto a los sistemas de IA de alto riesgo que utilizan técnicas que implican el entrenamiento de modelos de IA con datos, dispone que las prácticas de gobernanza a las que habrán de someterse, se centrarán, entre otros aspectos, en «el examen atendiendo a posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas, afectar negativamente a los derechos fundamentales o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión» y las «medidas adecuadas para detectar, prevenir y mitigar [esos] sesgos». Además, el apartado 5 del propio artículo 10 establece que:

En la medida en que sea estrictamente necesario para garantizar la detección y corrección de [tales] sesgos [...] los proveedores de dichos sistemas podrán tratar excepcionalmente las categorías especiales de datos personales siempre que ofrezcan las garantías adecuadas en relación con los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas.

Pero ese tratamiento solo será posible, entre otras condiciones, si el tratamiento de otros datos, como los sintéticos o los anonimizados, no permita efectuar de forma efectiva la detección y corrección de los mismos, si las categorías especiales de datos personales se eliminan una vez que se haya corregido el sesgo o los datos personales hayan llegado al final de su periodo de conservación y si se incluyen las razones por las que el tratamiento de categorías especiales de datos personales era estrictamente necesario para detectar y corregir aquellos.

En cuanto a la supervisión humana del sistema de IA de alto riesgo, el artículo 14.4, ordena que a las personas encargadas de la misma se les posibilitará la capacidad de ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados de salida generados por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión.

Como es conocido, entre los sistemas de IA de alto riesgo a los que se refiere el reglamento, se incluyen, de acuerdo con su anexo, en cuanto a empleo, gestión de personas trabajadoras y acceso al autoempleo, los:

- a) Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos [y los]

- b) Sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones.

Por consiguiente, las garantías descritas de los artículos 10 y 14 del reglamento se aplican en toda su extensión al empleo y a las condiciones de trabajo. Hay, desde luego, una gran sinergia entre la inclusión como IA de alto riesgo de la gestión de la ocupación y la normativa de la Ley de empleo española sobre eliminación de sesgos. En cuanto a las condiciones de trabajo, la eliminación de sesgos, entre otros los de género, aparece como un objetivo central de la norma europea.

Asimismo, la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, aunque no alude expresamente a los sesgos, sí lo hace a la «supervisión por humanos de los sistemas automatizados de seguimiento y de los sistemas automatizados de toma de decisiones». De conformidad con su artículo 10.3:

Cuando en la supervisión o la evaluación a que se refiere el apartado 1 se detecte un riesgo elevado de discriminación en el trabajo en la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones, o se constate que las decisiones individuales adoptadas o respaldadas por sistemas automatizados de seguimiento o por sistemas automatizados de toma de decisiones han vulnerado los derechos de una persona que realice trabajo en plataformas, la plataforma digital de trabajo adoptará las medidas necesarias, en particular, si procede, la modificación del sistema automatizado de seguimiento y toma de decisiones o la suspensión de su utilización, a fin de evitar tales decisiones en el futuro.

Es decir, y aunque su ámbito de aplicación se limita al trabajo prestado a través de plataformas digitales, la directiva establece un modelo de control del poder de dirección ejercido a través de decisiones automatizadas, que incluye la revisión de posibles decisiones discriminatorias. Por supuesto, el derecho español ha de trasponer esta directiva, en un plazo que finaliza el 2 de diciembre de 2026 –art. 29.1–. Por lo demás, no puede olvidarse que el Reglamento de inteligencia artificial es de directa e inmediata aplicación.

Puede ser que los sesgos de las decisiones automatizadas produzcan tratamientos perjudiciales que merezcan calificarse, por lo tanto, de discriminaciones directas, e incluso es posible que respondan a una voluntad consciente de discriminar en la propia generación del algoritmo. Pero lo más frecuente será que el sesgo, además de involuntario, no implique un tratamiento diferenciado en contra de las mujeres, sino un perjuicio hacia ellas a

partir de una decisión en sí misma neutra. En otras palabras, se trata del amplio ámbito de las discriminaciones indirectas, donde se amparan los mayores problemas y las más complicadas tareas de remover los sesgos que perjudican a las mujeres.

Por ejemplo, todos los criterios que tengan que ver con la disponibilidad para prestar servicios en horarios inconvenientes, o para desplazarse, o para una conexión que trascienda los estrictos límites de la jornada ordinaria, producirán un evidente efecto adverso a todas aquellas personas que tengan que atender necesidades u obligaciones familiares. Y, pese a toda la normativa y políticas actuales de promoción de la corresponsabilidad, existe una fuerte impronta femenina en su desempeño, de modo que dicha disponibilidad implicará un sesgo que desfavorezca a las trabajadoras en relación con los trabajadores varones (Rodríguez Escanciano, 2024; Rodríguez Fernández, 2024). Como ejemplo de ese impacto desfavorable puede sugerirse el de la atribución de franjas horarias en el ámbito de las plataformas de reparto, que se basa, entre otros criterios, y con un alto valor, en la disponibilidad previa para asumir los horarios más inconvenientes.

Es frecuente que las decisiones automatizadas redunden en discriminaciones previas. Como ejemplo bastante evidente, el recurso a datos estadísticos sobre retribuciones masculinas y femeninas puede reproducir una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a la Directiva 2006/54/CE, al artículo 28 del ET y al RD 902/2020, de 13 de octubre, ante la evidencia contrastada de la brecha salarial entre hombres y mujeres. Por supuesto, lo mismo sucede en relación con todas las decisiones concernientes a la carrera profesional y a los ascensos (Delgado López, 2024).

Asimismo, las decisiones asumirán todos los prejuicios adversos que pueden existir sobre las mujeres en las relaciones de trabajo. Puede tratarse de sus pretendidas capacidades físicas menores, de una presunta devoción hacia la carrera maternal, de una «esperable» negativa a ampliar la jornada o a desarrollar horas extraordinarias, o a desplazarse geográficamente. También, el prejuicio puede ser de tipo sexual y sexista, con toda la gama de decisiones que puedan cosificarlas desde su atractivo físico o sexual, o de repudiarlas precisamente por las «complicaciones» que su sexualidad puede producir en la empresa. Igualmente, pueden destinarlas a las profesiones u oficios feminizados, relegándolas y apartándolas de los tradicionalmente ocupados por hombres, que a buen seguro serán más prestigiosas y de mayor valor añadido.

Y, como antes se ha sugerido en relación con las reestructuraciones empresariales, en el contexto de las decisiones extintivas también se producen sesgos que perjudican a las mujeres, en particular cuando se trata de la selección de las personas afectadas, pero también ante decisiones derivadas de causas inherentes a la persona trabajadora, ya sean disciplinarias o no. Por ejemplo, en el análisis de la aptitud para el puesto de trabajo, o de la adaptación tecnológica, pero también en la ponderación de ciertas conductas de incumplimiento de contrato, de acuerdo con los valores sociales tradicionalmente imperantes en

las empresas. A este respecto, como a otros, es muy interesante la regulación en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2024/2831 de la revisión por humanos de las decisiones adoptadas o respaldadas por un sistema automatizado de toma de decisiones.

En realidad, y por no multiplicar más los ejemplos, todas las discriminaciones que existen en el mundo real y todos los prejuicios que generan sesgos en las decisiones que se producen en el ejercicio tradicional de los poderes empresariales se reproducen cuando se trata de algoritmos automatizados y de IA. La atención que estos problemas producen en el contexto de la normativa de la UE hace presagiar que se producirá a este respecto una profusa doctrina judicial. Entretanto, bueno es ir perfilando las herramientas digitales para evitar estos sesgos y estas discriminaciones.

2. Derechos digitales, empleo y discriminación por razón de sexo

Es una materia en la que la digitalización tiene una gran trascendencia, como se expresa en diversos preceptos de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, y también en la normativa de la Unión Europea (UE). En esta, hay que reiterar que, entre los datos de alto riesgo, el anexo III del Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, incluye los sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos. Por su parte, la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación se aplica, como denota su propio título y expresa su artículo 1 a), a asuntos de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo.

En otro orden de ideas, la Ley de empleo considera la dimensión de género desde una perspectiva transversal, que tiene en cuenta, entre otros aspectos, la digitalización. Por otra parte, el manejo de *big data* y la toma de decisiones automatizadas son elementos que tiene en cuenta y asume como parte necesaria de las políticas de empleo.

2.1. Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo: tratamiento de datos y herramientas de toma de decisiones

Al margen de este particular asunto, la Ley 3/2023 incluye como elemento transversal la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres y la presencia equilibrada de ambos sexos en el mercado de trabajo, en todos los sectores, actividades y profesiones. Pero, en particular, en cuanto a la digitalización, emergen varios tópicos importantes, que deben ser objeto de especial consideración.

En primer lugar, ha de aludirse a la organización del Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo (SISPE), como aglutinante de unos datos «adecuados, actualizados, desagregados por sexo y transferibles a través de la interoperabilidad de sus sistemas». La referencia de la exposición de motivos a la desagregación por sexo ya pone de relieve la importancia que tiene la gestión de todo este caudal de información desde la perspectiva de género. No en vano es objetivo de la política de empleo, de acuerdo con el artículo 4 g), «La dotación de un servicio integrado de información de los servicios de empleo, garantizando la protección de datos personales y los derechos digitales de las personas usuarias».

De acuerdo con el artículo 14, la finalidad del SISPE consiste en:

[...] el establecimiento de protocolos para el registro de datos comunes y la integración de la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo que realicen la Agencia Española de Empleo, los servicios públicos de empleo autonómicos y las entidades colaboradoras en todo el territorio del Estado, y las ofertas y demandas de empleo registradas en las agencias de colocación colaboradoras.

Como red de información que es, para todo el entramado público y privado del empleo resulta clave su estructura de procesamiento de datos pertinentes, la cual, como expresa el propio artículo 14, ha de ser «eficaz, integrada y compatible». Ni que decir tiene que se integra en la red europea de los servicios de empleo y que se somete a la normativa europea de protección de datos y de IA, aunque a esta última, por circunstancias estrictamente temporales, no apela la Ley de empleo.

La clave del SISPE, a los efectos que aquí interesan, radica en su funcionalidad. Como expresa el último párrafo del artículo 14:

Este sistema deberá garantizar a la Agencia Española de Empleo y a los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas la posibilidad de acceso y tratamiento masivo de datos con el fin de realizar perfilado de las personas usuarias de los servicios públicos de empleo, así como para realizar el seguimiento, evaluar el resultado de las políticas activas de empleo y gestionar los servicios garantizados regulados en esta ley.

Es importante reparar en que, entre los criterios orientadores del SISPE, se incluyen la optimización continua en la obtención, gestión y procesamiento de los datos que afectan al empleo y a la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios públicos de empleo y la adecuada toma de decisiones y recomendaciones individualizadas en relación con cada persona usuaria de los servicios públicos de empleo. Por lo tanto, el contraste permanente y dinámico de su eficacia y calidad desde la perspectiva de género debe constituir un elemento fundamental en su auditoría anual, prevista en el artículo 15 de la ley.

En segundo lugar, y como elemento concomitante al anterior, el artículo 16 ampara el tratamiento de datos personales de las personas demandantes de los servicios de empleo en la consecución de finalidades de interés público apelando expresamente a los títulos previstos en el artículo 6.1 c) y e) del Reglamento (UE) 2016/679. Los datos identificativos de todas esas personas, los referentes a situación y actividad laboral, a su formación, los relativos a su protección social, así como a su situación socioeconómica, entre otros, son objeto de dicho tratamiento. Y son encargadas de este, a los efectos del artículo 28 del reglamento, «todas aquellas entidades públicas y privadas colaboradoras de la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos», sin perjuicio de que serán responsables del mismo la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas. De modo que aquella y estos emitirán instrucciones del tratamiento que las entidades encargadas habrán de observar. En este sentido, la ley confiere una responsabilidad amplia en el manejo de datos al Sistema Nacional de Empleo.

En tercero, el artículo 17, relativo a la toma de decisiones fundamentada en el análisis de datos, las evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo, se refiere a las herramientas de apoyo a las decisiones fundamentadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas. Esas herramientas, desarrolladas en el seno del Sistema Nacional de Empleo, se pondrán a disposición de las personas de las entidades integrantes del servicio público de empleo colaboradoras con el mismo. En todo caso, y en seguimiento del artículo 22 del reglamento, el apartado 3 del artículo 17 dispone que:

Las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos, desagregados por sexo, y en las evidencias estadísticas siempre podrán ser revisadas o modificadas por el personal responsable de la tutorización y seguimiento individualizado de cada persona demandante de servicios. La persona usuaria interesada o persona, empresa o entidad empleadora usuaria tendrá acceso al contenido íntegro de dichas decisiones y recomendaciones.

Y, con esta premisa, el apartado 4 remite a desarrollo reglamentario el conjunto de instrucciones que compondrán el algoritmo subyacente a las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas. Ahora bien, esas herramientas no podrán tratar los datos identificados en el artículo 9.1 del reglamento, es decir, los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física. Obviamente, ese elenco debe ser completado ahora, en aplicación del Reglamento (UE) 2024/1689, con las prácticas prohibidas, listadas en su artículo 5.1.

Indudablemente, toda esta gestión de *big data* en el ámbito del empleo y la consecuente toma de decisiones automatizada genera no pocos comentarios desde la perspectiva de género, pues pueden producirse una serie de discriminaciones directas o indirectas. O, bien

al contrario, un sistema en permanente evaluación, revisión y mejora puede coadyuvar en una política de empleo que aplique transversalmente una perspectiva de género dirigida a superar las brechas cuantitativas y cualitativas en la ocupación y en las carreras profesionales de los hombres y de las mujeres.

2.2. La medición y la mejora de la empleabilidad

Las decisiones automatizadas reaparecen en la Ley de empleo, en cuanto a la empleabilidad, en torno a la creación de unas tasas que van a acompañar los procesos de mantenimiento y mejora de la misma. Debe expresarse que, como consecuencia lógica de la remisión a reglamento del artículo 17.4 en cuanto a las instrucciones que componen el algoritmo subyacente a las decisiones y recomendaciones, el artículo 36 deriva la concreción de esas tasas a real decreto. Es decir, no se trata de normas inmediatamente aplicables, sino de reglas cuya efectividad práctica queda comprometida en tanto en cuanto no se produzca el oportuno desarrollo normativo.

La tasa de empleabilidad debe cuantificar la mejora de la misma. Al margen de las referencias a su procedimiento de aprobación a través de una norma reglamentaria, el propio artículo 36 expresa que:

Tendrá en cuenta los parámetros directamente relacionados con la incorporación de las personas al mercado de trabajo, así como la promoción de su nivel laboral y formativo, y en particular la adquisición de las competencias y habilidades más demandadas por el mercado de trabajo y que sean adecuadas a su perfil profesional.

Por supuesto, la ausencia de sesgos en su confección y en su actualización periódica debe erigirse en una de las primeras preocupaciones para su definición, entrada en vigor y mantenimiento.

Además, la ley contempla una tasa de intermediación, que ha de establecerse mediante el mismo procedimiento que la de empleabilidad y que «permitirá medir el impacto de las atenciones a las personas en sus transiciones al empleo y la efectividad en la atención a las empresas que solicitan cubrir sus puestos vacantes». Finalmente, el propio artículo 36 prevé una tasa de cobertura que «ofrecerá una medida del nivel de protección frente al desempleo del conjunto de personas que se encuentren en esa situación». Es decir, indicará «qué proporción de estas personas que están protegidas frente al desempleo, y su desagregación y análisis deberán permitir identificar a los colectivos desprotegidos». Del mismo modo de lo comentado en relación con la de empleabilidad, el algoritmo que debe desarrollarse para el funcionamiento de estas otras dos tasas necesita de un análisis y evaluación cuidadosa y permanente que haga valer el enfoque de género que caracteriza la Ley 3/2023. El principio general de no discriminación que el artículo 39 de la ley expresa para, en particular, la que se produce por razón de sexo, impone desde luego esta aproximación.

Además, a las tres se les aplica el mandato del artículo 36.3:

El uso de herramientas de apoyo a la toma de decisiones basadas en el análisis de datos, en las evidencias estadísticas y en el análisis del mercado de trabajo, contribuirá también a identificar en cada momento qué personas o colectivos de personas están encontrando mayores dificultades para acceder al empleo. La desagregación de la tasa de empleabilidad para estos colectivos o personas mostrará también una medida de la intensidad de esas dificultades.

Sin duda, a través del manejo de los datos del SISPE, convenientemente gestionados para la adopción de medidas automatizadas, la identificación de perfiles característicos con especiales problemas de acceso, mantenimiento o mejora en el mercado de trabajo puede ser más minuciosa. Es importante, a estos efectos, que los sistemas de IA sean convenientemente entrenados en las situaciones desventajosas que sufren las mujeres a través de discriminaciones múltiples e interseccionales, o simplemente de estereotipo, en particular cuando se conjugan varios motivos de vulnerabilidad.

Es decir, en cuanto a la empleabilidad, como tarea esencial para el Sistema Nacional de Empleo de entre las demás políticas activas, la previsión de un conjunto de decisiones automatizadas impone formular una serie de valoraciones sobre posibles discriminaciones directas o indirectas que pueden sufrir las mujeres. Enseguida se abordará esta tarea. Por ahora, importa expresar que la Ley 3/2023 impone una serie de desarrollos reglamentarios que están todavía pendientes.

Pero antes de abandonar el ámbito de la empleabilidad, es necesario hacer referencia a las competencias digitales concebidas como «básicas». De hecho, el artículo 23 apela al manejo de herramientas digitales y tecnológicas, sobre las que hay que asegurar «plena accesibilidad y no discriminación» en su uso. El precepto guarda coherencia con los fines expresados del sistema de formación profesional para el empleo, de acuerdo con el artículo 2 f) de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral: «acercar y hacer partícipes a los trabajadores de las ventajas de las tecnologías de la información y la comunicación, promoviendo la disminución de la brecha digital existente, y garantizando la accesibilidad de las mismas». En consecuencia, la regulación del Plan Anual para el Empleo Digno –art. 13 de la Ley 3/2023– contiene, en el eje 2 dedicado a formación, un mandato para que las actuaciones que se desarrollen tengan en cuenta la brecha digital existente, aunque a los efectos de garantizar la atención presencial a la población que la padece. Más en concreto, en cuanto al sistema de formación en el trabajo, el artículo 33 enuncia como dos de sus fines –letras c) e i)– «mejorar las competencias profesionales [...] especialmente las [...] digitales», así como «acompañar los procesos de transformación digital y ecológica y favorecer la cohesión social y territorial, así como la igualdad de género».

La propia provisión de la cartera de servicios a través de medios electrónicos y digitales, así como el establecimiento de una cartera digital –arts. 56 y 61– ponen de manifiesto una preocupación transversal de la ley que, obviamente, trasciende del ámbito de la empleabilidad.

2.3. La intermediación

Conviene, antes que nada, hacer referencia a una regla algo extraña. El artículo 3 c), cuando define la intermediación laboral, deja fuera de la misma la que se lleve a cabo exclusivamente por medios automatizados. Es evidente que una actividad de este cariz sin intervención humana se encuentra muy condicionada por los angostos límites que contemplan el artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 14.4 del Reglamento (UE) 2024/168. Por lo demás, si no hay intervención humana, debe aplicarse en todo caso el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/579, de modo que es exigible la intervención humana y la posibilidad de impugnar la decisión. Por consiguiente, en definitiva, sería aplicable la normativa de intervención⁴. En todo caso, que no se considere intermediación laboral solo implicaría que no se regula por los preceptos del capítulo III, título III –arts. 40 ss. de la Ley 3/2023–, no desde luego que no esté sometida a los principios generales de la ley y, en particular, los que atañen a los principios de igualdad y no discriminación.

Fuera de esta referencia concreta, la regulación de la actividad de intermediación no cuenta con alusiones expresas al ámbito digital. No obstante, ha de tenerse en cuenta su más amplio contenido después de la Ley 3/2023, pues no solo incluye la tradicional puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo para la colocación o recolocación, ya sea prestada por entidades públicas o privadas, y ya sean estas agencias de colocación tradicionales con o sin ánimo de lucro o empresas de trabajo temporal. Hay que considerar otras, en particular la prospección y captación de ofertas de trabajo y la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria, del conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral. Sobre este particular, la identificación de los colectivos de atención prioritaria en la ley debe ir seguida de un análisis de apoyos necesarios, entre los cuales los derechos digitales de nuevo pueden desempeñar un papel destacado.

⁴ Como expresa Ginès i Fabrellas (2024, p. 120):

[...] téngase en cuenta que, cuando en un proceso de selección el sistema clasifica de forma automatizada a las personas en atención a su perfil profesional, se trata de una decisión íntegramente automatizada, aunque posteriormente la empresa proceda a realizar entrevistas personales con las mejor posicionadas; en la fase inicial del proceso de selección ha habido una decisión automatizada sin intervención humana y, en consecuencia, corresponde aplicar la regulación del artículo 22 RGPD.

Pero, muy en particular, debe destacarse la inclusión por primera vez, dentro de las actividades de intermediación, de la de selección de personas trabajadoras. Es más, el artículo 40.4 precisa que:

La actividad de selección de personal también se considerará colocación especializada, aun cuando el método de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado requiera extender, a falta de perfiles adecuados entre las personas demandantes inscritas, la búsqueda de la candidatura adecuada entre personas trabajadoras no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo.

Esta circunstancia supone incluir en el entramado de la colaboración público-privada, ínsita en la regulación de la intermediación, todas las empresas y todas las personas profesionales de la selección de personal que, desde la entrada en vigor de la ley, desarrollan un servicio público. Por desgracia, todavía está pendiente el desarrollo reglamentario que debe producir la derogación del actualmente vigente RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. De modo que todo el desarrollo reglamentario relativo a cómo se hace efectiva la colaboración entre el Sistema Nacional de Empleo y las entidades privadas y, muy en particular, las entidades de selección de personas trabajadoras, está pendiente de que se apruebe el correspondiente real decreto. En realidad, es la misma situación que la anteriormente comentada, en relación con las tasas que contiene la ley.

Debe destacarse que todas las entidades privadas que desarrollen actividades de intermediación, ya sea en coordinación con los servicios públicos de empleo, ya como entidades colaboradoras de los mismos, incluyendo las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo que, de conformidad con el artículo 41.2 de la Ley 3/2023 no tienen que constituirse como agencias de colocación, desarrollan un servicio público. En su desarrollo, de acuerdo con el artículo 42.8, párrafo segundo:

[...] se respetará la igualdad real y efectiva de las personas oferentes y demandantes de empleo y la no discriminación en el acceso al empleo, sin perjuicio de la generación de mercados de trabajo inclusivos y la ejecución de programas específicos para facilitar la empleabilidad de colectivos más desfavorecidos.

Para la actividad de intermediación, el artículo 43.3 remite también a desarrollo por real decreto la regulación de:

[...] un sistema electrónico común que permita integrar el conjunto de la información proporcionada por la Agencia Española de Empleo y por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación de manera que estos puedan conocer en todo momento las agencias que operan en su territorio.

En realidad, este precepto, a la espera de dicho desarrollo, poco añade a lo regulado en los artículos 14 y siguientes de la propia Ley 3/2023. Con todo, tiene interés que el mandato legal reitere el deber de las agencias de colocación de garantizar «el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos [...] sexo [...]»⁵. Y, sobre todo, que encomiende al propio real decreto la identificación de la información que la entidad privada debe suministrar al servicio público de empleo.

En todo lo que respecta a los derechos digitales en torno a la intermediación laboral, y sin perjuicio de que deba reconocerse que la vigencia de la ley no está condicionada a que se dicten las normas reglamentarias, lo cierto es que queda pendiente el desarrollo del entramado de reglas que han de identificar la información que debe facilitarle al servicio público cualquier entidad que desarrolle este tipo de actividades. Quedan asimismo por definir las decisiones automatizadas que han de producirse en torno a ellas, y muy en particular la tasa de intermediación. Asimismo, deben establecerse los indicadores de eficiencia del artículo 46 de la ley, que sin duda deben hacer alguna referencia a la perspectiva de género. Es decir, la ley expresa unas reglas imperativas, pero que en sí mismas no son suficientes para el funcionamiento del modelo.

Entretanto, se está produciendo un notable retraso, en el que seguramente los agentes privados que no tenían la consideración de agencias de colocación en el modelo previo a la Ley 3/2023 no están funcionando *de facto* como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo. Las demás agencias se regulan transitoriamente por el RD 1796/2010, de 30 diciembre, que, pese a no ser especialmente pretérito en el tiempo, no da respuesta a los retos que plantean la digitalización y la IA. Urge, así pues, la normativa reglamentaria pendiente, que pueda dar consistencia al modelo de empleo querido por el legislador.

2.4. El elenco de problemas del empleo ante la digitalización y la IA, expresados en clave de género

Se ha producido cierta literatura en torno a posibles conexiones de la política de empleo en un contexto de digitalización con la dimensión de género (*v.g.*, Ginès i Fabrellas, 2024, p. 99). Algunas de sus reflexiones y conclusiones sirven para proponer un elenco de problemas, a los que, desde luego, deben ser añadidos algunos más.

Como punto de partida, es obvio que las empresas, ya realicen los procesos de selección con sus propios medios, ya recurran a entidades especializadas, utilizan la IA y las decisiones

⁵ Deber que, además, reitera específicamente el artículo 45 en relación con la actividad de selección de personal.

automatizadas. Como ya se ha apuntado, tales entidades especializadas realizan una actividad de servicio público y han de transmitir a los servicios de empleo públicos la información que se establezca reglamentariamente, entre la que es plausible pensar que se comprenderá la relativa a dichos sistemas. Esos sistemas incorporarán, entre otras, herramientas de reconocimiento facial, o de respuesta a estímulos, algunas de las cuales pueden incluirse en el ámbito de los tratamientos prohibidos, de acuerdo con el artículo 5 del Reglamento (UE) 2024/1689.

En todo caso, el recurso a todo este arsenal de decisiones no asegura la eliminación de las desigualdades y de las discriminaciones, sino que existe el riesgo de que las incrementen. Del mismo modo que el oligopolio en el mundo digital produce brechas entre colectivos privilegiados y colectivos discriminados (Cabeza Pereiro, 2020), en forma pareja la IA genera sesgos en perjuicio de una población identificada en términos de desventajas. Por supuesto, no se trata solo de la discriminación por razón de sexo, sino de un compendio de situaciones vulnerables en las que se generan discriminaciones múltiples e interseccionales. Puede decirse que la IA acelera y magnifica discriminaciones preexistentes.

Es evidente que, de conformidad con los artículos 13 a 15 del Reglamento (UE) 2016/679, la persona interesada tiene derecho de acceder a todos los datos de los que haya hecho acopio la empresa, entidad o agencia, pública o privada, que los haya obtenido en relación con un proceso de selección y contratación de personas. Ahora bien, es dudoso tener una seguridad suficiente de que ese acceso es factible, en la práctica y en todas las circunstancias. No hay duda de que la normativa de desarrollo de la Ley 3/2023 debe asegurar el goce efectivo de todos estos derechos de acceso a la información disponible, y no solo por parte de los servicios públicos, a través de medidas suficientemente garantistas y dotadas de capacidad de obligar.

En particular, los sistemas de IA que se usen en los procedimientos de selección, más o menos invasivos de la intimidad y de la privacidad de las personas –rastros de sus itinerarios y huellas digitales, reconocimientos faciales o de voz en entrevistas virtuales, evaluaciones automáticas de los itinerarios profesionales, análisis conductuales y de respuesta a estímulos mediante técnicas de ensayos y juegos...– deben ahora pasar por la criba de su compatibilidad con la nueva normativa de IA. Con ese arsenal de información, la empresa, probablemente –de nuevo– a través de sistemas de IA, desarrollará hipótesis predictivas sobre el comportamiento futuro de la persona candidata al puesto de trabajo, a partir de las que adoptará las decisiones que más le interesen.

En el desarrollo de esas técnicas e instrumentos, a menudo las decisiones excluyen a colectivos o a grupos de personas en las que coinciden ciertos rasgos, características o preferencias. En realidad, esa exclusión es contenido intrínseco del propio proceso de selección, con el fin de identificar al pequeño grupo de personas candidatas idóneas entre las que tomar la decisión de contratación. Ahora bien, ese criterio excluyente puede ser discriminatorio o producir discriminaciones.

La variable prohibida puede ser expresa o implícita, abierta u oculta, e intencionada o no. A este respecto se aplican los conceptos clásicos del derecho antidiscriminatorio, en

particular –aunque no únicamente– los conceptos de discriminación directa e indirecta. Es importante entender que la generación de los sistemas de IA produce una sofisticación de los sesgos, pues algunos de ellos vienen de la mano de la identidad consciente de quien o quienes generan el modelo de sistemas automatizados. Y ellos pueden ser ya por sí mismos voluntarios e involuntarios. Pero, además, el propio proceso de «entrenamiento» del sistema produce que se adhieran nuevos sesgos, que van «contaminándolo» de una serie de criterios nuevos, asimismo potencialmente discriminatorios. Lo cual es particularmente peligroso en el contexto de una realidad, como es la del empleo, en el que hay una persistente brecha, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, entre hombres y mujeres. No es difícil prever que las mujeres vayan a ser seleccionadas para empleos de menor cualificación, peor consideración social y menores perspectivas de promoción profesional. Es la idea generalizada de la segregación ocupacional, pero corregida y aumentada a través del manejo de *big data*.

Dicho lo cual, y por lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere, es sencillo proponer ejemplos. Entre ellos, es palmario que aquellos sistemas de selección que discriminen o excluyan a personas candidatas que hayan tenido periodos de interrupción de sus carreras profesionales más o menos prolongados tienen una evidente repercusión negativa en contra de las mujeres que asumen los roles de crianza de hijos e hijas y cuidado de la unidad familiar.

Es importante generar sinergias entre la normativa de IA y de protección de datos y la legislación antidiscriminatoria. Es evidente que, si hay dos rasgos casi intrínsecos de los sistemas algorítmicos y de IA, esos dos son la opacidad y la falta de transparencia, dos de los vectores y lastres contra los que se ha erigido la acción normativa de la UE sobre igualdad entre hombres y mujeres. De ahí que ambas exigencias –claridad y transparencia– son requisitos ineludibles para los modelos automatizados de toma de decisiones, con particular énfasis en el empleo. No se trata solo, como expresa el artículo 64.4 d) del ET en cuanto a las condiciones de trabajo, de la información acerca de los «parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones». También debe afectar a su uso y dinámica, sobre las fuentes de las que bebe el sistema de decisiones automatizado en su dinámica de «entrenamiento».

Por supuesto, los datos estadísticos desagregados de las decisiones producidas a través de la IA pondrán de manifiesto efectos perjudiciales en relación con colectivos feminizados. En ese sentido, la evaluación prevista en el artículo 42.7 de la Ley 3/2023⁶ está destinada a tener una importancia central a estos efectos.

⁶ «Las actividades de intermediación desarrolladas por las agencias de colocación se someterán a seguimiento y evaluación por parte de los servicios de empleo en su respectivo territorio. A estos efectos, las agencias de colocación facilitarán, en los soportes informáticos o medios que se establezcan, los datos, documentación e información precisos para dotar el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, así como los requeridos por los servicios públicos de empleo para evaluar el resultado cualitativo y cuantitativo de su intermediación».

Pero también la ha de tener una interpretación suficientemente amplia del principio de transparencia, en los términos del artículo 13 del Reglamento (UE) 2024/1689 y, en particular, por lo que respecta a la utilización de los sistemas de IA en los procesos de intermediación laboral, del artículo 50. Igualmente, en cuanto la transparencia, aunque desde el prisma de la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, tiene un particular interés el artículo 5.3 de la Directiva (UE) 2023/970, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento:

Los empleadores deben garantizar que los anuncios de las vacantes de trabajo y las denominaciones de los puestos de trabajo sean neutros con respecto al género, y que los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio, a fin de no socavar el derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor [...].

Ese desarrollo «de modo no discriminatorio» incluye, desde luego todo lo referente a la utilización de la IA y de decisiones automatizadas en el proceso de selección y contratación.

Detrás de todo este entramado normativo está la generación de datos que deben ser divulgados, aplicados y utilizados con absoluta transparencia. Y, en particular, que sean permanentemente actualizados, como exige, entre otros mandatos, el artículo 20 de la Ley orgánica (LO) 3/2007, de 22 de marzo. Sin duda, a este respecto se ha desarrollado un considerable esfuerzo en los últimos años. Pero ese esfuerzo, en la encrucijada entre utilización de algoritmos para producir decisiones automatizadas en el entramado público-privado del empleo y analizar los efectos de esas decisiones, debe ser especialmente importante.

Sobre este particular, hay un reto importante por delante en términos de elaboración normativa y aplicación de esta. La colaboración entre las instituciones de empleo y las de igualdad, sean unas y otras públicas o privadas, será esencial.

3. La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales

Desde la perspectiva del impacto de género, la CDD, epígrafe XVII, en cuanto a la educación digital, expresa la finalidad de rechazar las conductas de ciberacoso, con especial atención al acoso sexual. Y, en referencia al específico ámbito laboral, en expresión sucinta pero suficiente, en el epígrafe XIX sobre derechos en el ámbito laboral enuncia –apdo. 2, letra g)– el derecho a «La protección frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales».

El tópico del acoso discriminatorio ha accedido ya hace casi un cuarto de siglo a las principales directivas antidiscriminatorias de la UE. En realidad, la fórmula utilizada en las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54 es la misma: comportamiento no deseado que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Con el añadido en la tercera de las directivas citadas de que integrará el concepto de discriminación «el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo». La misma idea aparece reiterada en el artículo 3.2 a) de la más reciente Directiva (UE) 2023/970.

Por su parte, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 190, de 2019 –que ya ha recibido cincuenta ratificaciones–, sobre la violencia y el acoso, reconoce que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud sexual de las personas. Las expresiones «violencia y acoso», de conformidad con su artículo 1, designan

[...] un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico [de modo tal que incluyen] la violencia y el acoso por razón de género.

Esta última –prosigue el precepto–, alude a «la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual». Muy en particular, su artículo 3 d) incluye en el ámbito de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo «que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo» a las que suceden «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación». Sin duda, se trata de una referencia muy precisa al tema que aquí se analiza.

La LO 10/2022, de 6 septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, expresa en su exposición de motivos que «pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual». En consecuencia, su artículo 3 impone que se preste atención a este tipo de violencia. Correlativamente, el artículo 10 se destina a la identificación de medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación. Tiene gran importancia en esta ley orgánica que su artículo 17 contemple la acreditación de las situaciones de violencia sexual mediante informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo cual también puede producirse en el caso de violencia a través de medios tecnológicos, producida en relación o con ocasión del trabajo por cuenta ajena.

De nuevo en el ámbito estrictamente laboral, las referencias del ET al acoso discriminatorio –arts. 4.2 e) y 54.2 g)– han de ponerse en relación con las normas relativas a la digitalización en el contexto del contrato de trabajo, en particular con el artículo 20 bis del ET y los artículos 87.1 y 91 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre. Por su parte, hay que tener en cuenta la LO 3/2007, de 22 marzo. En particular, la doble definición del acoso sexual y por razón de sexo del artículo 7, que constituye el precepto básico también a los efectos del análisis que aquí se efectúa, pues el ámbito digital no deja de ser sino el escenario en el que esas conductas se producen.

Es de particular relieve la regla del artículo 12.3 de la LO 3/2007 sobre legitimación procesal en caso de acoso sexual y por razón de sexo, que se limita en exclusiva a la persona víctima del acoso. Como lo es «la consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo» (art. 27 c). Ya en cuanto a los contenidos del diagnóstico para los planes de igualdad, el artículo 46.2, letra i), se refiere a la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Por su parte, el artículo 48.1 impone a las empresas el deber de promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. A dicho fin, las personas que ostenten la condición de representantes de los trabajadores deberán colaborar en la prevención de esos delitos (art. 48.3), de nuevo incluyendo expresamente los cometidos en el ámbito digital⁷.

Solo se alude al contexto digital en relación con las conductas más graves, de tipo delictivo. En este sentido, *v.g.*, el protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo al que se refiere el artículo 62 para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella carece de cualquier referencia a él. Por su parte, el tipo administrativo-sancionador del artículo 8.13 bis de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, modificado por la propia LO 3/2007 y más tarde por la Ley 4/2023, tampoco contienen una mención expresa al ámbito digital.

Es evidente que la generalización de formas de violencia que se producen en el mundo digital impone una reflexión específica, porque esas formas están dotadas de rasgos propios que las tiñen de cierta singularidad. En efecto, el acoso digital puede desarrollarse mediante conductas específicas y diferentes de las que se producen en una interrelación física entre dos personas. Por ejemplo, es relativamente frecuente la suplantación de la identidad de la persona acosada, que puede tener una gran relevancia en toda la gama de comunicaciones. O también la distribución masiva en la red de datos que pertenecen a la esfera de la intimidad de las personas, como puede ser el ejemplo más conocido de la difusión de imágenes, vídeos o sonidos de naturaleza sexual, real o figuradamente pertenecientes

⁷ Conviene precisar que el artículo 48 de la LO 3/2007 fue modificado por la disposición final décima.3 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

a la persona acosada. O la exclusión de esta de ciertas comunidades virtuales, grupos de comunicación o redes de intercambio de información, sea o no con la intención de extrañarla y enajenarla del grupo (Álvarez del Cuívillo, 2021).

Ahora bien, esas formas de proceder producen unas consecuencias homologables a las que desencadena un acoso clásico de tipo «presencial»: la manipulación y degradación de la reputación de una persona, su aislamiento y extrañamiento del grupo, el establecimiento de compartimentos estancos en el flujo de información, de la cual puede quedar excluida la persona acosada, o la asignación de tareas que no concuerdan con su capacidad o con sus aptitudes profesionales, son desproporcionadas o fijan objetivos imposibles de cumplir (Ramos Quintana, 2018). Probablemente, dentro de las manifestaciones actuales del acoso habría que añadir ciertas conductas contrarias al derecho a la desconexión digital, que implican además una intromisión en la vida privada de las personas, que en ocasiones tiene un cariz de acoso sexual o por razón de sexo.

Al margen de conductas concretas, hay pautas de comportamiento en lo digital que divergen de las relaciones clásicas. Dichas pautas resultan, por lo general, menos predecibles, más heterogéneas y menos constantes. Aunque pudiese predicarse lo contrario, los mensajes en la red, pese a producirse en un contexto que podría propiciar la reflexión de quien los emite, se expresan de forma espontánea, y sin un elaborado pensamiento previo. Puede decirse que los mecanismos de control social se flexibilizan e incluso desaparecen. A lo cual hay que añadir que la falta de una coincidencia en un espacio físico propicia la ausencia de determinados filtros sociales que pudieran de algún modo restar cierta crudeza al acoso. Dicho en otras palabras, el comportamiento hacia la víctima puede aumentar en dureza, porque es mayor su cosificación en un espacio virtual.

Otros rasgos del ciberespacio pueden agravar la intensidad o frecuencia del acoso. La sensación –sea real o aparente– de anonimato del agente de la conducta, amparada en la red, produce una apariencia de impunidad, que puede ser efectiva y real en la mayoría de los casos. Al margen de que los canales para investigar la autoría pueden ser complejos e inaccesibles para la mayoría, el ámbito virtual genera una sensación de protección y de distancia con la persona acosada que también relaja los miedos a una identificación del sujeto agresor.

También debe destacarse la expansión del ámbito de afectación de la conducta o de la actuación violenta. La red tiene una esencia multiplicadora muy evidente, pues los mensajes, las imágenes y los sonidos se reenvían con potencialidad infinita y se diseminan con gran eficacia hacia terceros, estén o no interesados inicialmente en la información transmitida. Este efecto amplificador produce, en definitiva, que forme parte del grupo que acosa, voluntaria o involuntariamente, un colectivo de personas receptoras, que conocen información que estigmatiza a la persona acosada y que producen un mayor aislamiento suyo del grupo.

La afectación de la dignidad de la víctima es, pues, potencialmente muy amplia, e incluso imprevisible, más allá de los propios cálculos y expectativas de quien actúa en la red y transmite unos datos que implican un acoso hacia aquella. La transmisión, además,

puede producir unos efectos duraderos, porque la exposición de los mismos se prolonga en el tiempo. Por ese motivo, un acto aislado puede producir una violación sistemática de la dignidad y de la intimidad de la víctima. De ese modo, los límites entre un acto aislado y un acoso sistemático se desdibujan en el contexto digital. Debería de añadirse que la imprevisibilidad hacia el impacto público de una conducta aislada de violencia digital en el ámbito laboral no debe actuar como criterio de atenuación de la responsabilidad, pues la potencial publicidad de contenidos es prácticamente infinita en el contexto digital. Por supuesto, en la red, la esfera laboral no constituye barrera alguna, pues los datos trascienden fácilmente y pueden alcanzar unos ámbitos mucho más amplios, familiares o privados de la víctima, y aun sociales, con un impacto imprevisible en la reputación pública suya.

A la práctica imposibilidad de borrado de los datos se suma el rasgo de la inmediatez y la velocidad en la que los mismos se propagan, de modo que es prácticamente imposible una reconsideración o una rectificación *a posteriori*. Es más, esa rectificación puede –y suele– ser menos noticable que la propia comunicación en la que se produce el acoso, y tener por lo tanto un alcance mucho más limitado. En ese sentido, la reparación íntegra de la víctima, desde una perspectiva real, se torna mucho más complicada, lo cual tendría que considerarse en la reparación económica.

Por supuesto, el ámbito digital es un terreno abonado para discriminaciones interseccionales, cuando el acoso tiene un sesgo sexual o por razón de sexo, pero se compagina con otro, *v.g.*, racial, de edad o de discapacidad, entre otras causas (Miñarro Yanini, 2019).

Desde una perspectiva preventiva, no cabe duda de que los protocolos en torno al acoso sexual y por razón de sexo tienen que tomar posición en torno al acoso digital. No solo se trata de los deberes que dimanan de la normativa de lucha contra el acoso, sino también de los que se derivan de la legislación de protección de datos. Por ejemplo, en cuanto a la utilización de los dispositivos digitales, la empresa está obligada a establecer unos criterios –art. 87.3 de la LO 3/2018–, en los que debe contar con la participación de la representación de las personas trabajadoras⁸. Entre tales criterios, la revisión de esos dispositivos en caso de acoso parece una exigencia clara, así como el establecimiento de mecanismos que eviten que la persona que acose pueda ampararse en el anonimato. Por supuesto, la prohibición expresa de cualquier acto de violencia o acoso virtual, con el establecimiento de las oportunas instrucciones, parece otra regla necesaria. Asimismo, y trascendiendo al régimen sancionador, la previsión de unas infracciones –seguramente la mayoría de ellas muy graves, pero adecuadamente ponderadas y ordenadas– y de unas sanciones adecuadas, que en todo caso impidan la reiteración de la conducta y, en la medida de lo posible, el mantenimiento de sus efectos en el tiempo.

Además, desde una óptica estrictamente preventiva, es recomendable el establecimiento de obligaciones informativas y formativas, así como la redacción y aplicación de códigos de buenas prácticas.

⁸ Sobre esta participación, Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de febrero de 2024 (rec. 263/2022).

En cuanto a la imputación de responsabilidades, parece que no basta con identificar a quien directamente perpetra el acoso y emite la comunicación en la que se sustenta. Juntamente con esta autoría directa, habrá que dirimir la culpabilidad o el elemento subjetivo del colectivo de las personas que participan en la difusión de los datos, facilitan su transmisión o aprueban de un modo más o menos explícito la comisión de la conducta discriminatoria.

Más allá de esas consideraciones, sería muy aconsejable que la gestión por la empresa de los riesgos digitales ensanchara en la medida de lo posible el perímetro de «lo laboral», y atendiera las repercusiones que un acoso digital, en este caso, sexual o por razón de sexo, pueda producir en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas de la empresa y su estrato jerárquico y organizativo con sus personas trabajadoras y entre ellas. La conexión del acoso con la prestación de servicios, aunque sea indirecta o circunstancial, debería bastar para que la empresa tome cartas en el asunto.

3.1. Algunos buenos ejemplos de la negociación colectiva

No está generalizada la atención al ámbito digital en la regulación del acoso sexual o por razón de sexo de la negociación colectiva. Hay cláusulas que se refieren genéricamente a ellos, que expresan mandatos tales como:

Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital⁹.

Otras se limitan a reproducir el contenido del artículo 48 de la LO 3/2007, en redacción procedente de la LO 10/2022¹⁰.

⁹ Artículo 89 del Convenio colectivo (CC) de empresas de mediación de seguros privados (BOE de 15 de noviembre de 2023). En iguales términos, artículo 56.6 del II CC de centros y servicios veterinarios (BOE de 25 de octubre de 2023).

¹⁰ Artículo 60. Protocolo de prevención y actuación contra el acoso sexual y/o por razón de sexo, del CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE de 7 de diciembre de 2023). También, anexo II del Protocolo frente al acoso sexual, acoso por razón de sexo, orientación sexual e identidad de género del CC del comercio del metal de Gipuzkoa 2024-2027 (BO de Gipuzkoa de 11 de octubre de 2024) y anexo III –Protocolo frente al acoso sexual, acoso por razón de sexo, orientación sexual e identidad de género– del CC para la industria siderometalúrgica de Gipuzkoa 2023-2026 (BO de Gipuzkoa de 8 de junio de 2023). Lo mismo hace el Protocolo para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo que será de aplicación en las relaciones laborales del CC del campo de Valladolid y provincia, que contiene un apartado III relativo a «conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo. Acoso virtual» (CC del campo de la provincia de Valladolid para los años 2024-2025-2026 –BO de Valladolid de 5 de julio de 2024–). Igualmente, «medidas específicas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo», en el CC provincial de limpieza de edificios y locales de Toledo 2022-2026

Con carácter más genérico, hay convenios que aluden a una adecuada y justa gobernanza del impacto de la transformación digital, en la cual hay que contar con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras¹¹. U ordenan la elaboración de protocolos en los que fijen la utilización de los dispositivos digitales, en los términos del artículo 87.2 de la LO 3/2018¹².

Hay algunas que añaden la necesaria apertura de un expediente informativo por parte de la dirección de la empresa¹³, o añaden que las empresas «deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital»¹⁴. Algún convenio establece una comisión para la protección de derechos digitales, pero sin ninguna competencia expresa en relación con el acoso discriminatorio o con el acoso laboral¹⁵.

Ostenta una relevancia mayor el anexo de algún convenio que regula el ciberacoso¹⁶. Parte de expresar el compromiso de las organizaciones firmantes de mantener una tolerancia cero contra cualquier tipo de acoso, de entre ellos el ciberacoso. Apela a las particularidades del trabajo a distancia, y en concreto del teletrabajo, así como al uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación. Esas peculiaridades han de ser tomadas en consideración para completar el «procedimiento de actuación en supuestos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo en el trabajo» previsto en el propio convenio. Reconoce que se crean nuevos y mayores riesgos, de los cuales el ciberacoso supone «un comportamiento inaceptable y un claro incumplimiento del deber de buena fe contractual garantizando el debido respeto a la dignidad de todas las personas trabajadoras». Lo define –incluyendo el acoso discriminatorio y el acoso laboral– como:

[...] todo comportamiento de violencia psicológica, de comportamientos humillantes o vejatorios que adoptan múltiples formas, realizado a través de medios tecnológicos de amplio contenido, realizado generalmente, por uno o varios superiores

(BO de Toledo de 10 de noviembre de 2023), artículo 54 del CC del sector de maquinaria industrial, agrícola, material eléctrico, electrodomésticos, mobiliario y material de oficina de la provincia de Sevilla (BO de Sevilla de 10 de enero de 2024) y artículo 50 del CC del sector de almacenistas de hierros, tuberías, aceros y material no férreo de la provincia de Sevilla (BO de Sevilla de 12 de febrero de 2024). En general, la misma cláusula se reitera en otros convenios sectoriales de las provincias de Sevilla y Valladolid.

¹¹ Artículo 68 del XXIII CC para las sociedades cooperativas de crédito (BOE de 26 de julio de 2024).

¹² V.g., artículo 68.2 del XXIII CC para las sociedades cooperativas de crédito (BOE de 26 de julio de 2024).

¹³ Artículo 44.2 del CC de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal de Valladolid y provincia (BO de Valladolid de 26 de septiembre de 2023).

¹⁴ Artículo 50 del CC del sector de almacenistas de hierros, tuberías, aceros y material no férreo de la provincia de Sevilla (BO de Sevilla de 12 de febrero de 2024).

¹⁵ Artículo 115 del IX CC estatal del corcho (BOE de 7 de septiembre de 2023).

¹⁶ Anexo del CC estatal de acción e intervención social 2022-2024 (BOE de 28 de octubre de 2022).

o compañeros y compañeras de trabajo (ámbito laboral), de forma, habitual o que siendo un acto ocasional tenga efectos prolongados en el tiempo pero de gran intensidad dañosa, o recurrente y sistemática y, con el fin de destruir a la persona trabajadora acosada (en su salud, en su integridad física y psíquica).

Reconoce que todos los comportamientos clásicos de acoso pueden producirse también a través de dispositivos tecnológicos y terminan generando, por lo general, un mal ambiente de trabajo con importantes repercusiones en la salud de las personas trabajadoras, afectando a las relaciones de trabajo y a la propia productividad de la empresa.

Es de gran interés el elenco ejemplificativo de conductas de acoso que incluye:

[...] distribuir en internet imágenes o datos delicados o comprometidos, dar de alta en sitio web para estigmatizar o ridiculizar a la víctima, crear un perfil falso en nombre de la víctima con demandas sexuales, usurpar identidad de la víctima para hacer comentarios ofensivos, dar de alta el email de la víctima para convertirla en blanco de spam y contacto con desconocidos, acceder al ordenador de la víctima, distribuir falsos rumores de la víctima sobre un comportamiento reprochable de forma que quienes lo lean reaccionen y tomen represalias en contra de la víctima perjudicada, enviar mensajes ofensivos, hostigadores, amenazantes e incomodar y perseguir a la víctima en espacios de internet que frecuenta, uso del teléfono móvil como instrumento de acoso o acciones de presión permanente a través de TICs para actuar conforme a las solicitudes del acosador.

Por lo demás, el tratamiento del ciberacoso se cierra remitiendo al procedimiento de actuación en supuestos de acoso laboral previsto en el convenio.

Algún «protocolo para la prevención y actuación en los casos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo» expresa que se aplicará, entre otros contextos, «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y la comunicación (acoso virtual o ciberacoso)»¹⁷. Por su parte, otro «protocolo de Prevención y Actuación contra el Acoso sexual y/o por razón de sexo» –por lo tanto, ya dirigido en exclusiva a estos– define el «ciberacoso o acoso virtual» como:

[...] aquellas situaciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo que se puedan producir durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado de este en

¹⁷ Anexo n.º 5 del CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas para los años 2023, 2024 y 2025 (BOE de 3 de mayo de 2024). La misma regla en la disposición adicional duodécima –«protocolo para la prevención y actuación en los casos de acoso»– del CC para el sector de conservas, semi-conservas y salazones de pescados y mariscos para los años 2021-2024 (BOE de 11 de agosto de 2022). Igualmente anexo III de CC de comercio en general de la provincia de Cuenca para el año 2024 (BO de Cuenca de 18 de noviembre de 2024), anexo II del CC para el sector del comercio mayorista de frutas, hortalizas y productos agroalimentarios de Cantabria, para el periodo 2024-2027 (BO de Cantabria de 17 de octubre de 2024) y algún otro convenio de sector de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo por medio de tecnologías de la información y de la comunicación¹⁸.

Debe valorarse de forma positiva ese concepto, que otorga amplio espectro al ciberacoso laboral, a través de una concepción y conexión amplia y flexible con el trabajo.

3.2. Ausencia de doctrina judicial

Apenas hay acervo de casuística sobre esta materia. En el campo de la actividad profesional, algún órgano judicial ha confirmado la sanción de separación del servicio a un policía nacional condenado por ciberacoso a menores de dieciséis años¹⁹.

En el estricto ámbito laboral, puede citarse alguna sentencia que considera profesional un trastorno reactivo a estrés laboral en una profesión de moderación de contenidos de internet, entre cuyas misiones figuraba la de evitar conductas de acoso en la red²⁰. Otra considera procedente el despido de un trabajador a causa de comentarios ofensivos y amenazas a compañeros de trabajo proferidos en redes sociales²¹. Pero poco más puede añadirse, al margen de recordarse que la inmensa mayoría de las actuaciones por ciberacoso que se han judicializado han desembocado en la jurisdicción penal.

4. Derechos digitales y seguridad y salud en el trabajo

4.1. Seguridad y salud en el trabajo, digitalización y perspectiva de género

La normativa de seguridad y salud en el trabajo, ya se trate de la interna o la de la UE, adolece de cierto envejecimiento. Aunque no es la única causa, el acelerado proceso de

¹⁸ Artículo 60 del CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE de 7 de diciembre de 2023). La misma definición en el artículo 19 bis «protocolo para la prevención y actuación en los casos de acoso sexual y/o por razón de sexo» del CC del sector de comercio de óptica al detalle y talleres anejos de la Comunidad Autónoma de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 22 de julio de 2023). También, artículo 30 (protocolo para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo) del CC del campo de la provincia de Valladolid para los años 2024-2025 y 2026 (BO de Valladolid de 5 de julio de 2024).

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de enero de 2022 (rec. 2278/2019). En términos similares, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de mayo de 2022 (rec. 464/2019).

²⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona 12/2024, de 12 de enero.

²¹ STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2015 (rec. 746/2015).

digitalización ha generado un cambio cualitativo en los riesgos laborales, que la ley vigente no contempla, salvo algunos preceptos muy generalistas. No se redactó teniendo en cuenta la perspectiva de género, pues esta metodología es posterior, en su articulación teórica, a aquella, si bien la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, es prácticamente contemporánea a la Cumbre de Pekín de 1995²².

Tampoco la CDD aborda esta perspectiva. La seguridad que predica es, en todo caso, seguridad digital de los datos, de los sistemas de información y, como mucho, seguridad jurídica. Pero en ningún caso aborda la materia de la seguridad y salud en el trabajo, y menos aún con perspectiva de género.

Por consiguiente, es necesaria una reconstrucción de esta materia que apenas aparece tratada, muy fragmentariamente, en la legislación de la UE e interna acerca de protección de datos y, con algo más de extensión, en la más reciente normativa de la UE sobre trabajo en plataformas digitales. En el caso del Reglamento de inteligencia artificial, las referencias a la salud no se entroncan con el trabajo, sino con la de las personas sin más atributos²³. Más allá de lo cual, habrá que aplicar las normas generales de prevención de riesgos laborales, con las adaptaciones que sean necesarias. Debe considerarse la exposición a nuevos riesgos que vienen dados por conceptos tales como la fatiga digital o, en un sentido inverso, el derecho a la desconexión digital.

Por lo demás, la perspectiva de género en la consideración de los riesgos profesionales ha sido ya admitida y tratada, tanto por la doctrina académica (Moreno Solana, 2023), como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴, esta, en un asunto referido al listado de enfermedades profesionales y a la inclusión de una contingencia en una profesión típicamente masculina cuando sucede en otra, con mayor ocupación femenina. Esta perspectiva, por lo demás, es exigible en atención al artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo.

En realidad, el Reglamento (UE) 2016/679 no regula asuntos de seguridad en el trabajo, pero los tiene en cuenta para remitirlos a los sistemas internos. En este sentido, el considerando 155 expresa que:

El Derecho de los Estados miembros o los convenios colectivos, incluidos los «convenios de empresa», pueden establecer normas específicas relativas al trata-

²² Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 4 a 15 de septiembre de 1995. En ella se adoptó la estrategia de la perspectiva de género en la toma de decisiones.

²³ Es más, debe reproducirse esta expresión de su considerando 9:

[...] Además, en el contexto del empleo y la protección de los trabajadores, el presente Reglamento no debe afectar, por tanto, al Derecho de la Unión en materia de política social ni al Derecho laboral nacional —de conformidad con el Derecho de la Unión— relativa a las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas la salud y seguridad en el trabajo y la relación entre empleadores y trabajadores.

²⁴ En particular, STS de 20 de septiembre de 2022 (rec. 3353/2019).

miento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base de [...] la salud y seguridad en el trabajo [...].

En coherencia, su artículo 88 habilita en estos términos a los Estados miembros.

Como va a verse, la Directiva de trabajo en plataformas digitales es más prolija en esta materia, pero la legislación interna española, a la espera de la trasposición de esta directiva, no ha hecho uso de la habilitación del artículo 88 del Reglamento de protección de datos, en una opción omisiva que debe considerarse como muy cuestionable²⁵.

Por su parte, la LO 3/2018, de 5 de diciembre, no contiene ninguna referencia explícita o implícita a asuntos de seguridad y salud en el trabajo más allá de la regulación del derecho a la desconexión digital en su artículo 88, al que ya anteriormente se ha hecho alusión.

4.2. La regulación específica del trabajo en plataformas digitales

Mucho más explícita en esta materia es la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas. En efecto, ya su considerando 2 hace referencia al artículo 31 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y a unas condiciones de trabajo justas y equitativas que respeten su salud, seguridad y dignidad. En el considerando 3 apela al principio número 10 del Pilar europeo de derechos sociales en cuanto al derecho a un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad en el trabajo y a la protección de sus datos personales en el contexto del empleo. Especialmente importante es el considerando 4, en su expresión de que:

[...] Las nuevas formas de interacción digital y las nuevas tecnologías en el entorno laboral [...] pueden dar lugar a una vigilancia basada en la tecnología, aumentar los

²⁵ En todo caso, y como ha corroborado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la normativa interna que puede aprobarse al amparo del artículo 88 del reglamento debe garantizar que no se menoscaben el contenido y los objetivos del mismo, que tiene por objeto, en particular, garantizar un elevado nivel de protección de los derechos y libertades de los interesados a quienes concierna ese tratamiento. Por consiguiente, las normas adoptadas por un Estado miembro sobre la base de dicho artículo 88 deben tener por objeto proteger los derechos y libertades de los trabajadores en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales. De modo que la habilitación a los Estados miembros no puede interpretarse en el sentido de que las «normas más específicas» puedan tener por objeto o como efecto eludir las obligaciones del responsable o del encargado del tratamiento que resultan de otras disposiciones de dicho reglamento. Y eso es así ya se trate de normas legales o de convenios colectivos. A este respecto, asunto C-65/23, *MK*, Sentencia de 19 de diciembre de 2024.

desequilibrios de poder y la opacidad en la toma de decisiones y entrañar riesgos para unas condiciones laborales dignas, para la salud y la seguridad en el trabajo, para la igualdad de trato y para el derecho a la intimidad.

En este elenco de riesgos, como no podía ser de otro modo, aparecen entrelazados la seguridad y la salud en el trabajo y la igualdad de trato, como valores en riesgo a falta de regulación del trabajo en plataformas digitales. Coherentemente, el considerando 10 se refiere de nuevo a la seguridad y salud en el trabajo, con mención expresa a las trabajadoras embarazadas.

Por su parte, el considerando 44 expresa que las plataformas digitales de trabajo deben estar sujetas a obligaciones de transparencia e información en relación con los sistemas automatizados de seguimiento y los sistemas automatizados que utilicen para adoptar o respaldar decisiones que afecten a la seguridad y a la salud de las personas trabajadoras. Esa afectación se reitera en el considerando 47. Muy en particular, el considerando 50 alude a la Directiva 89/391/CEE, marco en materia de seguridad y salud en el trabajo y reconoce que «Los sistemas automatizados de seguimiento y los sistemas automatizados de toma de decisiones pueden tener una repercusión notable en la seguridad y en la salud física y mental de los trabajadores de plataformas».

Y, a partir de esa idea, el propio considerando 50 pone de manifiesto la incidencia de los sistemas automatizados de toma de decisiones en la seguridad y salud en el trabajo, en unos términos que conviene reproducir literalmente:

[...] Los sistemas automatizados de seguimiento y los sistemas automatizados de toma de decisiones pueden tener una repercusión notable en la seguridad y en la salud física y mental de los trabajadores de plataformas. La dirección, evaluación y disciplina algorítmicas intensifican el esfuerzo laboral al potenciar el seguimiento, elevar el ritmo que se exige a los trabajadores, reducir al mínimo las lagunas existentes en el flujo de trabajo y extender la actividad laboral más allá del lugar de trabajo y de los horarios laborales convencionales. Es probable que el limitado aprendizaje en el trabajo y la influencia limitada en las tareas debidos a la utilización de algoritmos no transparentes, a la intensificación del ritmo de trabajo y a la inseguridad derivados de la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones aumenten el estrés y la ansiedad de la mano de obra. Por consiguiente, las plataformas digitales de trabajo deben sopesar esos riesgos, evaluar si las salvaguardias de los sistemas son adecuadas para soslayarlos y adoptar las medidas preventivas y de protección adecuadas. Deben evitar que la utilización de dichos sistemas genere una presión indebida sobre los trabajadores o ponga en peligro su salud. Con el fin de reforzar la eficacia de dichas disposiciones, la plataforma digital de trabajo debe poner su evaluación de riesgos y la valoración de las medidas de mitigación a disposición de los trabajadores de plataformas, de los representantes de estos y de las autoridades competentes.

Seguidamente, y no menos importante, el considerando 51 se hace eco de los riesgos de violencia y acoso en el trabajo en estos entornos:

Las personas que realizan trabajo en plataformas están expuestas, en particular en el trabajo en plataformas *in situ*, a un riesgo de violencia y acoso, sin contar con un lugar de trabajo físico en el que puedan presentar reclamaciones. El acoso y el acoso sexual pueden repercutir negativamente en la salud y la seguridad de los trabajadores de plataformas. Los Estados miembros deben por tanto adoptar medidas preventivas que incluyan el establecimiento de canales de denuncia eficaces. También se anima a los Estados miembros a que aboguen por medidas eficaces para combatir la violencia y el acoso en el ámbito del trabajo en plataformas y, en particular, a que incluyan canales adecuados de denuncia para las personas que realizan trabajo en plataformas que no tengan una relación laboral.

En coherencia con todas estas consideraciones, el artículo 12 de la directiva regula la seguridad y salud en el ámbito del trabajo en plataformas digitales, sin perjuicio de los mandatos de la Directiva marco y de las demás directivas vigentes en la materia. En su apartado 1, impone un triple haz de obligaciones a estas entidades:

- a) evaluarán los riesgos que entrañen los sistemas automatizados de seguimiento o los sistemas automatizados de toma de decisiones para su seguridad y su salud, en particular los posibles riesgos psicosociales, ergonómicos y de accidentes laborales;
- b) evaluarán si las salvaguardias de dichos sistemas son adecuadas para los riesgos detectados habida cuenta de las características específicas del entorno laboral;
- c) introducirán medidas preventivas y de protección adecuadas.

Con esa finalidad, el apartado 2 del mismo precepto impone que garantizarán la información y la consulta y la participación efectiva de los trabajadores de plataformas y de sus representantes.

Seguidamente, el apartado 3 establece que:

[...] no utilizarán sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas automatizados de toma de decisiones de manera que se ejerza una presión indebida sobre los trabajadores de plataformas o se ponga en riesgo de algún otro modo la seguridad y la salud física y mental de los trabajadores de plataformas.

Finalmente, en cuanto a la violencia y el acoso, el apartado 5 ordena el establecimiento de medidas preventivas, en particular proporcionando canales de denuncia eficaces.

La regulación de la seguridad y salud en el trabajo en plataformas digitales, al margen de las peculiaridades que le son propias distintas a las de otros trabajos muy vinculados a las tecnologías digitales, puede tener el interés de servir de modelo para otras formas de prestación de servicios en las que las decisiones automatizadas tienen un importante papel. En cuanto a los riesgos profesionales y su prevención, algunas de las orientaciones y de las reglas descritas son además susceptibles de un análisis desde la perspectiva de género. Primeramente, es digna de destacarse la necesidad de información y transparencia, que entronca la normativa de plataformas digitales con la de no discriminación.

La norma de la UE alude tanto a la salud física como a la mental, poniendo de relieve la especificidad de los riesgos asociados a esta forma de trabajar, caracterizada por unos fuertes incentivos hacia la intensificación del esfuerzo, el incremento del ritmo y la evitación de periodos sin actividad y las consiguientes extensiones de los horarios y minoración de los periodos de descanso. Se trata de una serie de condiciones que, al margen de premiar una serie de atributos que se les presumen más a los trabajadores varones que a las trabajadoras mujeres –no en vano parece una regla de evidencia la acentuada masculinización del trabajo en ciertas plataformas, en particular las de reparto– producen una exposición muy característica a riesgos físicos y a riesgos psicosociales.

Entre los físicos, la directiva hace referencia a problemas ergonómicos, que en definitiva dependen de la actividad que se presta a través de la plataforma, pero también a una particular exposición a accidentes laborales de todo tipo, a causa de la intensificación de la dedicación y de la inclinación a la rápida ejecución de las tareas. Pero, como resultado de esta presión indebida, la ansiedad y el estrés emergen como factores indisolublemente asociados. Los riesgos psicosociales tienen que ver siempre con el trabajo que se presta en contacto con las tecnologías digitales, pero el ejemplo de las plataformas también pone de relieve que está casi siempre asociada una predisposición difícil de evitar de intensificar el trabajo para explotar las capacidades asociadas a las propias tecnologías e incrementar el beneficio.

Pero, en cuanto a los riesgos psicosociales, emergen la violencia y el acoso en el trabajo. La directiva hace hincapié, como no podía ser de otro modo, en el acoso sexual, del mismo modo que debiera haber añadido el acoso por razón de sexo y, más en general, el acoso discriminatorio, en particular cuando se yuxtaponen varias causas y se generan situaciones interseccionales. No es difícil prever que la violencia en el trabajo, con todas las connotaciones que produce en términos de afectación más fuerte hacia las mujeres trabajadoras, tiene mucho que ver con el trabajo en plataformas y, más en general, al trabajo asociado a las tecnologías digitales.

Hay un último comentario indispensable, en torno a la regulación del trabajo en plataformas, que consiste en la perspectiva con la que se ha elaborado. Es obvio que el primer referente y el modelo en el que se ha inspirado es el de las plataformas de reparto. Como se ha expresado, se trata de una ocupación en la que se percibe sin demasiadas dificultades

tades una preponderancia masculina en términos cuantitativos. Lo cual produce la consecuencia de que, una vez más, el arquetipo regulatorio ha partido de un trabajador varón. Seguramente, si la plataforma de inspiración hubiese sido otra –v.g., una de cuidados o de ocupaciones de limpieza o domésticas– las consideraciones y el articulado de la directiva hubieran cambiado, y se añadirían otros riesgos, que tendrían que ver con el manejo de ciertos productos, la exposición a ciertos riesgos físicos, una mayor vulnerabilidad a las veleidades de la clientela, o una fuerte invisibilidad en la prestación de servicios. Da la impresión en la directiva de que las referencias que tienen una dimensión de género –v.g., la de los considerandos a la Directiva de maternidad o la más específica de la exposición al acoso sexual– se han incluido como pequeñas islas un tanto desligadas de las especialidades del trabajo en plataformas.

Al margen de esta consideración crítica, la directiva pone de manifiesto que hay una importante dimensión de seguridad y salud en el trabajo ínsita en la digitalización en el trabajo, a la cual ha de dársele siempre una perspectiva de género. Algunas ideas al respecto se abordan en el siguiente apartado.

4.3. Algunas consideraciones sobre el deber de seguridad en la intersección género-digitalización

Indudablemente, el deber de protección eficaz del artículo 14 de la Ley 31/1995 abarca la toma en consideración de los riesgos que provoca la digitalización, del mismo modo que los principios de la acción preventiva del artículo 15. En cuanto a estos, sin perjuicio de la aplicación transversal de todos ellos, hay algunos que deben ser subrayados, en particular el de tener en cuenta la evolución de la técnica (apdo. 1, letra e), que obliga desde luego a integrar la digitalización en la política preventiva de la empresa. También hay que hacer hincapié en el de «planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo» (apdo. 1, letra g), del cual se concluye fácilmente la necesaria consideración de la perspectiva de género en el trabajo, en su dimensión resultante de dichas relaciones sociales. Y, finalmente, es de evidente relevancia la regla del artículo 15.3: «El empresario adoptará las medidas necesarias a fin de garantizar que solo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico». Esa regla tiene mucho que ver con información en cuanto a las decisiones automatizadas y transparencia en las mismas, que, indirectamente, se erige a través de este apartado en principio de la acción preventiva.

La planificación de la prevención de riesgos debe integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, como ordena el artículo 16. Este mandato impone, desde luego, tener en cuenta todos los aspectos de la gestión en esa planificación, incorporando sin duda los que tienen que ver con la digitalización y con las medidas de igualdad, tengan o no que tra-

ducirse en la aprobación de un plan de igualdad. En coherencia con esa generalidad de la actividad de planificación, la evaluación de riesgos debe tener en cuenta el impacto de la digitalización, como se deduce sin ninguna duda del propio artículo 16.

En desarrollo de este precepto, hay que tener en cuenta los artículos 1 a 9 del Reglamento de los servicios de prevención, aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero. Tampoco en estos preceptos se hace referencia alguna a la digitalización pese a que alguna de sus reformas se ha producido en fechas relativamente próximas a la actual. Sin embargo, los mandatos y la metodología que implantan son perfectamente aplicables a las nuevas formas de organización y gestión de la empresa derivadas del avance de la digitalización.

Sí que se echa de menos, en la organización de la actividad preventiva, la necesaria integración de perfiles profesionales expertos en, por una parte, digitalización y, por otra, en igualdad y no discriminación. En torno a esta última, la compatibilidad y consideración conjunta del plan de igualdad y de la planificación de la actividad preventiva debería ser una necesidad normativamente exigida. Del mismo modo que la integración en la organización de la prevención del delegado o delegada de protección de datos y de alguna persona más experta en digitalización, como materia que atraviesa las cuatro especialidades clásicas de la prevención de riesgos laborales. A la espera de otras reformas más ambiciosas, estas, de perfil solo organizativo, serían muy sencillas de aprobar mediante modificaciones normativas simples.

En cuanto a la regulación de los equipos de trabajo y equipos de protección individual, las reglas generales del artículo 17 de la Ley 31/1995, sobre adecuación, seguridad y utilización de los equipos de trabajo y de protección individual, son sin duda aplicables a todos los equipos, físicos o virtuales, digitales y que produzcan decisiones digitales²⁶. El desarrollo reglamentario se concibe en términos amplios e inclusivos. En cuanto al RD 1215/1997, de 18 de julio, al margen de los criterios más sustantivos, conviene reparar en los deberes de comprobación y de formación e información –arts. 4 y 5– que deben interpretarse en una línea expansiva que incluya, desde luego, la comprobación por sus efectos y, por consiguiente, revise los sesgos que puedan producir. Al margen de la concepción de los equipos, sean de trabajo o de protección individual, a partir de una persona trabajadora, en cuya identificación no debe partirse de un arquetipo masculino, tiene una gran importancia la información relativa a los riesgos en la seguridad y salud, cualesquiera que sean, que puedan producir los dispositivos digitales de

²⁶ Cualquier interpretación restrictiva contradiría, sin duda alguna, el artículo 2 a) del RD 1215/1997, que define equipos de trabajo como «cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizado en el trabajo». Por su parte, el RD 773/1997 identifica equipos de protección individual como «cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin». Sin duda, en este último se incluyen los denominados *wereables* o dispositivos electrónicos que se usan en el cuerpo humano e interactúan con otros aparatos para transmitir o recoger cualquier tipo de datos.

las empresas. Al igual de lo que sucede con la norma de equipos de 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, no contiene regla alguna que contemple la dimensión de género en su utilización. Es una tónica general en toda la normativa preventiva, como ya se ha expresado, que obliga, sin duda alguna, a su renovación, pero que no impide aplicar esa perspectiva en todos sus mandatos.

En todo caso, en cuanto a los equipos de trabajo debe establecerse una conexión entre el artículo 17 de la Ley 31/1995 y el RD 1215/1997, por un lado, y los artículos 87, 89 y 90 de la LO 3/2018, por el otro. La política de intimidad y la de seguridad y salud en el trabajo deben ir de la mano, ya se trate de dispositivos digitales en general, ya de sistemas de videovigilancia o de grabación de sonido, ya de geolocalización. Los diferentes riesgos psicosociales, ergonómicos o de minoración de los descansos ante la amenaza del control permanente de la actividad laboral son, entre otros, problemas que acompañan a la propia amenaza a los derechos del artículo 18 de la Constitución. De nuevo, un enfoque de género es necesario, sobre todo a la hora de buscar sesgos diferentes en el ejercicio de los derechos de supervisión que, a la postre, son susceptibles de poner en riesgo el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz.

Por lo que respecta a los deberes de información y documentación, la amplitud con la que se expresa el artículo 18 de la Ley 31/1995 permite albergar dentro de su ámbito toda la que sea necesaria en el marco de prestaciones de servicios en entornos predominantemente digitales. Otro tanto cabe decir en cuanto a la formación de las personas trabajadoras, que debe, desde luego, tener en cuenta la perspectiva de género en cuanto a los riesgos inherentes en estas formas de trabajar.

A partir de estas afirmaciones, todos los deberes sustantivos que se regulan entre los artículos 20 y 28 de la Ley 31/1995 han de analizarse desde la misma perspectiva. Es necesaria una precisión específica, en todo caso, en relación con dos preceptos concretos. De un lado, el artículo 24, en cuanto a la coordinación de actividades empresariales, que se enfrenta a dificultades de aplicación en ámbitos muy condicionados por la digitalización en los que no es fácil de identificar un centro de trabajo, del mismo modo que en muchas ocasiones no será sencillo definir qué empresa es la titular del mismo. También el concepto de contratación o subcontratación de obras y servicios es bastante relativo en estos contextos en los que predominan los contratos innominados. Asimismo, el de propia actividad tiene una traducción algo compleja cuando se trata de actividades digitales o con gran penetración de la digitalización. También, el ámbito del trabajo autónomo, en su delimitación con el trabajo subordinado, se enfrenta a problemas de identificación. Todas estas dificultades, en principio, son ajenas al análisis de impacto de género, pero entroncan con él. Por ejemplo, a la hora de identificar responsabilidades por incumplimiento de ciertas obligaciones preventivas en situaciones de acoso, o de otros riesgos psicosociales de mayor incidencia entre las trabajadoras, o, en general, en la planificación de la actividad preventiva de acuerdo con parámetros que sean neutros en términos de género. Las mayores barreras para que se transmita adecua-

damente la información, para que se organice la seguridad y salud con criterios transparentes o para que se identifiquen claramente las obligaciones de todas las personas y entidades implicadas son un caldo de cultivo muy propicio para que se produzcan discriminaciones.

También merece una mención específica la regulación de personas y colectivos especialmente sensibles a determinados riesgos. De nuevo hay que reiterar que la ley, en este caso su artículo 25, no está considerando en absoluto los procesos de digitalización y menos aún la dimensión de género en la política preventiva. No obstante, el artículo 25 es propicio para producir una específica protección de personas vulnerables y víctimas de discriminaciones múltiples e interseccionales. Hasta ahora, la doctrina académica ha identificado la discriminación por discapacidad como un ámbito convergente con el de aplicación y cobertura del artículo 25 de la Ley 31/1995 (Martín Hernández, 2020). Cuando se alude a las tecnologías digitales, todas las consideraciones acerca de las brechas, sesgos, estereotipos y prejuicios sociales se vierten en contra de grupos de personas, la mayoría de ellos marcadamente feminizados, y que están además expuestos a riesgos producidos por el impacto de dichas tecnologías. En ese sentido, parece pertinente abordar las sinergias que deben generarse, en el campo de la seguridad y la salud en el trabajo, entre el concepto de personas especialmente sensibles a determinados riesgos y el de personas discriminadas, entre otros motivos por sexo o género. Se trata de una metodología hasta ahora poco explorada, pero que puede encontrar en este espacio de análisis un terreno especialmente fértil.

Todo lo anteriormente expuesto revela una insuficiente atención de la seguridad y salud en el trabajo en el contexto de la digitalización²⁷. La existencia de una incipiente atención a estos temas debería incorporar una dimensión de género. Si esta se abrió paso con grandes dificultades en el contexto de la prevención de riesgos laborales, debe abrírselo con mayor urgencia cuando se conjuga con la digitalización. Hasta ahora, la normativa europea solo se ha preocupado por esta encrucijada en relación con el trabajo en plataformas digitales, mientras que la normativa interna no se ha pronunciado al respecto. Pero lo expresado en estas páginas sirve al menos para poner de manifiesto que es necesario un análisis de este tipo.

5. Equidad en el trabajo a distancia y en el teletrabajo

5.1. Consideraciones generales

Sin duda, el teletrabajo es el asunto relacionado con la digitalización al que más atención presta la CDD, en relación con los derechos en el ámbito laboral (apdo. XIX). En realidad, la

²⁷ Es a este respecto muy interesante el documento de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo *Digitalización y seguridad y salud en el trabajo. Un programa de investigación de la EU-OSHA*, en https://osha.europa.eu/sites/default/files/Digitalisation_and_OSH_ES.pdf

Carta alude a «los entornos digitales y el teletrabajo», con la intención de concebir este último como paradigma de aquellos. La mayoría de los derechos enunciados en el párrafo segundo de dicho apartado han sido ya objeto de tratamiento en las páginas anteriores. Sin embargo, es necesario abordar específicamente esta forma de trabajar desde el prisma de género.

La relación del trabajo a distancia con la igualdad y no discriminación por sexo ha sido tradicionalmente bastante equívoca. No en vano el Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo no hace ninguna referencia al respecto. Por su parte, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, cuando regula en su artículo 4 la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación, se refiere parcialmente a la igualdad entre mujeres y hombres. En particular, en su apartado 3 dispone que «Las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo [...] de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, asegurando la igualdad de trato». Y añade que «Igualmente, las empresas están obligadas a tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad». De modo que invita a una consideración específica de esta forma de trabajar en el cumplimiento de los deberes de los artículos 45 y siguientes de la LO 3/2007, de 22 de marzo y del RD 901/2020, de 13 de octubre²⁸. Adicionalmente, su apartado 4 se refiere al acoso sexual, por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral e impone la toma en consideración de las víctimas de violencia de género. En torno a esta última, la propia Ley 10/2021 reforma el artículo 37.8 del ET.

También en conexión con el plan de igualdad, el artículo 8.3, párrafo segundo, de la Ley 10/2021, en cuanto a las dinámicas entre el trabajo presencial y a distancia y a preferencias de acceso, dispone que:

En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa.

Se pone así de manifiesto que la relación entre el trabajo a distancia y la corresponsabilidad constituye un espacio sensible en el que pueden producirse consecuencias perjudiciales para las mujeres y para colectivos feminizados.

²⁸ El artículo 7.2 del RD 901/2020 impone la toma en consideración del trabajo a distancia en el plan de igualdad. Además, en la hoja estadística del plan, en cuanto al ejercicio corresponsable de los derechos de la vida privada, familiar y laboral –apdo. 5.5– se incluye la pregunta «¿Se prevé en el plan la implantación de puestos de trabajo que se desarrollen a distancia o existen ya en la empresa esta modalidad?». Y, en caso de respuesta afirmativa, «¿Se ha previsto en el plan alguna medida que tenga por objetivo, en relación con el trabajo a distancia, evitar la perpetuación de roles o fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres?».

El trabajo a distancia y, en particular, el teletrabajo, están asociados a sectores de actividad diversos, de tal forma que no es fácil concluir, al menos en términos monolíticos, que está feminizado. No obstante, ya desde hace años los datos estadísticos son bastante consistentes en términos de que, globalmente, existe un mayor porcentaje de mujeres que de hombres que teletrabajan²⁹. Por ejemplo, así sucede en relación con los trabajos administrativos y auxiliares en el sector público o en determinados ámbitos de servicios como *call centers* o comercio *on line*, aunque los sesgos son menos fáciles de identificar en otros sectores.

5.2. Trabajo a distancia y conciliación de vida familiar y laboral

Por las especiales connotaciones que conllevan el trabajo a distancia y el teletrabajo, parece conveniente formular ahora un comentario específico sobre los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Asimismo, por la remisión que el párrafo tercero del apartado XIX de la CDD realiza a la Ley 10/2021, es importante un análisis en perspectiva de género de esta norma, en coherencia con la promoción de estas formas de trabajar por la que opta el propio párrafo tercero.

El Dictamen del Comité Económico y Social de la UE de 2021³⁰ expresa que se debe atender a la relación entre la conciliación de la vida privada y profesional, y, por ese motivo, «pide a los Estados miembros que transpongan y apliquen adecuadamente la Directiva relativa [...]» a la misma. Añade que facilita el acceso al empleo de las personas que tienen responsabilidades familiares y cabezas de familias monoparentales, pero puede perjudicar la vida familiar a causa de la intensidad del trabajo y la dificultad para desconectar del mismo³¹. Pero, muy en particular, dedica el apartado 4.2 de sus conclusiones y recomendaciones al «equilibrio entre vida profesional y vida privada». En este apartado, el comité considera que los efectos negativos se amplifican en el caso de los teletrabajadores, aunque la Directiva de conciliación puede minorar este efecto. Observa que «los efectos del teletrabajo sobre la conciliación de la vida profesional y la vida privada son extraordinariamente ambiguos, cuando no contradictorios, y que es necesario seguir investigando acerca de la conciliación de estos dos ámbitos». En todo caso, señala que es necesario que los Estados miembros

²⁹ En este sentido, Boletín de Igualdad en el Empleo, julio 2020, Instituto de la Mujer. https://observatorioigualdadyempleo.es/wp-content/uploads/download-manager-files/BIE_1_Teletrabajo.pdf

³⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia portuguesa) (2021/C 220/01). Conclusiones y recomendaciones 1.5 y 1.7.

³¹ Conclusiones y recomendaciones 3.1 iv, 3.5 y 3.9.

realicen inversiones adecuadas destinadas a la creación o el desarrollo de servicios sociales de asistencia de calidad y acceso universal para las personas mayores y los niños, que podrán contribuir a garantizar la conciliación de la vida profesional y la vida privada.

La Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, enumera en su considerando 34, entre las fórmulas de trabajo flexibles, el trabajo a distancia, aunque añade –considerando 35– que, a fin de atender las necesidades de los empleadores, los Estados miembros puedan limitar el recurso a él. Por su parte, su artículo 1.3 f), en congruencia con dicho considerando 34, alude al trabajo a distancia en la definición de las fórmulas de trabajo flexible.

Se trata de una relación sin duda problemática, que no aparece específicamente regulada en la Ley 10/2021. Simplemente, la exposición de motivos apela al Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y a la Directiva (UE) 2019/1158 del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se deroga la Directiva UE 2010/18 del Consejo. La propia exposición de motivos de la Ley 12/2001 añade que la deslocalización de la persona trabajadora de un lugar y de un tiempo concretos genera mayores posibilidades de autoorganización, con consecuencias positivas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Aunque advierte que puede producir problemas indirectos en los casos en los que en el territorio desde el que se trabaje no existan servicios adecuados que la faciliten.

Ya en cuanto a mandatos concretos, hay que hacer referencia, sobre todo, al artículo 34.8 del ET y al derecho a solicitar la prestación del trabajo a distancia. No es este el espacio de desarrollar un comentario más amplio acerca de los procedimientos y cauces procesales que abre el precepto, que, en realidad, genera una perspectiva accesible de acogerse al trabajo a distancia –en los términos de la disp. adic. primera de la Ley 12/2021–, al margen de las mejoras que puedan establecerse a través de la negociación colectiva.

En todo caso, hay que hacer referencia al artículo 4.5 de la Ley 10/2021, de conformidad con el cual:

Las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar.

Este precepto, en realidad, es reflejo del propio artículo 34.8 del ET, y pone de relieve la posibilidad de compatibilizar los mecanismos de adaptación del tiempo y de la forma de prestación de servicios, de modo que pueden ser acumulativos. Aunque solo sea a efectos declarativos, el precepto tiene el interés de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral mediante una superposición de adaptaciones que, en la práctica, ponen de relieve las tensiones del trabajo a distancia y, en particular, del teletrabajo, entre las formas de prestación *on call* y *off call*. En realidad, también el artículo 13 enuncia el derecho al horario flexible, «en los términos del acuerdo» de trabajo a distancia.

No en vano, la propia Ley 12/2021 modificó la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para incluir una modalidad procesal relativa a reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia, pero que especifica en su apartado 2 que:

Cuando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139.

De este modo, la forma de trabajo a distancia pierde singularidad cuando el debate se centra en que se solicita con el objeto de compatibilizar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Más allá de estas referencias legales, la necesidad o la conveniencia de conciliar las responsabilidades familiares y laborales de las personas trabajadoras se expresa como la utilidad o la causa más habitual del teletrabajo. En este sentido, ha sido realmente controvertida la relación entre ambos polos –teletrabajo y atención a las obligaciones derivadas de la familia–, en particular en cuanto a la aparición e incremento de los riesgos psicosociales y a la dificultad de deslindar el tiempo de trabajo del tiempo de no trabajo. Se trata de tópicos bien conocidos, que conducen en todo caso a la pregunta de las explicaciones sociales que encierran la opción por el teletrabajo.

En ese sentido, se ha descrito cómo las personas con mayores niveles de cualificación y no necesariamente padres o madres de familia optan más por el trabajo a distancia, y no precisamente por motivos de conciliación. La relación entre conciliación y teletrabajo es bastante inestable y, en muchos casos, decepcionante, pues a la larga se convierte en un problema para la desconexión digital (Noonan y Glass, 2012³²). Profundizando en esta idea, se han descrito dos tendencias divergentes en el teletrabajo: una, más socialmente expresada, que basa el interés por esta forma de trabajar en su mayor ductilidad para la atención

³² Sobre estas reflexiones, con un importante estudio empírico, aunque centrado en la realidad de los Estados Unidos de América.

de obligaciones familiares y del hogar. Obedecería este estereotipo a una mujer de mediana cualificación y sin grandes perspectivas de carrera profesional. Yuxtapuesta a la anterior, la otra buscaría una mayor independencia y una más amplia libertad organizativa, se concentraría en los estratos superiores de las organizaciones y en personas con mayores niveles de cualificación, en particular en el ámbito de las STEM, puesto que cada vez es más frecuente entre las personas que cuentan con perfiles profesionales altos, la opción por la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Se trata, por supuesto, de un perfil que obedece más bien a un prototipo de profesional varón (Travis, 2003).

Con dichas reflexiones no quiere desdejarse la utilidad del teletrabajo –y, en general, del trabajo a distancia– como forma de trabajar que facilite la conciliación de la vida familiar y laboral. En realidad, la regulación interna no resulta demasiado refractaria a esta posibilidad, en particular cuando expresa en términos minuciosos y exigentes el contenido del acuerdo de trabajo a distancia. Sin embargo, todos los aspectos más garantistas en cuanto a la organización y distribución del tiempo de trabajo, a las preferencias para acceder a él o a los derechos de las personas que lo disfrutan son asuntos que se remiten a la negociación colectiva, ya se trate de convenios o de acuerdos de empresa. Solo la evolución de los convenios y de los planes de igualdad podrá ir ofreciendo un panorama claro de cómo concilian su vida familiar y laboral las personas teletrabajadoras o en régimen de trabajo a distancia. A ello se hará referencia más adelante.

Con todo, no es fácil producir cláusulas que, a la vez, fomenten el teletrabajo e incidan en la corresponsabilización masculina en la atención de las obligaciones familiares. En realidad, parece que la principal función de la negociación colectiva va a consistir en facilitar el teletrabajo, de modo que la evaluación de sus efectos y las medidas correctoras le responderá más bien al ámbito de las políticas públicas.

Pero, desde una perspectiva distinta, da la impresión de que el teletrabajo se utiliza como medida alternativa de otros derechos de conciliación tales como reducciones de jornada o excedencias. En este sentido, comparte con las medidas consistentes en la adaptación del tiempo de trabajo el rasgo de concebirse como derecho de adaptación del trabajo y no de ausencia de este. Es plausible pensar que la normalización del teletrabajo debe producir una disminución de los permisos, reducciones de jornada, suspensiones de contratos excedencias. Aunque, al mismo tiempo difiere de los derechos de adaptación del tiempo de trabajo en que no es un sistema estrictamente de presencia en el centro de trabajo, sino de trabajo en un espacio físico distinto, aunque conectado a través de sistemas telemáticos.

5.3. Algunas consideraciones axiológicas

Como premisa básica ya expresada anteriormente, la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres debería tenerse en cuenta en el análisis de todo el régimen legal, convencional y contractual del trabajo a distancia y del teletrabajo. Se trata de una forma de pres-

tar servicios que se aleja de la modalidad ordinaria y que, por consiguiente, está expuesta a rasgos de atipicidad que en la práctica la conformen como una modalidad de trabajo precario. A pesar de las garantías legales establecidas en la Ley 10/2021, las amplias remisiones a la negociación colectiva producen que gran parte de su régimen jurídico dependa de las normas convencionales que desarrollen dicha ley.

Hay determinadas situaciones en las que el trabajo a distancia, en sus diversas modalidades, resulta más necesario o aconsejable, algunas de ellas ligadas a la condición femenina o a situaciones que sociológicamente afectan más a las mujeres. Por ejemplo, durante las situaciones de riesgo durante el embarazo tal vez pueda constituir una adecuada adaptación del puesto de trabajo. Acaso pueda resultar adecuado durante las situaciones de disfrute a tiempo parcial de los permisos por nacimiento de hijo, o por adopción y acogimiento. O tal vez a lo largo del tiempo de compatibilidad del trabajo con el disfrute del permiso para el cuidado del lactante. O en casos de reducción de jornada por guarda legal o por cuidado de hijos/as con cáncer u otras enfermedades raras. En general, en estas situaciones puede servir como alternativa de una suspensión total del contrato de trabajo.

Probablemente pueda ser útil como alternativa a otras medidas en los casos de violencia de género, como se desprende del artículo 4.4 de la Ley 10/2021 o del artículo 37.8 del ET. En tales circunstancias, acaso sea aconsejable reconocer derechos subjetivos al trabajo a distancia, o al menos prioridades de acceso al mismo, o disfrute de esta modalidad de trabajo por encima de los umbrales de jornada genéricamente previstos para las demás personas trabajadoras. Igualmente sería adecuado reconocer un régimen más privilegiado de su acceso o disfrute en el caso de familias monoparentales, que desde luego tienen necesidades específicas de conciliación de vida familiar y laboral, como reconoce la Directiva (UE) 2019/1158.

También, como prevé la ley y se ha expresado anteriormente, es conveniente que la negociación colectiva regule las relaciones entre el trabajo a distancia y la adaptación del tiempo de trabajo. A este respecto, no es sencillo proponer reglas concretas, pero es evidente que pueden funcionar acumulada o alternativamente. Quizá en los casos ordinarios podría postergarse para el trabajo a distancia a las personas que disfruten de dicha adaptación, y viceversa. Pero pueden existir situaciones excepcionales, en alguna de las circunstancias expresadas en los apartados anteriores, mediando las cuales sea aconsejable priorizar el disfrute acumulado de ambas formas de prestación de servicios, con adaptación del tiempo y del modo de prestarlos.

Precisamente por todo ese caudal de circunstancias, puede ser aconsejable priorizar unas solicitudes de teletrabajo por encima de otras. Por ejemplo, cuando se justifique por necesidades específicas de conciliación de la vida familiar y laboral, o por vicisitudes referidas a episodios de acoso y violencia en el trabajo, o por ciertas modalidades de familia especiales, como progenitores con discapacidades, o hijos con discapacidades, o familias monoparentales, o para atender circunstancias específicas, tales como enfermedades ter-

minales de personas convivientes en la unidad familiar, o de menores de edad. En todas estas situaciones, en las que se unen la necesidad de conciliación con la de corresponsabilización de los trabajadores varones, seguramente el reconocimiento del teletrabajo debería ser más prioritario que para otras personas que no tienen esas necesidades. Dicho en otras palabras, seguramente el teletrabajo por estas causas deba reconocerse con anterioridad a otras solicitudes simplemente fundadas en deseos personales de los individuos solicitantes.

Otro asunto sensible es el de la renuncia al teletrabajo o al trabajo a distancia, una vez solicitado y antes del vencimiento del plazo por el que se concedió. Al margen de las reglas del artículo 34.8 del ET, en cuanto a la conciliación de la vida familiar y laboral, el elenco de motivos que permiten una separación anticipada del acuerdo de teletrabajo tiene que ver, de nuevo, con las circunstancias particulares de las personas trabajadoras. Por lo tanto, el establecimiento de causas en las que esa renuncia anticipada sea posible y de obligado reconocimiento, en su caso con un breve plazo de preaviso, constituye un tema de regulación importante, preferentemente mediante convenio colectivo o acuerdo de empresa.

Finalmente, es importante la toma en consideración de los riesgos específicos derivados del teletrabajo. Aunque ya se ha hecho referencia a este asunto en relación con la digitalización, es importante insistir en la particular incidencia de los de tipo psicosocial, con particular atención a la violencia y al acoso sexual y por razón de sexo, así como al acoso discriminatorio en casos de intersección de varias causas.

5.4. El derecho a la desconexión digital con perspectiva de género

Las tecnologías digitales, indudablemente, han abierto nuevos escenarios para la ejecución de la prestación laboral, que ha dejado de estar constreñida a los tradicionales rasgos distintivos configuradores del ámbito en el que se desarrolla, el centro de trabajo y el tiempo de trabajo. Límites que se diluyen en favor de una hiperconectividad, permanente e independientemente del lugar en el que se halla el trabajador, puesto que la ejecución de la prestación de trabajo hace tiempo que dejó de estar constreñida a aquellos estrictos límites.

Su vertiente positiva, sin duda, es la flexibilidad en la ejecución de la prestación laboral y, como se ha señalado, el favorecimiento idealmente de la conciliación de la vida personal y familiar con la laboral, a través de la autodeterminación en la gestión del tiempo y autoorganización del trabajo e, incluso, es remarcable su contribución al desarrollo sostenible y eficiencia ambiental (Miñarro Yanini, 2021, p. 64). Pero, al mismo tiempo, es imposible desconocer los aspectos negativos o, por así decirlo, los riesgos asociados al trabajo ejecutado mediante la utilización de estas tecnologías: invasión de espacios vinculados a la intimidad personal y familiar, indefinición de los límites entre estos y los estrictamente

laborales, daño para la salud de los trabajadores, perjuicio efectivo para la conciliación de la vida personal y laboral y contribución a consagrar roles de género y particularmente las tareas de cuidado a las mujeres (Romero Burillo, 2021, p. 153).

En este ámbito emerge la necesidad de configurar el derecho a la desconexión digital como derecho de autodeterminación del trabajador que le permita preservar espacios privados y tiempos de descanso para el desarrollo de su personalidad y la tutela de la intimidad personal y familiar, y aquel sería el derecho a la desconexión digital.

De facto, esos efectos negativos del teletrabajo se tornan perversos en el caso de las mujeres, ya que para las personas trabajadoras con responsabilidades asistenciales no remuneradas, las herramientas digitales pueden dificultar especialmente la búsqueda de un equilibrio saludable entre la vida profesional y la vida privada. En este ámbito, las mujeres forman parte de esa franja de población más vulnerable a padecer los efectos negativos del teletrabajo, «debido a su impacto desproporcionado sobre los trabajadores con responsabilidades asistenciales, que suelen ser mujeres»³³, pues son ellas las que mayoritariamente dedican más tiempo que los hombres a asumir las tareas de cuidado, por lo que trabajan menos horas en empleos remunerados, pudiendo incluso verse obligadas a «decidir» abandonar el puesto de trabajo, en favor de la atención de las responsabilidades familiares. Es por ello importante no desconocer esta doble faz del teletrabajo y estar vigilantes para que el mismo no se convierta en un «arma de doble filo» (Maneiro Vázquez, 2023, p. 155) en perjuicio de las mujeres trabajadoras con responsabilidades familiares.

Ha habido una fuerte reticencia a reconocer la conciliación de la vida familiar y laboral como una parte sustantiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo. No obstante, parece adecuado defender esta consideración, como el caso más paradigmático de *sex-plus discrimination*, en el que las convenciones sociales condicionan el reparto de tareas y la relación específica de la responsabilidad familiar con el trabajo (Lousada Arochena, 2007). Son los roles socioculturales los que discriminan a las mujeres, prejuicios de género fuertemente arraigados, son el suelo pegajoso que las atrapa en la realización de tareas familiares y de cuidado (Cardona Rubert, 2023, p. 24) «en una sociedad que sigue manteniendo una comprensión no adecuada de la maternidad como función social [...] una sociedad que continúa desconociendo la plena responsabilidad de los hombres en esas funciones» (Casas Baamonde, 2018, p. 48). El resultado es que a la discriminación por sexo femenino se le suma la discriminación por razón de género, que consagra a la mujer en una posición estereotipada en una sociedad profundamente desigual.

Estas consecuencias negativas se agudizan si la fórmula organizativa es la del trabajo a distancia, donde los límites entre ambos tiempos de vida se vuelven más porosos, llegándose a poner en juego el avance de la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de

³³ Considerando C de la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión 2019/2181.

trabajo (Molero Marañón, 2021). Es, por tanto, ineludible identificar un sesgo de género en el escenario del teletrabajo puesto que la disparidad entre géneros en cuanto a la aplicación de las condiciones de trabajo es la regla (López Ahumada, 2021, p. 85). La identificación del sesgo de género no es una circunstancia aislada del trabajo a distancia, sino que, lamentablemente, es frecuente encontrarlo en la utilización de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo, incluso, en su versión más actual, es decir, en la utilización de la IA y, concretamente, en la gestión algorítmica y la determinación de condiciones de trabajo. Por ello, las autoridades europeas insisten en incluir la perspectiva de género en la regulación del teletrabajo y, cómo no, en concreto del derecho a la desconexión digital.

En este ámbito emerge la necesidad de configurar el derecho a la desconexión digital como derecho de autodeterminación de las personas trabajadoras que les permita preservar espacios privados y tiempos de descanso para el desarrollo de su personalidad y la tutela de la intimidad personal y familiar y aquel sería el derecho a la desconexión digital.

En el caso español, la introducción del derecho a la desconexión digital en nuestro ordenamiento se produce a través de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. El legislador español, primigeniamente, acomete el reto de regular el derecho a la desconexión digital laboral en el ámbito de otro mayor que es el del reconocimiento de derechos digitales a los ciudadanos y el de dotar de una nueva y más actual regulación al derecho de protección de datos. Así lo hace, efectivamente, en la LO 3/2018, cuyo artículo 88 y disposiciones finales decimotercera y decimocuarta impulsan la introducción de dos nuevos preceptos en sendas normas para consagrar el reconocimiento del derecho en sus respectivos ámbitos de aplicación: el artículo 20 bis en el ET, que bajo la denominación «Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión» determina que:

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Y con tenor idéntico, entre los derechos individuales de los empleados públicos, el artículo 14 j) bis del Estatuto básico del empleado público. Con posterioridad y en plena pandemia, el derecho a la desconexión digital se ve consagrado por la promulgación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

La desconexión digital es un derecho de doble faz, derecho en sí mismo, pero también derecho instrumental en cuanto se constituye en garantía para la tutela y efectividad de otros derechos. Y es en esta segunda faceta en la que se identifica su versión más poliédrica porque el derecho a la desconexión sirve o debería servir para garantizar el derecho a la

vida personal y familiar y a su conciliación con la laboral; el derecho a la salud; el derecho a disfrutar de tiempos de descanso sin injerencias externas y el derecho a la intimidad y a la protección de datos.

Se trata de un derecho que encuentra su razón de ser en la necesidad de establecer límites entre la vida privada y personal de la persona trabajadora y mantener el equilibrio entre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y el poder de dirección y control empresarial. Su principal fin, por tanto, consiste en garantizar las condiciones de descanso y aislamiento de las personas trabajadoras, se pretende preservar los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en planos paralelos (Cardona Rubert, 2024).

Uno de los riesgos asociados al teletrabajo y a los acuerdos de trabajo flexible es que pueden contribuir a reforzar roles de género tradicionales e inducir aún más a las mujeres a realizar tareas de cuidados además de su trabajo remunerado. De hecho, en el teletrabajo puede identificarse la existencia de patrones de género. Desde un enfoque meramente antropocéntrico, pudiera parecer que los hombres están más expuestos al riesgo de una cultura del trabajo «siempre activa», sin embargo, dado que las mujeres siguen realizando la mayor parte del trabajo doméstico no remunerado y, en particular, el trabajo de cuidados, la carga mental de las responsabilidades de cuidados podría aumentar su estrés al coincidir con jornadas laborales más largas y plazos de entrega referidos a modalidades de teletrabajo total o híbridas ejercidas en el ámbito del domicilio familiar.

Por lo tanto, existe el riesgo de que, si no se diseñan y utilizan adecuadamente tanto por hombres como por mujeres, el teletrabajo y los acuerdos de trabajo flexible podrían reforzar los roles de género tradicionales e inducir aún más a las mujeres a realizar tareas de cuidados además de su trabajo remunerado.

Los modelos de autoexplotación basados en el género se propician mediante el uso del espacio y el tiempo. Las madres y los padres explican su división de género del espacio y el tiempo de trabajo, apelando a las características del trabajo, así como a las normas tradicionales de género que sitúan a los padres como trabajadores ideales y a las madres como la persona progenitora principalmente responsable del cuidado.

Las modalidades de trabajo flexibles, como el teletrabajo, pueden llevar a los hombres a autoexplotarse en la prestación de trabajo y a las mujeres a autoexplotarse en la esfera doméstica en el contexto de una sociedad centrada en el trabajo y dependiente de las normas de género tradicionales.

Estudios realizados en tiempos de la pandemia aportan indicios de que el trabajo de los padres tiene prioridad en términos espaciotemporales, mientras que el trabajo de las madres está fragmentado y disperso.

Las interrupciones familiares durante el trabajo a distancia son un factor estresor, obligan a las personas trabajadoras a realizar cambios cognitivos, que consumen mucho tiempo,

son perjudiciales para el compromiso (Perry *et al.*, 2023) y desempeño laboral e incrementan sus niveles de ansiedad e insatisfacción profesional y personal.

El uso del espacio en función del género tiene ramificaciones en la capacidad de las madres y los padres para establecer límites y su posterior participación en la multitarea, que se ha demostrado que aumenta el estrés y el conflicto entre el trabajo y la familia en el caso de los progenitores con dos ingresos.

Los patrones de género en la paradoja de la flexibilidad y el trabajo de las madres como cuidadoras principales se consideran posibles explicaciones teóricas de la prioridad del espacio y el tiempo de trabajo de los padres.

Los estudios demuestran que los padres pueden establecer límites espaciales y temporales entre el trabajo y el hogar al disponer de un espacio de oficina exclusivo y de un horario de trabajo básico. Los límites de las madres entre el trabajo y el hogar son más permeables, ya que a menudo trabajaban en la vivienda y se ocupan más del cuidado de los niños durante el horario laboral.

El espacio físico de trabajo de las madres contribuye a una experiencia de trabajo disperso. El trabajo a distancia lleva las responsabilidades laborales y de cuidado de los hijos al mismo espacio físico, y para las madres la presencia de sus hijos supone una interrupción tanto de su espacio como de su tiempo de trabajo; mientras que, habitualmente, las madres ayudan a proteger el espacio de trabajo de los padres, los padres y los hijos son menos coherentes a la hora de proteger el espacio de trabajo de las madres, lo que revela que tanto los padres como los hijos presuponen un deber de disponibilidad de las madres para cuidar a los hijos mientras trabajan a distancia. No es, por tanto, difícil extraer la conclusión de que las dimensiones espaciales y temporales del trabajo a distancia, a corto y a largo plazo, pueden influir en las trayectorias profesionales, las aspiraciones y los ingresos a lo largo de la vida de una manera que perjudique a las mujeres.

El resultado es el de un escenario en el que los progenitores varones heterosexuales continúan confiando por defecto, mayoritariamente, en la atención desproporcionada de las madres a las tareas de cuidado y/o crianza, por lo que las dificultades para mantener los límites espaciales y temporales entre el trabajo y el hogar repercuten predominantemente sobre ellas, las trabajadoras, que cargan con responsabilidades adicionales de cuidado, lo que propicia que sus compañeros varones puedan liberarse mayoritariamente de ese factor de estrés adicional.

A pesar de que la percepción inicial del teletrabajo sea positiva puesto que la flexibilidad de horarios facilita, en teoría, una gestión óptima del tiempo, una de las vertientes imposibles de desconocer es la de la omnipresencia de los cuidados, que puede dar lugar a continuas tensiones y contradicciones entre la ética de los cuidados y las responsabilidades laborales.

La ideología de la maternidad intensiva implica que los horarios de trabajo estén estrechamente ligados a los ritmos de las actividades escolares y de ocio de los niños. Las diferentes

exigencias temporales de la maternidad y el empleo se traducen en escasas oportunidades para el ocio personal lo que incrementa la presión psicológica y los niveles de estrés. El tiempo ahorrado en los desplazamientos laborales se reasigna a los cuidados o a las tareas domésticas. La paradoja es que los estudios demuestran que en muchas ocasiones son las propias mujeres las que «aceptan» la división tradicional del trabajo doméstico basada en el género y consideran el teletrabajo como una herramienta útil para combinar su doble papel. Y a pesar de que la flexibilidad horaria mejora su sensación de equilibrio entre trabajo y vida y su calidad de vida percibida, la realidad es que se perpetúan los roles estereotipados de género. En estas situaciones, nos encontraríamos ante mujeres trabajadoras conformadas, que no se cuestionan si tener la responsabilidad principal de cuidar a otras personas mientras trabajaban en un empleo remunerado en casa es justo o una forma de explotación (Parry, 2025), es decir, quedaría enmascarada la cuestión de si la asunción de la responsabilidad principal de cuidado contemporizada con un empleo remunerado es una forma de explotación o autoexplotación.

El resultado es el de un escenario en el que los progenitores varones heterosexuales continúan confiando por defecto, mayoritariamente, en la atención desproporcionada de las madres a las tareas de cuidado y/o crianza, por lo que las dificultades para mantener los límites espaciales y temporales entre el trabajo y el hogar repercute predominantemente sobre ellas, las trabajadoras, que cargan con responsabilidades adicionales de cuidado, lo que propicia que sus compañeros varones puedan liberarse mayoritariamente de ese factor de estrés adicional que incide, sin duda, negativamente sobre la salud de las trabajadoras y que las perpetúa en los roles estereotipados del cuidado.

Por lo tanto, existe el riesgo de que, si no se diseñan y utilizan adecuadamente tanto por hombres como por mujeres, el teletrabajo y los acuerdos de trabajo flexible puedan reforzar los roles de género tradicionales, induciendo aún más a las mujeres a realizar tareas de cuidados además de su trabajo remunerado (Chung, 2022). Sin duda, la utilización adecuada de estas fórmulas de trabajo flexible debe incluir, bajo la óptica de la perspectiva de género, una adecuada previsión de la desconexión como derecho e instrumento que favorece la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y unas condiciones de trabajo adecuadas, así como un mejor equilibrio entre la vida laboral y personal. Las empresas también pueden beneficiarse de menores riesgos para la salud física y psicosocial de los trabajadores, mayor satisfacción laboral y una mano de obra más productiva y eficaz.

6. Derechos colectivos y CDD: perspectiva de género

6.1. Perspectiva de género en los derechos de participación, según la CDD

Sobre esta materia, tanto la normativa de la UE como la interna prevén cierto nivel de participación mediante la representación legal de las personas trabajadoras. Es importante destacar que, entre sus funciones, de acuerdo con el artículo 64.3 del ET, está la de:

[...] recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres [...], así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.

Además, de acuerdo con el artículo 64.7 a) 3.º, al comité de empresa le corresponde una labor «De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres [...]».

En este sentido, debe reconocerse que la perspectiva de género en torno a la digitalización es una materia que concierne a los comités de empresa y delegados/as de personal.

Como es bien conocido, el artículo 87.3 de la LO 3/2018 impone a la empresa, con carácter previo al establecimiento de criterios de utilización de los dispositivos digitales, la participación de los y las representantes de las personas trabajadoras en su elaboración. El Tribunal Supremo ha expresado sobre este mandado que se extiende no solo al establecimiento de aquellos, sino también a su modificación y actualización³⁴.

Por su parte, el Reglamento (UE) 2024/1689, en su considerando 92, hace referencia a la obligación de la empresa de informar y consultar a las personas trabajadoras o a sus representantes sobre la decisión de poner en servicio o utilizar sistemas de IA. Y añade que:

[...]. Se debe velar por que se informe a los trabajadores y a sus representantes sobre el despliegue previsto de sistemas de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo incluso aunque no se cumplan las condiciones de las citadas obligaciones de información o de información y consulta previstas en otros instrumentos jurídicos. Además, este derecho de información es accesorio y necesario para el objetivo de protección de los derechos fundamentales que subyace al presente Reglamento. Por consiguiente, debe establecerse en el presente Reglamento un requisito de información a tal efecto, sin que dicho requisito afecte a ningún derecho vigente de los trabajadores.

Por lo tanto, los derechos informativos que reconoce son sin perjuicio de los que contienen las directivas de política social y, en particular, la Directiva 2002/14/CE.

Coherentemente, el artículo 26.7 del propio Reglamento (UE) 2024/1689, en relación con las obligaciones de los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo, establece que:

³⁴ STS de 6 de febrero de 2024 (rec. 263/2022).

Antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo. Esta información se facilitará, cuando proceda, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho de la Unión y nacional y conforme a las prácticas en materia de información a los trabajadores y sus representantes.

En ese sentido, en cuanto a la gestión de la IA de alto riesgo, el reglamento de la UE toma partido por favorecer la información como derecho de participación más débil, pero fundamental para una adecuada aplicación y despliegue de sus mandatos.

En cuanto al teletrabajo y al trabajo a distancia, la Ley 10/2021 simplemente tiende a asegurar la comunicación entre las personas trabajadoras y sus representantes legales y su participación en las actividades convocados por estos y, en particular, en los procesos electivos –art. 19.2 y 3–. Más en particular, impone la información a los o las representantes legales sobre la seguridad de la información –art. 7 k– que quienes trabajen a distancia deben cumplir –art. 20.2–. No hay, en consecuencia, ninguna norma específica adicional, ni el artículo 64 del ET hace referencia a información diferenciada en torno al trabajo a distancia, más allá de la prevista en el apartado 2 c) sobre modalidades y tipos de contrato, donde difícilmente encaja esta forma de trabajar. No hay, en este sentido, un desarrollo suficiente de los derechos de información y consulta aplicables a la misma.

Mucha mayor importancia tiene el inciso 4 d) del propio artículo 64 del ET, incluido con ocasión de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, y conforme al que el comité debe:

d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Se trata de un precepto que, aparte de su interés intrínseco acerca de la configuración de los sistemas de decisiones automatizadas que incidan en las condiciones de trabajo, con particular hincapié en la elaboración de perfiles, ha servido de orientación a la vigente Directiva (UE) 2024/2831, también en cuanto a los derechos de participación.

En efecto, esta directiva, en su considerando segundo, ya alude al artículo 31 de la CDFUE, que protege el derecho de las personas trabajadoras a la información y consulta en la empresa, y en su considerando 10 a la Directiva 2002/14/CE. Por su parte, el considerando 23 apela a que «los empleadores y los representantes de los trabajadores trabajen con espíritu de cooperación teniendo debidamente en cuenta sus derechos y obligaciones recíprocos, tomando en consideración los intereses tanto de la empresa o del establecimiento como de los trabajadores». Por su parte, en un ámbito de reflexiones diferente, el

considerando 40 expresa que las plataformas digitales no deben tratar datos personales que puedan predecir el ejercicio, entre otros, de los derechos de información y consulta. Además, identificando claramente la finalidad de la norma, el considerando 43 expresa que «la presente Directiva establece normas más específicas sobre la consulta de las personas que realizan trabajo en plataformas y de sus representantes en el contexto de las evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos». En efecto, la información y la consulta son esenciales para producir un diálogo social eficaz. Y, vista la complejidad técnica de los sistemas de gestión algorítmica, la información debe proporcionarse a su debido tiempo a fin de que los representantes de los trabajadores de plataformas puedan prepararse para la consulta, con la asistencia de un experto elegido por los trabajadores de plataformas o por sus representantes de manera concertada cuando sea necesario (considerando 52).

En otro orden de ideas, el considerando 55 aclara que las obligaciones de las plataformas digitales de trabajo, incluidas aquellas en materia de información y consulta en lo que respecta a los sistemas automatizados de seguimiento y a los sistemas automatizados de toma de decisiones, se aplican con independencia de que dichos sistemas se gestionen por la propia plataforma digital de trabajo o por un proveedor de servicios externo que realice el tratamiento de datos en nombre de la plataforma digital de trabajo.

Todas estas declaraciones programáticas se reciben en el articulado de la directiva. Por evitar redundancias innecesarias, baste con expresar, por un lado, que se formula un recordatorio en el artículo 12.2 en cuanto a los mecanismos de información y consulta en materia de seguridad y salud en el trabajo, con remisión expresa a la Directiva marco en la materia 89/391/CEE. Por otro, y sobre todo, que dedica un artículo específico, el 13, a información y consulta, con referencias expresas a las Directivas 2002/14/CE y 2009/38/CE, y en los términos anunciados en sus considerandos, con reglas específicas relativas a la asistencia de personas expertas, en particular en empresas de más de 250 personas en plantilla.

Sin duda, la Directiva de plataformas contiene una regulación modélica que puede servir de inspiración de otra más general sobre gestión algorítmica de las relaciones laborales. Es importante destacar que, en contraste con otras normas de la UE e internas, sí que formula una opción inequívoca por el desarrollo de los mecanismos de información y consulta. Sin duda, su incorporación al derecho interno debe constituir una ocasión propicia para una revisión del artículo 64, que aquilate y amplíe los derechos de participación.

Se trata de un asunto que, en principio, no tiene una relación directa con la perspectiva de género, pero sí indirecta, y de indudable trascendencia. Acaso por las fechas en que fue aprobada la Directiva 2002/14/CE, marco en cuanto a los derechos de información y consulta, en particular su artículo 4, omiten cualquier referencia a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Pero, en la medida en la que las legislaciones internas reconozcan a las representaciones legales de las personas trabajadoras derechos genéricos

y específicos sobre estos tópicos, es evidente que los mecanismos de diálogo social y de participación en la empresa han de tener muy presente la perspectiva de género. Así ha sucedido en el caso del derecho interno a partir de la LO 3/2007, de 22 de marzo.

Ello sin perjuicio de que las directivas de igualdad formulan referencias específicas a derechos de información. Por ejemplo, la Directiva 2006/54/CE, en su artículo 21.4 dispone que «a tal fin [de que las empresas fomenten la igualdad] deberá alentarse a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa». Y añade que:

Esta información podrá incluir un inventario sobre la proporción de hombres y mujeres en los diferentes niveles de la organización, los salarios y las diferencias salariales entre hombres y mujeres, así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los representantes de los trabajadores.

Sin duda, se trata de unos mandatos que deben también aplicarse desde el punto de vista del impacto de las tecnologías digitales.

Por su parte la Directiva (UE) 2023/970 es, en materia retributiva, particularmente exigente en términos de derechos de participación. Su artículo 9.6, en relación con la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras, establece que «El equipo de dirección del empleador confirmará la exactitud de la información previa consulta con los representantes de los trabajadores. Los representantes de los trabajadores tendrán acceso a las metodologías utilizadas por el empleador». Sin duda, en estos aspectos informativos y de consulta están muy concernido el tratamiento del *big data* y las decisiones automatizadas.

Pero, más en particular, ya que la transparencia y la información se elevan en esta norma a la categoría de principios rectores, la que debe transmitirse a la representación de las personas trabajadoras reviste una gran importancia. De tal modo que este derecho «débil» de participación ostenta un gran protagonismo en la directiva. Así aparece reconocido en el considerado 36 y en el 39, en este ya ligado a la función de vigilancia de la brecha retributiva que también compete a los y las representantes. En el artículo 7.3 se les confiere una labor importante a la hora de recabar información de la empresa. A su vez, el artículo 9.9 expresa el derecho de recibir información acerca de la brecha retributiva y en el apartado siguiente, de solicitar aclaraciones y pormenores adicionales.

En concreto, tiene un gran interés la evaluación retributiva conjunta que describe el considerando 43 y regula el artículo 10.1, y que merece considerarse una forma novedosa de participación en la empresa, a caballo entre la consulta y la negociación colectiva. Dicha evaluación, además, ha de estar a disposición de las personas trabajadoras y de sus representantes –art. 10.3–. También es interesante la función de cooperación con la empresa en cuanto a la corrección de las deficiencias justificativas sobre las diferencias retributivas de

género –art. 9.10–. Con respecto a los criterios objetivos y neutros en términos de género para evaluar la estructura representativa, deben ser negociados entre la empresa y los/las representantes de las personas trabajadoras –art. 4.4–. Asimismo, deben ser acordadas las razones que justifican, con base en criterios objetivos y neutros, las diferencias en los niveles retributivos medios entre hombres y mujeres –art. 10.2 d)–. Y, en caso de que sean injustificadas, deben ser corregidas en un plazo razonable «en estrecha cooperación con los representantes legales de los trabajadores» (art. 10.4).

Pero, además, se apela singularmente a los derechos de representación, en el considerando 24 y en el 48 –en este último a los efectos de actuación en los procedimientos judiciales– y a los de participación de las personas trabajadoras en los organismos de fomento de la igualdad a través de sus representantes (considerando 47).

En este entramado de importantes competencias de participación, debe hacerse específica mención al artículo 12.3, relativo a protección de datos, de indudable importancia a los efectos de estas páginas:

Los Estados miembros podrán decidir que, cuando la divulgación de información con arreglo a los artículos 7, 9 y 10 dé lugar a la divulgación, directa o indirecta, de la retribución de un trabajador identificable, solo tengan acceso a dicha información los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad. Los representantes de los trabajadores o el organismo de fomento de la igualdad asesorarán a los trabajadores acerca de la posibilidad de interponer una demanda al amparo de la presente Directiva sin revelar los niveles retributivos efectivos de cada uno de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. A los efectos de seguimiento con arreglo al artículo 29, la información estará disponible sin restricciones.

Se trata de un mandato claro, que pone de relieve cierto conflicto entre la doctrina del Tribunal Supremo español³⁵ y la directiva (Ballester Pastor, 2024).

Finalmente, conviene aludir al artículo 25, que se dirige a proteger a la representación legal de las personas trabajadoras de las amenazas de victimización y trato menos favorable.

Debe concluirse, pues, que las más recientes directivas, a caballo entre la gestión algorítmica del poder de dirección, la protección de datos y la igualdad entre hombres y mujeres,

³⁵ STS de 21 de noviembre de 2024 (rec. 218/2023). Por mucho que pretenda lo contrario el ordinal cuarto, número 4 de la fundamentación jurídica de la sentencia, la conclusión que alcanza –no deben incluirse en el registro datos que permitan la identificación personal de ningún trabajador o trabajadora– es totalmente incompatible con la Directiva (UE) 2023/970, de modo que esta doctrina judicial necesariamente debe corregirse, cuando menos a la finalización del plazo de trasposición de la directiva.

en particular en materia retributiva, insisten con mayor vigor que hace años en los derechos de participación de las personas trabajadoras a través de sus representantes. La trasposición al derecho interno debe producir, en coherencia, una mejora de esos derechos, sin perjuicio de que, entretanto, resulta exigible una interpretación proactiva por parte de los órganos judiciales y demás entidades de aplicación del derecho.

6.2. Perspectiva de género en la negociación colectiva, según la CDD

En esta materia, hay una muy amplia remisión a los convenios para que desarrollen el contenido de los derechos digitales. Como primera referencia, hay que recordar que el artículo 88 del Reglamento (UE) 2016/679 invita a los Estados a utilizar sus fuentes internas, entre ellas los convenios colectivos, para establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral. No por casualidad, las materias de igualdad y diversidad aparecen expresamente citadas entre las que pueden desarrollarse a nivel interno, ya sea a través de norma estatal o de convenio colectivo.

Recogiendo ese testigo, la LO 3/2018 abre expresamente espacio a la negociación colectiva, en su artículo 91, titulado «Derechos digitales en la negociación colectiva» y que establece que «Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral». De manera que, en términos generales, puede decirse que el espacio de los convenios en esta materia es de mejora de los mínimos legales.

En yuxtaposición con la LO 3/2018, hay que tener en cuenta ciertas reglas sobre los planes de igualdad que pueden ser convergentes. En el contenido del diagnóstico y, consecuentemente, de los propios planes de igualdad, regulado en el artículo 46 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, se enuncia la columna vertebral de las condiciones de acceso y de trabajo en la empresa, todas ellas potencialmente afectadas por las tecnologías digitales, que han de ser consideradas a lo largo del proceso de diagnóstico, negociación y aplicación de los planes. No en vano, el anexo 2.V del RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, introducido por la disposición final primera del RD 901/2020, entre el contenido de la hoja estadística de los planes de igualdad incluye expresamente la pregunta de si se han previsto en el plan medidas para garantizar el derecho a la desconexión digital, en su epígrafe 5.5.2. Además, el anexo del propio RD 901/2020, en torno a las disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico, y en el epígrafe 4 referido a las condiciones de trabajo, se alude a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión. Se trata de referencias sin duda aisladas y parciales, pero

que ponen de relieve que el impacto de la digitalización también ha de afectar de forma progresiva la elaboración, interpretación y aplicación de los planes de igualdad.

En cuanto a la regulación del teletrabajo, la Ley 10/2021 incluye importantes llamadas a la negociación colectiva, sin perjuicio de que esta pueda regular materias no remitidas expresamente. Entre las que se contienen en la ley, destacan las relativas a los contenidos del acuerdo de teletrabajo, que el artículo 7 regula «sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos». O las que afectan al tránsito entre el trabajo ordinario y el teletrabajo, o a un elenco de materias que se incluyen en el artículo 8.3 –la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la ley–. Es de mucho interés que la propia ley, en el segundo párrafo del artículo 8.3, dispone que:

En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa.

Lo cual entronca con algunos de los comentarios vertidos anteriormente en relación con el trabajo a distancia y el teletrabajo.

Asimismo, la ley remite a convenio o acuerdo colectivo la regulación del derecho al abono o compensación de gastos en que incurran las personas que trabajen a distancia –art. 12.2–. O, en relación directa con el artículo 87 de la LO 3/2018, los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia –art. 17.3–. O, en desarrollo del artículo 88 de la propia LO 3/2018, «los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso» –art. 18.2–. O un elenco de materias a las que se refiere la disposición adicional primera: la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad o la duración máxima del trabajo a distancia. También, los convenios o acuerdos colectivos:

[...] podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley 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 al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.

En definitiva, pese a la regulación más o menos completa que la Ley 10/2021 hace del trabajo a distancia, numerosos aspectos son remitidos a la negociación colectiva. Sobre todos ellos, la perspectiva de género anteriormente analizada debe proyectarse, con el importante papel que esa perspectiva les encomienda a las representaciones de ambas partes negociadoras.

En cuanto a la regulación de la IA, el Reglamento (UE) 2024/1689, de forma escueta pero suficiente, reconoce un espacio regulatorio importante a los convenios colectivos. Así lo hace en su considerando 9, y en su artículo 2.11, que expresa que los preceptos del reglamento no impiden «que fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores». Es decir, de nuevo la clásica función de mejora es la que se expresa en una norma que, pese a no ser intrínsecamente de política social, deja un espacio de actuación a la negociación colectiva.

Por su parte, la Directiva (UE) 2024/2831 también realiza importantes remisiones a la negociación colectiva. Es muy importante la mención que formula el considerando 29, en cuanto a las personas autónomas que prestan servicio a través de plataformas digitales, de la Comunicación de la Comisión, de 30 de septiembre de 2022, que contiene «directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados». A través de ella, aboga implícitamente porque estas personas puedan regular colectivamente sus condiciones de trabajo. Por otra parte, el considerando 38 recuerda la misión que el artículo 88 del Reglamento (UE) 2016/679 les reconoce a los convenios colectivos y, consecuentemente, el artículo 69 destaca el papel que han de desempeñar, siempre respetando la protección general que les corresponde a las personas que trabajan en plataformas. Esa misión de establecer reglas más favorables de las previstas se destaca en el artículo 26.2 de la directiva.

Al margen de lo cual, el precepto más relevante sobre negociación colectiva es el artículo 28, del siguiente tenor literal:

Convenios colectivos y normas específicas sobre el tratamiento de datos personales.

Los Estados miembros podrán establecer, por ley o mediante convenios colectivos, normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en lo que respecta al tratamiento de los datos personales de las personas que realizan trabajo en plataformas en virtud de los artículos 9, 10 y 11 [sistemas

automatizados de seguimiento y toma de decisiones en cuanto al trabajo en plataformas], con arreglo al artículo 26, apartado 1 [cláusula de no regresión]. Los Estados miembros podrán permitir a los interlocutores sociales mantener, negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales, que, siempre que respeten la protección general de los trabajadores de plataformas, establezcan modalidades relativas al trabajo en plataforma que puedan ser distintas de las contempladas en los artículos 12 y 13 [seguridad y salud en el trabajo y derechos de información y consulta], y, cuando confíen a los interlocutores sociales su aplicación de conformidad con el artículo 29, apartado 4, de las contempladas en el artículo 17 [información pertinente sobre trabajo en plataformas].

7. Conclusiones

- La CDD contiene una visión transversal de la no discriminación que garantiza los derechos y libertades en el entorno digital.
- La CDD presta especial atención a la igualdad entre mujeres y hombres en los entornos digitales, como un derecho que debe promoverse, en el sentido del artículo 9.2 de la Constitución, pues existe una brecha digital entre ambos sexos, que produce desigualdad y discriminación de las mujeres en el entorno digital. Aunque, en principio, no hay grandes diferencias entre hombres y mujeres en la utilización social de las herramientas digitales ni en su comportamiento ante la sociedad digital, sin embargo, se mantienen patrones sociales de conducta muy marcados.
- Particular importancia tiene el fomento de la aplicación de la perspectiva de género en los procesos de transformación digital. Se trata de una directriz de gran importancia, que afecta en particular a los procesos de reestructuración empresarial. Y una orientación diferente y, asimismo, relevante invita a la adopción de medidas específicas, para evitar sesgos de género en la utilización de datos y algoritmos.
- La discriminación digital, no es sino una reproducción corregida y aumentada de la sociedad en general, de la que arrastra todos los convencionalismos y estereotipos preexistentes. Así pues, existe brecha digital porque previamente hay discriminación por razón de género.
- La digitalización genera un escenario de riesgos multiplicados de infracciones del derecho a la no discriminación por razón de sexo. En particular, las mujeres más vulnerables, víctimas de discriminaciones interseccionales, están mucho más expuestas a actuaciones contrarias a su dignidad personal.

Referencias bibliográficas

- Álvarez del Cuvillo, A. (2021). El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 157, 167-192.
- Ballester Pastor, M. A. (4 de diciembre de 2024). La transparencia retributiva, la protección de datos y la deconstrucción de los derechos de representación en la STS de 21 de noviembre de 2024. *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.aedtss.com/la-transparencia-retributiva-la-proteccion-de-datos-y-la-deconstruccion-de-los-derechos-de-representacion-en-la-sts-de-21-de-noviembre-de-2024/>
- Brown, J. (1999). The digital divide. *Civil Rights Journal*, 4(1), 16-33.
- Cabeza Pereiro, J. (2020). La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 155, 13-40.
- Cardona Rubert, M. B. (2023). Las mujeres en la nueva Ley de Empleo. Ley 3/2023, de 28 de febrero. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 155, 21-38.
- Cardona Rubert, M. B. (2024). Europa frente al reto regulatorio del derecho a la desconexión digital. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 158, 145-164.
- Casas Baamonde, M. E. (2018). Igualdad y no discriminación por sexo y género: el lenguaje de los derechos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, 25-61.
- Chung, H. (2022). *The Flexibility Paradox. Why Flexible Working Leads to (Self-)Exploitation*. Bristol University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2c3k1n8>
- Delgado López, I. (2024). El impacto de los sistemas algorítmicos en los procesos de selección de personal. Análisis jurídico-laboral a la luz del nuevo Reglamento europeo en materia de inteligencia artificial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483, 49-82. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22257>
- Fernández Prol, F. (2023). Acuerdos en fase de consultas: análisis en clave de género. *Revista Justicia & Trabajo*, n.º extra, 89-110.
- Ginès i Fabrellas, A. (2024). Analítica de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(n.º extra), 99-130.
- Gobierno de España (2023). *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad-Ministerio de Derechos Sociales y Agencia 2030. <https://www.siiis.net/documentos/ficha/586922.pdf>
- HelpAge. (2022). *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*. https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/10/Informe-HelpAge-2022_-La-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-laboral.pdf
- James, E. (2000). *Learning to bridge the digital divide*. OECD. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2000/09/learning-to-bridge-the-digital-divide_g1gh2685/9789264187764-en.pdf

- López Ahumada, J. E. (2021). Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria. *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 11, 77-88.
- Lousada Arochena, J. F. (2007). Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional: comentario a Sentencia de 30 de julio de 2007 del Juzgado de los Social núm. 13 de Barcelona (AS 2007, 3334). *Aranzadi social*, 5, 1317-1322.
- Lousada Arochena, J. F. (2024). Inteligencia artificial y sesgos discriminatorios: ¿es necesario un nuevo concepto de discriminación algorítmica? *IgualdadES*, 11, 97-123.
- Maneiro Vázquez, Y. (2023). *Cuidadores, Igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r) evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*. Bomarzo.
- Martín Hernández, M. L. (2020). La consideración de los «trabajadores especialmente sensibles» a determinados riesgos como trabajadores discapacitados. Supuestos y consecuencias. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 66.
- Middleton, K. L. Chambers, V. (2010). Approaching digital equity: is wifi the new leveler? *Information Technology & People*, 23(1), 4-22. <http://dx.doi.org/10.1108/09593841011022528>
- Miñarro Yanini, M. (2019). El acoso discriminatorio racial o étnico: entre disciplina y prevención de un riesgo psicosocial emergente en empresas multiculturales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 781/2019, de 26 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 181-188. <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1234>
- Miñarro Yanini, M. (2021). Cambio climático y nuevas formas de empleo: el régimen del teletrabajo en clave de gestión ecológica. *Revista de Derecho Social*, 93, 57-80.
- Molero Marañón, M. L. (2021). El derecho a la desconexión digital en el marco de la Unión Europea con especial atención a la igualdad de género. *Revista de Derecho Laboral vLex*, 4, 139-157.
- Moreno Solana, A. (2023). La incorporación de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 270, 293-302.
- Noonan, M. C. y Glass, J. L. (2012). The hard truth about telecommuting. *Monthly Labor Review*, 135.
- Parry, A. (2025). The flexibility paradox and spatial-temporal dimensions of COVID-19 remote work adaptation among dual-earner mothers and fathers. *Gender, Work & Organization*, 32(1). <https://doi.org/10.1111/gwao.13130>
- Perry, S. J., Carlson, D. S., Kacmar, K. M., Wan, M. y Thompson, M. J. (2023). Interruptions in Remote Work: a Resource-based Model of Work and Family Stress. *Journal of Business and Psychology*, 38, 1023-1041. <https://doi.org/10.1007/s10869-022-09842-y>
- Ramos Quintana, M. I. (2018). Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT. *Revista de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 138, 91-114.
- Rodríguez Escanciano, S. (2024). La brecha digital de género: reflexiones en las postrimerías del primer cuarto del siglo XXI. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 7-19. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21415>

Rodríguez Fernández, M. L. (2024). Inteligencia artificial, género y trabajo. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 171, 11-39.

Romero Burillo, A. M. (2021). *El marco regulador del teletrabajo*. Atelier. <https://doi.org/10.71237/T9NLVz4E>

Travis, M. A. (2003). Telecommuting: The Escher Starway of Work/Family Conflict. *Maine Law Review*, 55(1). <https://digitalcommons.minelaw.maine.edu/mlr/vol55/iss1/12>

Jaime Cabeza Pereiro. Es un muy destacado académico a nivel estatal e internacional en el ámbito del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, autor de más de 350 publicaciones entre libros, artículos en revistas especializadas y capítulos de libro. Ha liderado un grupo académico que cuenta con varias personas acreditadas a catedráticas, titulares de universidad y otras categorías de profesorado. Ha dirigido once tesis doctorales. <https://orcid.org/0000-0001-8847-3934>

María Belén Cardona Rubert. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia. Miembro promotor del Instituto Universitario de Derechos Humanos. Universidad de Valencia. Vocal de la Comisión Nacional General de Codificación, Sección Tercera, Derecho Público. Autora de numerosas publicaciones en libros, artículos en revistas especializadas y capítulos de libro. <https://orcid.org/0000-0002-9260-6207>

Contribución de autorías. Ambas personas autoras han contribuido al 50% en la elaboración del estudio.

El principio de igualdad de oportunidades por razón de género en el ordenamiento y la jurisprudencia europea. O no es lo mismo predicar que dar trigo

Salvador Perán Quesada

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

Universidad de Málaga (España)

speran@uma.es | <https://orcid.org/0000-0002-0131-7726>

Extracto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2025 que viene a determinar como discriminatorio hacia el varón el complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas ha significado un auténtico varapalo para las medidas de acción positiva en nuestro país. El problema que se dibuja es que el reconocimiento de la igualdad de oportunidades y, consecuentemente, de las medidas que deben emplearse para conseguir la igualdad real, no tienen una construcción legal en el ordenamiento comunitario que nos determine los parámetros sobre los que deben estructurarse estas medidas. Permitir que los Estados las establezcan en sus diferentes legislaciones fuerza al Tribunal de Justicia de la Unión, ante las numerosas cuestiones prejudiciales que se le presentan, a un verdadero escrutinio, sin un marco legal en que sustentar la medida adoptada, que, por otra parte, puede contradecir el derecho a la igualdad entre las personas como valor fundamental de la Unión Europea, consagrado en los tratados y la Carta de Derechos Fundamentales. El objetivo aquí será el de delimitar jurisprudencialmente los rasgos, criterios y alcance, en atención a su finalidad, que deben atender estas medidas.

Palabras clave: discriminación; acciones positivas; políticas de igualdad; Unión Europea; igualdad de trato; igualdad de oportunidades; jurisprudencia.

Recibido: 30-06-2025 / Aceptado: 22-09-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Perán Quesada, S. (2025). El principio de igualdad de oportunidades por razón de género en el ordenamiento y la jurisprudencia europea. O no es lo mismo predicar que dar trigo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 144-173. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24691>

The principle of equal opportunities based on gender in the European legal system and jurisprudence. Or actions speak louder than words

Salvador Perán Quesada

Lecturer in Labour and Social Security Law.

University of Málaga (Spain)

speran@uma.es | <https://orcid.org/0000-0002-0131-7726>

Abstract

The ruling of the Court of Justice of the European Union of May 15, 2025, which determined that the supplement to reduce the gender gap in contributory pensions is discriminatory toward men, has been a real blow to affirmative action measures in our country. The problem is that the recognition of equal opportunities, and consequently, the measures that must be used to achieve true equality, do not have a legal framework in the European Union legal system that determines the parameters on which these measures must be structured. Allowing States to establish them in their different legislations forces the Court of Justice of the European Union, in the face of the numerous preliminary rulings submitted to it, to undertake genuine scrutiny, without a legal framework to support the adopted measure. Furthermore, this may contradict the right to equality between persons as a fundamental value of the European Union, enshrined in the Treaties and the Charter of Fundamental Rights. The objective here will be to delimit jurisprudentially the features, criteria and scope, taking into account their purpose, that these measures must address.

Keywords: discrimination; positive actions; equality policies; European Union; equal treatment; equal opportunities; jurisprudence.

Received: 30-06-2025 / Accepted: 22-09-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Perán Quesada, S. (2025). The principle of equal opportunities based on gender in the European legal system and jurisprudence. Or actions speak louder than words. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 144-173. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24691>

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Una sentencia conflictiva
 - 1.2. La legitimidad de las acciones positivas
 2. El principio de igualdad de oportunidades y las acciones positivas en el ámbito del ordenamiento europeo
 - 2.1. Los grandes tratados
 - 2.2. Directivas comunitarias y jurisprudencia del TJUE. Acciones positivas y doctrina del TJUE
 - 2.2.1. Consideraciones generales
 - 2.2.2. El principio de igualdad de oportunidades y trato igual entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación
 - 2.2.3. Maternidad de la mujer trabajadora
 - 2.2.4. Corresponsabilidad en las obligaciones de cuidado
 - 2.2.5. Igualdad de trato en materia de Seguridad Social entre hombres y mujeres. Medidas de acción positiva de igualdad de género versus discriminación directa por sexo
 - 2.3. La STJUE de 15 de mayo de 2025
 3. Reflexión general
- Referencias bibliográficas

Nota: Artículo elaborado en el marco del Grupo PAIDI SEJ-347 «Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social» y del Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 «Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva».

1. Introducción

1.1. Una sentencia conflictiva

Resulta altamente llamativa, incluso ha producido cierto revuelo en la doctrina iuslaboralista española, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 15 de mayo de 2025, en cuanto que, respondiendo a dos cuestiones prejudiciales –presentadas por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Pamplona y por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el contexto de dos litigios entre, por una parte, UV (C-623/23), padre de dos hijos, y, por otra, XXX (C-626/23), padre de tres hijos, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en relación con la negativa de reconocerles de forma incondicional y automática, como sí se hace a la mujer, el complemento de pensión establecido, como una medida de acción positiva, tendente a compensar la brecha de género en las pensiones contributivas, en el artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) española– declara la norma constitutiva de discriminación directa por razón de sexo, por lo que, en consecuencia, termina afirmando: «debe reconocerse al padre ese complemento con arreglo a los requisitos aplicables a las madres».

Se trata de la segunda intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la misma norma y con igual resultado. Así la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) ya había declarado que la norma del artículo 60 de la LGSS contenía una discriminación directa por razón de sexo, al establecer tal beneficio únicamente para la mujer que hubiese tenido al menos dos hijas/hijos biológicos o adoptados –como medida, ya se ha dicho, de acción positiva tendente a compensar la brecha de género en las pensiones contributivas (Perán Quesada, 2018)–.

En consecuencia, el poder legislador español, modificó el artículo 60 de la LGSS, extendiendo el mismo beneficio al hombre que se encontrase en igual circunstancia, pero, imponiéndole a este la obligación de demostrar que, realmente, el cuidado de los hijos/as había afectado directamente a su carrera profesional –debiendo acreditar ciento noventa días no cotizados en un periodo relacionado con el nacimiento de los hijos/as y hasta su tercer año de vida–. Requisitos que ahora vuelve el tribunal europeo a considerar discriminatorios por sexo, reafirmando con ello la preocupante doctrina de que las acciones positivas contradicen el derecho a la igualdad formal y que, en cuanto dirigidas a la mujer, están dando lugar al trato discriminatorio del varón.

No se trata ahora de comentar la sentencia, que también, sino, de forma mas general, de reflexionar sobre cómo el TJUE contempla la virtualidad de las acciones positivas pre-

vistas en las legislaciones de los Estados miembros, cuya posibilidad está blindada por el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Y cómo, en consecuencia, se ha ido generando una doctrina específica en función de la materia sobre la que versa la acción positiva, y, en donde, en general prima la protección de la igualdad formal –de carácter individual–, frente a la igualdad de oportunidades –de carácter colectivo– con menosprecio de la finalidad correctora que aquellas persiguen.

1.2. La legitimad de las acciones positivas

La configuración jurídica del principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución combina tres elementos necesarios y complementarios que le dan carta de naturaleza. Por una parte, el principio de igualdad formal ante la ley y el principio de no discriminación por una serie de razones, que a continuación enumera en cláusula abierta, y, por otra, el principio de igualdad material –o real y efectiva– definido como fin último de la acción de los poderes públicos, sobre los que recae la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. De modo coherente, el Tribunal Constitucional conectó el artículo 14 de la Constitución española (CE) «como derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y desigualdades discriminatorias entre aquellos» –Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 75/1983–, con el artículo 9.2 de la CE, en cuanto a la obligación de los poderes públicos de «promover la igualdad sustancial removiendo los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del mismo» –STC 177/1988–, entendiendo su plena finalidad –STC 19/1989–:

[...] la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. [...]

La articulación de estos principios se fundamenta en una idea dinámica del principio de igualdad (Perán Quesada, 2014), que rechaza los tratos desiguales de naturaleza arbitraria, pero que toma en consideración aquellas normas sociales, comportamientos históricos o desigualdades sociales que fundamentan una distinta valoración social del papel atribuido a la mujer y que, en consecuencia, han determinado su posición secundaria, inferior, subordinada respecto al hombre en todos los aspectos de la vida pública y económica. Esa situación de desigualdad, garantizada históricamente por las propias legislaciones nacionales, hizo surgir la cuestión de género, como cuestión social que demandaba una sociedad más justa basada en el reconocimiento y el respeto a la dignidad de la persona. Es por ello, que,

desde finales del siglo XX en Europa¹, y desde el impulso de los organismos internacionales y europeos, surja un nuevo modelo de política, desde el convencimiento de que, la forma de abordar con eficacia el establecimiento de una sociedad realmente igualitaria, requiere que cambie la perspectiva hasta el momento presente en los instrumentos normativos.

Lo importante no es garantizar la misma posición de partida, o al menos exclusivamente, porque ello se ha demostrado insuficiente para llegar a la igualdad efectiva. Una verdadera política igualitaria debe promover la igualdad, compensar la discriminación histórica padecida y erradicar la discriminación institucional. En este sentido la adopción de la perspectiva de género amplía considerablemente los ámbitos en los que se manifiesta la discriminación y sobre los que se debe actuar. Y es que, aplicar la perspectiva de género supone rechazar el reparto social construido a partir de la pertenencia a un sexo, y determinante de valores y actividades que se presumen diferenciados para mujeres y hombres. Por ello, aplicar la perspectiva de género supone reconocer que la situación legalmente perpetuada de minusvaloración social de la mujer respecto al hombre debe equilibrarse a través de otros mecanismos diferentes a la declaración formal de igualdad entre los sexos, es decir, mediante las acciones positivas o de acción afirmativa (Quesada Segura, 1991), identificadas como la manifestación más clara del principio de Igualdad de oportunidades «en cuanto son medidas jurídicas dirigidas a la consecución de la igualdad real de grupos minusvalorados socialmente mediante la modificación de situaciones social y tradicionalmente aceptadas» (Monereo Pérez, 1995).

Medidas que fueron integradas normativamente a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 11.1 estableciendo que:

Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

Definidas las acciones positivas por su capacidad de corregir las desigualdades de hecho, es decir, por su capacidad de remover los obstáculos que dificultan la igualdad real, su diversidad puede ser infinita, de esta forma se caracterizan no por el tipo de medidas sino por el objetivo final que persiguen (Quesada Segura, 1994). En este ámbito, la perspectiva de género debe tender a superar los términos en los que tradicionalmente ha estado anclada la relación entre igualdad y especificidad entre los sexos en las condiciones de trabajo, porque el objetivo perseguido no es la garantía-promoción de situaciones jurídicas o

¹ En este sentido ver Garofalo (2002).

de hecho idénticas, sino la creación de condiciones tales que permitan a los sujetos en sí diferentes la plena expresión de su potencialidad –referida al trabajo– y, de forma más general, el desarrollo de su personalidad (Ballestrero, 1990, p. 26).

La brecha de género en las pensiones pone de manifiesto el intolerable alcance de las desigualdades en función del sexo existentes en nuestro mercado de trabajo y en nuestra sociedad, y representa el mayor de los fracasos de los poderes públicos en el cumplimiento del mandato impuesto en el artículo 9.2 de la CE dirigido a remover los obstáculos que impiden la igualdad real y efectiva de todos los individuos y grupos sociales que componen nuestra sociedad. Corregir estas desigualdades no solo es legítimo y justo, sino que es constitucionalmente obligatorio.

2. El principio de igualdad de oportunidades y las acciones positivas en el ámbito del ordenamiento europeo

2.1. Los grandes tratados

Fue en Suecia, en los primeros años noventa, cuando surge el concepto de *mainstreaming* para referirse a la necesidad de implementar medidas de promoción de la igualdad de género que desborde aquellas de carácter formalista. Lo que obtuvo un importante respaldo internacional en la IV Conferencia de la Mujer de Naciones Unidas celebrada en Beijing en 1995, verdadero punto de inflexión de este nuevo enfoque y que culmina con la aprobación de un programa de acción integrador y transversal de la igualdad entre mujeres y hombres.

En el ámbito del Consejo de Europa, la Declaración de Estrasburgo de 1997 reforzó un nuevo aspecto de la igualdad de género, como es el de la paridad, al garantizar «la importancia de una representación más equilibrada de hombres y mujeres en todos los sectores de la sociedad, incluida la vida política». El acceso de las mujeres a los ámbitos de poder económico, político e institucional se manifiesta como obligación de los poderes públicos. Estrategia que posteriormente se desarrolla en la Declaración de Viena de 2004, cuando se proclama esencial en la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres, «la reorganización, la mejora, la evolución y la evaluación de los procesos de toma de decisiones». Importante en este sentido, el Protocolo número 12 al Convenio Europeo de Roma del año 2000, ya que, junto con la declaración de la igualdad de trato –«todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho a igual protección»– y la prohibición general de discriminación –«el goce de cualquier derecho previsto por la Ley debe ser asegurado, sin discriminación alguna»–, se reconoce el principio de igualdad de oportunidades, siguiendo la fórmula utilizada en el ordenamiento de la Unión Europea, es decir, encomendando a los Estados la posibilidad de establecerlas, sin crear obligación alguna al respecto –«El principio de no discriminación no impedirá que los Estados partes tomen las medidas adecua-

das en orden a promover la igualdad efectiva, siempre que las mismas respondan a dicho fin y tengan una justificación razonable»-. En la Sexta Conferencia de Estocolmo de 2006, bajo el lema «Construyendo la igualdad de género: un objetivo para los derechos humanos y una condición para el crecimiento económico», es el género y no el sexo, el concepto sobre el que se establecen las diversas estrategias, que se considera debe estar presente en todas las acciones y en todas las políticas que se adopten en el ámbito del Consejo. Y, por citar alguna más, la séptima Conferencia de Baku de 2010, por su título altamente significativo: «Salvar la distancia entre la igualdad *de iure* y la igualdad *de facto* para alcanzar la igualdad real», en donde se abunda en las medidas que se han de adoptar desde la perspectiva de género.

En el contexto de la Unión Europea, el artículo 119, apartado 4, del Tratado de Ámsterdam de 1997 prevé que:

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

Ya antes las instituciones comunitarias habían adoptado diversas acciones en materia de igualdad de oportunidades, especialmente reseñable la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, donde se afirma que:

Las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho sí, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad.

El reconocimiento de la libertad de los ordenamientos nacionales para concretar aquellas medidas positivas que estimen necesarias para lograr la igualdad real entre mujeres y hombres, se recoge en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza de 2000, que en su artículo 23, tras establecer que la igualdad entre hombres y mujeres se garantizará «en todos los ámbitos» –lo cual permite aumentar el campo de actuación de las medidas nacionales–, señala –empleando una terminología que quiere ser neutra en contradicción con lo que significa emplear acciones de igualdad de oportunidades para la mujer– en su párrafo segundo, que «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado».

Por su parte, el TFUE (versión consolidada, de 2010), tras declarar, como uno de los fines de la Unión, la promoción «de la igualdad entre el hombre y la mujer» (art. 2), en su artículo 157 (antiguo art. 141 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) traslada el principio de igualdad en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres e introduce la posibilidad, en este ámbito, de la acción positiva:

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral [se concreta, por tanto, el ámbito de actuación posible, de forma más limitada que en el art. 23, párr. segundo, de la Carta], el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

La cuestión aquí, y este es el principal problema, es que el reconocimiento de la igualdad de oportunidades, y, consecuentemente, de las medidas que deben emplearse para conseguir la igualdad real, no tienen una construcción legal en el ordenamiento comunitario. Y es que, además es difícil que pueda construirse, salvo en atención a su finalidad –que debe ser clara– y a los criterios que puedan establecerse –como el de objetividad y proporcionalidad–. Permitir que los Estados las establezcan en sus diferentes legislaciones fuerza al TJUE, ante las numerosas cuestiones prejudiciales que se le presentan, a un verdadero escrutinio, sin un parámetro legal en que evaluar la medida adoptada, que, por otra parte, puede contradecir el derecho a la igualdad entre las personas como valor fundamental de la Unión Europea, consagrado en los tratados y la CDFUE.

En este tema, las posturas de las instituciones europeas oscilan entre la atención que dispensan por la vía del llamado *Soft Law*, que proponen estrategias diversas para combatir las desigualdades estructurales –de género, pero también por discapacidad, orientación sexual, credo religioso...– y la auténtica desconfianza con la que, generalmente, el tribunal europeo, las contempla.

2.2. Directivas comunitarias y jurisprudencia del TJUE. Acciones positivas y doctrina del TJUE

2.2.1. Consideraciones generales

Las normas sobre igualdad y no discriminación por razón de sexo en lo relacionado con el trabajo asalariado y la Seguridad Social, han sido objeto de desarrollo a través de un número importante de directivas comunitarias. De acuerdo con los derechos que contemplan, las directivas se pueden clasificar en cuatro grupos: a) las que garantizan el principio

de igualdad de oportunidades y trato igual entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación; b) las relativas a la protección de la maternidad de la mujer trabajadora; c) el permiso parental y la corresponsabilidad en las obligaciones de cuidado, y d) las que se refieren a la igualdad de trato en materia de Seguridad Social entre hombres y mujeres.

En la primera y la cuarta de estas se recoge –con mayor o menor claridad– la posibilidad de los Estados miembros de establecer medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o de establecer exclusiones para corregir desigualdades –art. 3 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre el principio de igualdad de oportunidades en materia de empleo y ocupación, y art. 7 de la Directiva 79/7/CEE, sobre el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social entre hombres y mujeres–. Con base en las mismas, los gobiernos de los Estados miembros han generado un conjunto de medidas de promoción de la igualdad real de la mujer en materia de empleo y condiciones de trabajo, así como a derechos de prestaciones de la Seguridad Social. Acciones positivas, por tanto, cuya finalidad es la de remover obstáculos que impiden que una persona, por pertenecer a un colectivo o grupo determinado pueda ser peor tratada, precisamente como consecuencia de su pertenencia al colectivo o grupo de que se trate.

No obstante, la jurisprudencia del TJUE no admite de forma fácil la acción positiva con su finalidad transformadora. Es más, mientras que cuando se trata de derechos laborales –aplicación de la Directiva 2006/54/CE– el TJUE admite la acción positiva, si bien la somete a test de idoneidad con base en criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad, cuando se trata de acciones positivas a fin de corregir desigualdades en materia de Seguridad Social – aplicación de la Directiva 79/7/CEE–, el criterio claro del TJUE es su no reconocimiento, en cuanto considera que, precisamente, a través de estas medidas, lo que se está produciendo es una discriminación directa por sexo.

En cuanto a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y de los cuidadores, en donde no existe referencia a la posibilidad de introducir acciones positivas –aunque sí podría hacerse sobre la base del art. 157.4 del TFUE y art. 23 de la CDFUE–, la postura del TJUE es, respecto a la primera, «proteger los derechos laborales de la mujer trabajadora embarazada [...] tanto de los ya adquiridos como de los nuevos a adquirir, impidiendo cualquier trato negativo que afecte a los mismos». Y respecto a la segunda, considerar, con base en la misma, que todos los derechos relativos a las obligaciones de cuidado corresponden por igual a hombres y mujeres y se protegen con igual intensidad. Por lo que se ha venido a considerar, respecto a lo que significan, más que a su definición formal, que introducir la corresponsabilidad como derechos del progenitor, supone, en última instancia, una acción positiva en beneficio de la mujer.

2.2.2. El principio de igualdad de oportunidades y trato igual entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación

La Directiva 2006/54/CE de 5 de julio, sobre el principio de igualdad de oportunidades y trato igual entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación supone la refundición en un único texto de otras dos directivas anteriores –la Directiva 76/207/ CEE y la Directiva 2002/73/CE, que modificada la anterior–. Es especialmente importante por contener las definiciones de los conceptos legales básicos de discriminación directa, discriminación indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo. Y, por referirse a la posibilidad de establecimiento de acciones positivas: «Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral».

Declaración amplia que solo alude a la finalidad de la acción positiva y que, sin embargo, ha sido matizada, mediante determinadas exigencias, por la doctrina del TJUE. Estas son las líneas principales que adopta:

- Considerar las acciones positivas como excepción y, por tanto, que está sujeta a límites o condiciones:

La normativa que garantiza la presencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado, va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva (STJUE de 15 de mayo de 1986, asunto Johnston, C-222/84).

- La excepción al principio de igualdad formal debe justificarse de forma objetiva y debe ser proporcional al objetivo que se ha de conseguir: ante el establecimiento de reglas que favorecen la promoción de la mujer en sectores en donde esta subrepresentada, la STJUE de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke, C-450/93, estableció, como requisito para la validez de una normativa nacional que otorgaba preferencia a la candidata femenina en la contratación,

el cumplir de antemano los requisitos mínimos para llevar a cabo la actividad, ya que, como señaló el Tribunal, el principio de igualdad de trato admite excepciones justificadas en razones objetivas siempre que sean proporcionadas respecto al objetivo a conseguir.

- La acción positiva exige, para su aplicación, equivalencia objetiva de currículos profesionales. En la STJUE de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, asunto Marshall,

el tribunal consideró que, para que pueda aplicarse una acción positiva, debe existir previamente una. En este caso, la preferencia de la mujer quedaba enervada cuando recaían en el candidato masculino condiciones que inclinaban la balanza a su favor. Lo que dio lugar a dos nuevos criterios:

- La acción positiva –en este caso, la reserva de una cuota a favor del empleo femenino– solo debe aplicarse en el caso de igualdad total de méritos entre los candidatos. Y, en consecuencia, no puede aplicarse de manera automática e incondicionada.

Más adelante estos presupuestos fueron reiterados y matizados por las SSTJUE de 28 de marzo de 2000, C-185/97, asunto *Badek*, en donde se exigían dos condiciones en la normativa nacional que estableció a las acciones positivas: la temporalidad de la medida y su objetividad, referida en este caso a las calificaciones equivalentes de candidatos. En la STJUE de 6 de julio de 2000, C-407/98, asunto *Abrahamsson, Anderson y Fogelqvist v. Universidad de Göteborg*, se consideró aplicable la equivalencia de calificaciones, cuando la diferencia entre los méritos de los candidatos «no resulta de tal importancia como para originar un resultado contrario a las exigencias de objetividad que debe presidir su adopción».

- Otorgar discutibles derechos al trabajador afectado por la medida de acción positiva: en la Sentencia de 21 de julio de 2011, C-104/10, asunto *Kelly*, se aceptó la petición del candidato varón –al que se le había rechazado su solicitud para cursar un máster en ciencias sociales– de revisar la documentación aportada por la candidata seleccionada, al entender el tribunal que predominaba el derecho de acceso a la información personal y confidencial de la candidata mujer en aquellos supuestos en los que fuese «la única forma de probar» la vulneración del principio de igualdad de trato. Por tanto, se garantiza la igualdad formal no solo desconociendo la finalidad que se persigue con la medida, sino, incluso, vulnerando el derecho a la protección de datos de la mujer candidata.
- Debemos considerar que, en base al derecho comunitario invocado, no es exensible el principio de igualdad entre mujeres y hombres a otras condiciones de trabajo diferentes a la retribución. En la STJUE de 25 de mayo de 1971, asunto *Defrenne*, C-80/70, ante una norma que implicaba la jubilación forzosa de las azafatas de vuelo al cumplir la edad de cuarenta años, sin que igual condición afectase al varón que realizaba el mismo trabajo, se consideró que la norma no afectaba al derecho de igualdad por sexo. En este caso no estamos ante una medida de igualdad positiva, pero sí la considero importante, en cuanto la posición tan estricta que sigue la sentencia respecto al tema objeto de tratamiento.

En resumen, de los criterios que utiliza el TJUE respecto a la acción positiva, se puede decir:

- La finalidad promocional de la acción positiva se tiene que articular de forma objetiva.
- Pese al objetivo de la acción positiva de potenciar la igualdad real de un colectivo históricamente peor tratado y por lo tanto siendo una medida de carácter general, se suele minusvalorar frente al derecho de igualdad formal, de carácter individual.
- La acción positiva no impone un derecho preferente y absoluto, sino condicionado a una valoración concreta y comparativa, y únicamente cuando los méritos fueran los mismos, surtiría su efecto promocional (Ballester Pastor, 2011).
- Las acciones positivas son, por su propia naturaleza, de carácter temporal. Quedan vinculadas a la finalidad que se ha de conseguir, de tal forma que, una vez cumplido el resultado que se pretende, dejan de tener razón de ser.
- Debe acreditarse la infrarrepresentación femenina en el correspondiente ámbito profesional.
- La acción positiva no puede impedir tener en cuenta las situaciones especiales de empleados varones.
- La acción positiva debe respetar la proporcionalidad.
- En caso de compararse méritos, el trato de favor solo debe activarse cuando existe igualdad sustancial de los mismos.

2.2.3. Maternidad de la mujer trabajadora

La Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, tiene como objetivo garantizar la protección de la salud de la madre y de la hija/hijo recién nacido. Así como el mantenimiento del empleo y de las condiciones de trabajo ante todos los episodios relacionados con el embarazo y la maternidad. Se trata de una directiva con un fuerte carácter protector. Aquí no hay medidas de acción positiva –como podrían ser las que establecieran cuotas de contratación para mujeres embarazadas, u otras similares– ni, por tanto, conflicto de intereses con los trabajadores varones. Se trata de medidas protectoras y, en este caso, la jurisprudencia del TJUE es clara y constante en su defensa. Del resumen de sus normas resulta lo siguiente.

Se califica de discriminación directa por razón de género toda acción o decisión que traiga su origen en el embarazo o la maternidad. Lo que supone su protección reforzada sin necesidad de que la persona perjudicada tenga que demostrar indicios de la existen-

cia del hecho discriminatorio (art. 14.2). Asimismo, y como reglas de garantía, se introducen las siguientes: la trabajadora en situación de maternidad tiene derecho a conservar los mismos beneficios a los que hubiera accedido si no se hubiera encontrado en dicha situación (art. 15). Igualmente, la trabajadora en dicha situación conserva el derecho a la readmisión en iguales condiciones en las que se encontraba la trabajadora cuando se produjo el permiso (art. 15).

Y como ejemplo de todo ello, algunas de las STJUE:

- La protección por embarazo comienza desde que se fecunda el ovulo. Incluso aunque todavía no se haya implantado en la trabajadora sometida a una operación de fecundación *in vitro* –STJUE de 26 de febrero de 2008, C-506/06, asunto Mayr: por lo que su despido en dicho momento es contrario a la Directiva 76/207/CEE cuya finalidad es evitar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado pueda tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada–.
- La protección por maternidad de la mujer trabajadora se extiende sea cual fuere la naturaleza de la relación laboral que le une a la persona empleadora. Así, en el caso de una mujer trabajadora embarazada con contrato temporal, la STJUE de 4 de octubre de 2001, C-438/99, asunto Jiménez Melgar, entendió que la decisión de no renovación del contrato era contraria a los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE y al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, ya que la protección por maternidad afecta tanto al contrato por tiempo indefinido como al contrato de duración determinada.

En esta misma línea, la STJUE de 3 de febrero de 2000, C-207/98, asunto Mahlburg, respecto de la negativa de una clínica universitaria dependiente del Land Mecklenburg-Vorpommern a contratar a una mujer para realizar una sustitución como enfermera, debido a que estaba embarazada y de nuevo podía dar lugar a un nuevo contrato de sustitución. Tal decisión fue considerada por el tribunal contraria a la Directiva 76/207/CEE, entendiendo que constituía una discriminación directa por razón de sexo –«dado que la negativa a la contratación por razón de embarazo solo puede aplicarse a las mujeres»–, sin que el argumento de la existencia de razones objetivas, basadas en el alcance negativo que la contratación de esta trabajadora pudiese producir en una pequeña empresa, se considerarse suficiente para justificar el trato discriminatorio.

- La situación derivada de la maternidad o el embarazo no pueden ser causa de minoración de derechos. En este sentido la STJUE de 13 de febrero de 1996, C-342/93, asunto Gillespie, declaró que la situación de suspensión por maternidad no puede suponer la pérdida de derechos que le hubieran correspondido a la mujer trabajadora de haberse mantenido en activo, por lo que los incrementos salariales que se habían producido para el resto de los compañeros deben «ne-

cesariamente» repercutir en la retribución de la trabajadora en situación de maternidad: la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

- Mantenimiento de los derechos anteriores al periodo del permiso parental: la STJUE de 22 de octubre de 2009, C-116/08, asunto Meerts, consideró contrario a la Directiva 2006/54, la regla que permitía calcular la indemnización por despido de una trabajadora, con jornada a tiempo parcial durante el permiso parental, tomando como base el salario reducido, en cuanto contraviene el artículo 2.6 de la directiva cuya finalidad no es otra que

[...] evitar la pérdida o la reducción de derechos derivados de la relación laboral que hayan sido adquiridos o estén en fase de adquisición a los que el trabajador tiene derecho cuando inicia un permiso parental, así como a garantizar que, cuando finalice dicho permiso, el trabajador se encuentre, respecto a sus derechos, en la misma situación que se hallaba antes del citado permiso, [por lo que considera, por lo demás, comprendidos dentro de dicha expresión] la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario en la fecha de inicio del permiso parental.

- Se garantizan los derechos laborales no disfrutados por estar de baja con ocasión de la maternidad. La STJUE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, asunto Merino Gómez, reconoce a la trabajadora, que no ha disfrutado del periodo de vacaciones anuales (aún en el supuesto de venir fijado con carácter general por un convenio colectivo) por coincidir con el periodo de suspensión por maternidad, el derecho a su disfrute acumulado a aquel, lo que prolonga el tiempo de cuidado del menor. Respecto, incluso de derechos aún no adquiridos, la STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/04, asunto Sarkatzis/Herrero, reconoció el derecho de la trabajadora, en permiso por maternidad, a que se le computase el tiempo de antigüedad desde el momento en el que hubiera podido tomar posesión de no haberse encontrado en tal situación.
- Se protege el derecho de la trabajadora a no ser perjudicada en sus condiciones de trabajo por su situación de embarazo o maternidad, incluso aunque afecten al derecho de organización del empresario. Así, la STJUE de 19 de noviembre de 1998, C-66/96, asunto Berit Hoj Pedersen, en el supuesto de una trabajadora embarazada que ocupaba un puesto de trabajo que implicaba riesgo para su salud, el tribunal consideró que se opone al derecho comunitario la norma que

reconoce al empresario la opción entre adaptar el puesto de trabajo o transferir a la trabajadora a la situación de baja médica con disminución de la retribución.

De igual forma se ha considerado contrario al derecho comunitario la negativa empresarial a reducir la duración de un permiso para el cuidado de hijos/hijas, y sustituirlo por el permiso de maternidad correspondiente a un hijo/hija posterior, alegando que se trataba de una causa no prevista en el convenio colectivo –STJUE de 20 de septiembre de 2007, C-116/06, asunto Kiiski– señalando que el embarazo

[...] modifica las relaciones en el seno de la familia y que los riesgos que conlleva, tanto para la madre como para el feto, afectan a la disponibilidad de la interesada y a la posibilidad de ocuparse de un hijo en el ámbito del permiso para el cuidado de hijos [...]

recogiendo de esta forma la interpretación reiterada que la jurisprudencia comunitaria había realizado a la luz de la Directiva 92/85/CEE.

- La situación derivada de la maternidad o el embarazo no puede ser causa de despido. La protección de la maternidad, entendiéndola como discriminación directa los actos, las reglas o las decisiones que afecten a la trabajadora embarazada o que haya dado a luz recientemente, impide la posibilidad de despido por esta causa. Así se ha considerado en el supuesto de un despido fundado en la incapacidad de la trabajadora embarazada para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo –STJUE de 14 de julio de 1994, C-32/96, asunto Webb–.
- Ni pueden afectar negativamente a la mujer embarazada. Se extiende, por tanto, la protección otorgada por el derecho comunitario más allá de la prohibición del despido como «aquellos actos preparatorios del mismo que se manifiestan en la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada debido al embarazo o al nacimiento de un hijo», salvo que concurren causas justificadas –STJUE de 11 de octubre de 2007 C-460/06, asunto Paquay–.
- Se garantiza el derecho a la incorporación al puesto de trabajo una vez terminados los permisos relacionados con el embarazo, la maternidad o la conciliación. La STJUE de 27 de febrero de 2003, C-320/2001, asunto Busch, consideró que la negativa del empresario a reincorporar a su puesto de trabajo a una mujer en permiso por cuidado de hijo, al enterarse que estaba embarazada, vulnera la Directiva 76/207/CEE, sin que exista la obligación de la trabajadora, al solicitar su reingreso, de informar al empresario de su estado, ni siquiera para dar cumplimiento a determinadas prohibiciones legales de trabajo que no le permitían ejercer algunas de sus funciones.

No obstante, se mantienen ciertos límites en el derecho de protección:

- La protección por embarazo no se extiende al mantenimiento de los derechos económicos ligados al puesto de trabajo.

La jurisprudencia comunitaria considera que la Directiva 92/85/CEE no garantiza el derecho a mantener los complementos salariales ligados a funciones específicas cuando por razón de embarazo no se realizan los mismos –STJUE de 19 de noviembre de 1998, C-471/08, asunto Parviainen–, en el caso de una trabajadora embarazada destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo durante y a causa de su embarazo, afirmando que ello no implica la obligación de mantener durante dicho periodo los componentes de la remuneración o los complementos que dependen del ejercicio por la trabajadora de funciones específicas en condiciones singulares y cuya finalidad es la de compensar los inconvenientes inherentes al mismo.

En igual sentido se manifiestan las Sentencias de 13 de febrero de 1996, C-342/93, asunto Gillespie, y de 30 de marzo de 2004, C-147/02, asunto Alabaster, al entender que la protección mínima exigida por el artículo 1 de la Directiva 92/85/CEE no supone el mantenimiento de la remuneración íntegra de la interesada ni el pago del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

Doctrina semejante en las SSTJUE de 27 de octubre de 1998, C-411/96, asunto Boyle, y de 1 de julio de 2010, C-194/08, asunto Gassmayr, en donde se afirma que la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece para la trabajadora embarazada, dispensada provisionalmente de trabajar por causa de su embarazo o para la trabajadora que disfruta del permiso de maternidad, el derecho a una remuneración equivalente al salario medio que viniera percibiendo anteriormente, con exclusión del complemento específico que implicaba la disponibilidad en el lugar de trabajo.

En síntesis, lo que la jurisprudencia comunitaria prohíbe en esta materia es el no reconocimiento de los derechos económicos que disfrutaban el resto de las personas trabajadoras –asunto Alabaster, ya citado, respecto a un aumento salarial en general, o STJUE de 21 de octubre de 1999, C-333/97, asunto Lewen, sobre una gratificación en Navidad–, protección que no alcanza, sin embargo, a aquellos otros complementos salariales que, aunque son salario en el sentido del derecho comunitario, por el hecho de estar unidos a la realización de funciones o al desempeño de un puesto de trabajo, exigen para su devengo su efectivo cumplimiento.

2.2.4. Corresponsabilidad en las obligaciones de cuidado

La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y de los cuidadores –por la que se deroga la anterior Directiva 2010/18/EU, de 8 de marzo– declara como finalidad:

[...] lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional.

Y, en consecuencia, establece como derechos individuales: el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores.

Surge de este modo un nuevo planteamiento a la luz de una acción positiva en beneficio de la mujer, pero como consecuencia de beneficiar a los hombres en primera instancia para acabar beneficiando a las mujeres como colectivo (Ballester Pastor, 2012). En esta nueva fase, la protección de los permisos paternos pasa a reconocerse con igual intensidad que los establecidos para la maternidad. De lo que era un reconocimiento de derechos unidos a la maternidad de la mujer trabajadora, pasa a convertirse en un reconocimiento de derechos ligados a la filiación, la convivencia y la familia.

Lo cual no es nuevo, ya el TJUE aplicando la Directiva 93/34 CE, de 9 de junio, había llegado a conclusiones semejantes:

- Derechos del trabajador relacionados con la paternidad. En la STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09, asunto Roca Álvarez, sobre la norma del derecho laboral español que reconocía la titularidad del permiso por lactancia a la madre y de forma secundaria y condicionada al padre –solamente si ambos trabajan– el tribunal comunitario justificó su decisión –reconociendo el derecho del padre–, argumentando que una norma, dirigida únicamente a favor de la mujer, suponía una discriminación por género «ya que la promoción del disfrute femenino de este permiso produce un efecto adverso en los derechos laborales de la mujer y contradice el concepto de corresponsabilidad que debe estar ligado a la igualdad efectiva», pero no bajo el marco normativo de las directivas reguladoras de permisos parentales sino que se «erigía directamente sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo» (Ballester Pastor, 2024, p. 18).

En igual sentido pero sobre materia diferente, la STJUE de 22 abril 2010, C-486/08, asunto Zentralbetriebsrat, reconoció el derecho de un trabajador a disfrutar de las vacaciones correspondientes a un tiempo de trabajo realizado con anterioridad al disfrute del permiso parental, argumentando la sentencia, con especial énfasis, que el derecho al permiso parental se reconoce de forma absoluta e incondicionada, lo que supone que no puede implicar la pérdida de ningún derecho, ni siquiera el de las vacaciones correspondientes a un periodo de trabajo remoto en el tiempo, y para justificar este razonamiento traslada aquí el tribunal, la misma doctrina que aplicó anteriormente en el asunto Merino Gómez –trabajadora cuyo permiso por maternidad coincide con el de las vacaciones anuales–.

Así como en la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, RE/Praxair MRC SAS, en cuanto considera que:

El artículo 157 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como la controvertida en el litigio principal, que establece que, cuando se despide a un trabajador contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras disfruta de un permiso parental a tiempo parcial, la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación se fijará, al menos parcialmente, sobre la base de la retribución, de menor importe, que percibe cuando el despido tiene lugar, en una situación en la que un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres deciden disfrutar de un permiso parental a tiempo parcial y cuando la diferencia de trato que de ello resulta no puede explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

- Discriminación directa por estar excluido de subvenciones específicas: en STJUE de 19 de marzo de 2002, C-476/99, asunto Lommers, el tribunal comunitario reconoció al padre que «asumía él solo el cuidado de sus hijos», las mismas ventajas en acceso a guarderías subvencionadas otorgadas a favor de las mujeres como medida de acción positiva.

En síntesis, el enfoque neutro y simétrico de las políticas de conciliación está dando lugar «a una jurisprudencia del TJUE sobre acciones positivas donde los criterios de igualdad formal acaban favoreciendo los derechos de los hombres como sujetos discriminados o excluidos de un particular beneficio» (Pumar Beltrán, 2022). Así pues, y de forma significativa, y desde hace ya unos años, la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario, al equiparar el permiso de paternidad al de maternidad en todas las reglas previstas para conseguir que el hecho biológico de la maternidad no afectase de forma negativa a las condiciones de trabajo de la mujer, desde la óptica de la igualdad real entre mujeres y hombres, está alterando la finalidad de las reglas legales, y con ello entendiendo que las medidas de acción positiva, en cuanto dirigidas únicamente a las mujeres, dan lugar a una discriminación directa del hombre.

2.2.5. Igualdad de trato en materia de Seguridad Social entre hombres y mujeres. Medidas de acción positiva de igualdad de género versus discriminación directa por sexo

La Directiva 79/7/CEE, sobre el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social entre hombres y mujeres, en su artículo 7, apartado b), establece la posibilidad de que los Estados puedan excluir de su ámbito de aplicación «las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos».

Parece ser esta una cuestión objeto de particular atención en la política europea. La Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2017, sobre la necesidad de una estrategia de género en materia de pensiones (2018/C 331/08. DOCE, 18-9-2018) con la finalidad de terminar con la brecha de género en las pensiones en el ámbito de la Unión Europea, y tras constatar que en la mayoría de los Estados miembros las mujeres conforman el grupo más numeroso en las escalas inferiores de las pensiones encarga a «la Comisión Europea que, en estrecha cooperación con los Estados miembros, elabore una estrategia multidimensional para poner fin a la brecha de género en las pensiones en la Unión Europea» (Monereo Pérez y López Insua, 2025).

Pero, como ya se ha dicho anteriormente, una cosa son las estrategias europeas que se establecen y sirven de inspiración y diseño de las políticas nacionales de los Estados miembros y otra la aplicación que el Tribunal Europeo hace del derecho de la Unión y su primacía sobre los ordenamientos de los Estados miembros.

En consecuencia, la STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar, sobre el establecimiento de una pensión profesional –no de Seguridad Social– en beneficio exclusivo de las funcionarias con hijos, al considerarse que las mujeres están más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos ya que, en general, asumen esta tarea, se dice que una disposición como el artículo L. 12, letra b), del *Code des pensions civiles et militaires de retraite* vulnera el principio de igualdad de retribución –del varón– en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios que pueden probar haber asumido el cuidado de sus hijos, y, en consecuencia se trata de «una discriminación directa por razón de sexo».

En igual sentido, la STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13, asunto Leone, al considerar que constituía una discriminación por razón de sexo, las ventajas en el cálculo de la pensión de jubilación, que beneficiaban esencialmente a las funcionarias, ya que, los criterios para acceder a los mismos suponían una mayor dificultad en el caso de los hombres. Así como en el asunto C-450/18, *WA vs. Spain*, Instituto Nacional de la Seguridad Social, la STJUE de 12 de diciembre de 2019, sobre la regla del artículo 60 de la LGSS, que establecía un complemento en la pensión contributiva, únicamente a favor de las mujeres que hubiesen tenido una o más hijas/hijos biológicos o por adopción, al considerar que

La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal [...] ya que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión,

sin que, el llamado «complemento por contribución demográfica», se dirija a proteger realmente la maternidad, por lo que queda fuera del artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, así como del artículo 7.1 de la misma.

Rechaza igualmente la sentencia que en este caso pueda aplicarse la regla del artículo 157 del TFUE en cuanto un complemento en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión no puede compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad por razón de sexo en la vida profesional. Y con base en esta argumentación considera que el complemento establecido en la norma española debe aplicarse igualmente a los trabajadores que se hallen en igual circunstancia personal, en el momento de su jubilación, pues, en caso contrario se consideraría la medida como discriminación directa por sexo.

Como se ha afirmado:

A lo que en verdad se opone el TJUE es a una medida como la del artículo 60 de la LGSS que actúa con acciones de «brocha gorda», descuidando tanto los imperativos de eficacia social de la medida como los de conformidad con el Derecho de la UE, en especial el principio de proporcionalidad «[...] que exige que las excepciones se mantengan dentro de los límites de lo apropiado y necesario para lograr el objetivo perseguido [...]» (Molina Navarrete, 2019).

2.3. La STJUE de 15 de mayo de 2025

Y con esto llegamos a la STJUE de 15 de mayo de 2025 con la que se inicia este comentario, en donde, una vez más, es el artículo 60 de la LGSS –ya modificado tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019– el que da lugar a este nuevo pronunciamiento. O, mejor dicho, a dos, porque la sentencia resuelve en los asuntos acumulados C-623/23 (Melbán) y C-626/23 (Sergamo), respondiendo a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 del TFUE, por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Pamplona y por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En ambos casos la cuestión prejudicial se refiere a que, si bien la norma española reconoce también para los hombres el complemento de pensiones, exige solo para estos el cumplimiento de determinados requisitos adicionales relativos a demostrar que sus carreras profesionales se han interrumpido o se han visto afectadas con ocasión de nacimiento o de adopción de hijos/hijas. El INSS, por su parte, defiende que la finalidad del artículo 60 de la LGSS es compensar la brecha de género en las pensiones contributivas. Y, en consecuencia, reconociendo el mismo derecho a los hombres, pero basándose en la finalidad perseguida les exige, solo, a estos, los requisitos adicionales.

Pero como ya se sabe, el tribunal consideró que exigir tales requisitos adicionales únicamente a los hombres supone una discriminación directa por razón de sexo, por lo que «debe reconocerse al padre ese complemento con arreglo a los requisitos aplicables a las madres». Conviene, por tanto, reflexionar sobre las razones en las que se basa la sentencia, si bien, en muchos casos, con argumentos pobres y remisiones constantes a la anterior Sentencia de 19 de diciembre de 2019:

1.º El hecho controvertido no puede incluirse en la exclusión contenida en el artículo 7.1, apartado b), de la Directiva 79/7/CEE, sobre el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social entre hombres y mujeres.

Y lo que dice el artículo 7.1, apartado b), es lo siguiente:

1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

[...]

b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

Se trata, pues, de una norma que posibilita la acción positiva para las personas que se han ocupado del cuidado de los hijos —«han educado hijos», «han interrumpido los períodos de empleo por la educación de los hijos»—. Y la pregunta es ahora: sobre la base del apartado b) del artículo 7.1 de la Directiva 79/7 ¿es posible entender no contraria a la directiva una norma estatal que, para compensar la brecha de género en las pensiones, no imponga la obligación de cumplir los mismos requisitos a las mujeres que los exigidos para los hombres? ¿Supone ello una discriminación directa por sexo? ¿Debe extenderse la obligación de cumplir iguales requisitos a la mujer?, o, finalmente, ¿debe reconocerse el complemento de pensiones a los trabajadores que tengan uno o más hijos/hijas sin distinción por sexo?

La sentencia no entra en disquisiciones, sencillamente declara que el artículo 7.1, letra b) de la Directiva 79/7, no puede aplicarse a tal complemento de pensión.

2.º La medida establecida no constituye una acción positiva.

Esta es la principal cuestión: si la disposición del artículo 60 de la LGSS es una medida de acción positiva por género. Y no lo es, en opinión del tribunal —desdeñando el argumento del INSS en cuanto a que la misma «permite complementar esas otras medidas compensando las desventajas que las mujeres han sufrido en sus carreras profesionales debido a

la educación de sus hijos y que se proyectan, al final de sus carreras, en sus pensiones de jubilación»– con el argumento de que la norma española únicamente

se limita a conceder a las mujeres un complemento de pensión en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin remediar los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional, en tanto en cuanto no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres, ayudándolas en sus carreras, y garantizar en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

Justificando, a continuación, el tribunal que ni el artículo 157 del TFUE, apartado 4, puede aplicarse a una norma nacional, como es el artículo 60 de la LGSS, ni puede quedar justificado en virtud del artículo 23 de la CDFUE. Como se ha puesto de relieve esta sentencia,

que se caracteriza por una extrema pereza argumental y las incoherencias en su razonar, supone una posición muy cerrada ante las acciones positivas sexuadas directas o normativas en materia de reducción de la brecha de género en pensiones, que debe movilizar reformas legales, a nivel europeo y nacional (Molina Navarrete, 2025).

3.º Respecto a la inclusión de la regla del artículo 60 de la LGSS en el ámbito de protección del artículo 157.4 del TFUE y 23 de la CDFUE.

Dice el párrafo primero del artículo 23 de la CDFUE: «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución». La declaración es pues universal «en todos los ámbitos», lo que, sin duda, incluye el derecho a una pensión contributiva más justa que compense el tiempo que, debido a la generalización de los estándares aplicados al género femenino –su obligación de cuidados durante los primeros años de la vida de sus hijos/as–, no ha podido cotizar o ha cotizado por un tiempo parcial lo que posteriormente ha dado lugar a una menor pensión contributiva.

El párrafo segundo del artículo 23 de la CDFUE señala: «El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado». De nuevo una declaración general y, por tanto, de carácter universal que no establece ámbitos de acción concretos –trabajo, empleo, prestaciones públicas o pensiones...– sino exclusivamente lo que dice: «ventajas concretas» –como en este caso: equilibrar la pensión que hubiese recibido en caso de completar su carrera de seguro– «a favor del sexo menos representado» –ya que existe una clara brecha de género en las pensiones contributivas, por el hecho evidente de haber asumido de forma generalizada la mujer trabajadora el cuidado de sus hijos/hijas de corta edad–.

Por su parte, el artículo 157.4 del TFUE (versión consolidada, 2010) señala:

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral [aquí concretan el ámbito de actuación posible, de forma más limitada que en el art. 23, párr. segundo, de la Carta], el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Aquí conviene resaltar dos frases: «Medidas que ofrezcan ventajas concretas al sexo menos representado» –lo que indica que la medida está limitada a un colectivo determinado sin que ello suponga vulneración del derecho de igualdad–, y que las medidas pueden ir dirigidas tanto a «facilitar el ejercicio de actividades profesionales» como a «compensar desventajas en sus carreras profesionales», precisamente esa es la finalidad que la medida de acción positiva del artículo 60 de la LGSS establece: compensar la desventaja que le ha producido en su carrera profesional los diferentes periodos que han reducido la misma en beneficio de atender a los cuidados de sus hijos menores.

4.º Respecto a la naturaleza de la regla del artículo 60 de la LGSS y su posible consideración como medida de acción positiva por género.

Como se dijo anteriormente, la diversidad de las acciones positivas impide su enunciación por lo que se definen en función del objetivo que se ha de cumplir, es decir, por su finalidad transformadora de una realidad empecinada que se quiere cambiar a fin de lograr la equiparación real entre los sujetos en cuestión. Se dice en la sentencia: «no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres, ayudándolas en sus carreras, y garantizar en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional». Sin duda no es esta la única medida que pueda acabar con la insostenible brecha de género en los salarios y en las pensiones. Pero es una más. Y su justificación en este caso es de carácter reparador o compensador. Además, como se ha dicho:

Quando se enjuician ventajas a favor de las mujeres en la concesión de prestaciones de Seguridad Social, no basta con esgrimir el argumento de que las medidas no favorecen la igualdad de oportunidades. Cuando se trata de pensiones, ya sean de jubilación o invalidez, emergen otras finalidades igualmente legítimas, como es la redistribución de rentas con equidad de género (Pumar Beltrán, 2022).

Por otra parte, el objetivo que se debe cumplir por la norma del artículo 60 de la LGSS parece evidente –como señala el INSS y recoge la sentencia– «el de cerrar la brecha de género en las pensiones de jubilación, que es resultado del hecho de que las mujeres han

asumido históricamente un papel principal en el cuidado de los hijos», medida que por lo demás está inserta en otras mas que procuran la corresponsabilidad de las personas progeneratoras en la conciliación de la vida familiar y profesional, lo que reafirma su naturaleza.

De esta forma, la existencia de una desigualdad estructural justificaría la medida de acción positiva tendente a su corrección. Y el método que debe emplearse debe ser el mismo que con asiduidad se emplea por el propio TJUE para probar la existencia o no de una discriminación indirecta: el método estadístico –como hace, entre otras muchas, la STJUE de 24 de febrero de 2022, asunto C-389, sobre el derecho de las empleadas del hogar a la protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial–.

Lo que, evidentemente, el tribunal no aplica en este caso, despachando el argumento de la acción positiva con una frase poco científica:

[...] en tanto en cuanto no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres, ayudándolas en sus carreras, y garantizar en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

Pues bien, acudiendo a datos estadísticos y según la encuesta de población activa (EPA), 10,15 millones de españolas estaban trabajando en el último trimestre de 2024, una cifra récord, sin duda, ya que supone que las mujeres son el 46,4 % de la fuerza laboral. Sin embargo, en 73 de los 100 sectores de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, las mujeres suponen menos de la mitad de la fuerza laboral. Son mayoría, por lo general en los sectores peor retribuidos, muchos ligados a los cuidados –empleo doméstico, los servicios sociales o las residencias–. En 16 de las 27 actividades en las que son mayoría, el salario medio mensual queda por debajo de la media.

Las profesiones feminizadas siguen siendo las peor pagadas, incluso en empleos que exigen mayor formación. Las mujeres son las que sufren más paro, más temporalidad, más precariedad y parcialidad y un mayor riesgo de pobreza. En el informe sobre la situación de la mujer en el mercado de trabajo, del Ministerio de Trabajo y Economía Social para el año 2023, se dice que el empleo a tiempo parcial lo concentran las mujeres, lo que supone, en 2023, el 73,6 % de las personas ocupadas con ese tipo de jornada. Y respecto al salario, según la EPA, en 2022 el 69 % de la población que estaba entre el primer y según decil de los salarios, son mujeres. El salario medio bruto mensual a tiempo completo entre las mujeres fue 2.267,2 euros. Entre los hombres, alcanzó los 2.398,17 euros.

De acuerdo con los datos referentes al cuarto trimestre de 2023, EPA, entre las causas de inactividad, un 15,4 % de las mujeres inactivas lo son por cuidados de niños/niñas y familiares, mientras que, entre los hombres, esta causa supone un 3,3 %. Y, respecto al número de casos de reducción de jornada por razón de cuidados de hijos/as y demás miem-

bros de la familia, el 90,8 % de los cerca de 60.000 casos lo solicitaron las mujeres, y solo el 9,2 % lo hicieron los hombres. Según datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social, en 2022, el 89 % de las excedencias por motivos de cuidado fueron solicitadas por las madres, mientras que los padres lo solicitaron el 10,7 %. Y respecto a las pensiones, según el Ministerio de Trabajo y Economía Social: la pensión media de los hombres en mayo de 2025 fue de 1.570,39 euros; en el caso de las mujeres, ascendió a la cifra de 1.078,49 euros. La pensión media de las mujeres solo supera a la de los hombres en el caso de la pensión de viudedad (de media, las mujeres recibieron 963,76 € en mayo de 2025 frente a los 640,95 € que obtuvieron los hombres). En el resto de los tipos de pensiones, los hombres reciben mayor cuantía de media.

En resumen. Frente a la consolidada negativa del TJUE a reconocer las acciones positivas en el ámbito de la Seguridad Social, se puede argumentar:

En primer lugar, el complemento de la pensión contributiva de jubilación para la mujer viene a reparar o a compensar la brecha de género en pensiones, que es resultado del hecho de que las mujeres han asumido históricamente un papel principal en los cuidados de los hijos/as, por tanto, es una medida de acción positiva avalada por el artículo 23 de la CDFUE y artículo 157, apartado 4, del TFUE.

En segundo lugar, por su propia naturaleza la acción positiva supone un trato de favor en una materia concreta, buscando beneficiar a un colectivo en peor situación de partida que el colectivo comparable, por lo que, claramente, solo beneficia a tal grupo y no al segundo. Y sin que ello pueda suponer una discriminación directa. De este modo, el juicio no debe centrarse sobre el efecto individual de la medida de acción positiva, sino en su efectividad global dirigida a reducir la desigualdad estructural a la que se enfrenta.

Y, finalmente, como viene exigiendo una ya larga jurisprudencia del propio Tribunal de la Unión, la acción positiva no supone un derecho preferente y absoluto, sino que, para evitar la tacha discriminatoria, queda condicionada al cumplimiento de determinados requisitos de objetividad y proporcionalidad.

5.º Lo que lleva a la segunda cuestión prejudicial planteada al TJUE en el asunto acumulado: C-626/23 (Sergamo).

En principio el supuesto es similar, un padre que solicita el complemento de la pensión por cuidado de hijos/hijas, por lo que la decisión adoptada para el asunto anterior es la misma en este caso: la norma del artículo 60 de la LGSS, al exigir requisitos adicionales que no se exigen a las mujeres, debe considerarse una discriminación directa por razón de sexo.

La diferencia reside en que, en este caso, la madre ya venía recibiendo dicho complemento.

A este respecto, señala el tribunal, con base en una reiterada jurisprudencia, que, una vez que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato,

el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. En ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfrutaban las personas incluidas en la otra categoría.

Es decir, en este caso, la aplicación al padre del mismo régimen que el aplicable a la madre. Y la cuestión es ahora cuál de las dos pensiones debe prevalecer ya que la norma española establece que «dicho complemento solo puede reconocerse a un progenitor». Cuestión que la misma norma resuelve a continuación: «a saber, a aquel que tenga la pensión de menor cuantía». Y como en este caso la pensión mayor era la que ya recibía la madre, el tribunal considera que debe suprimirse la misma y reconocer el derecho a tal complemento de pensión al varón. Argumentando que «tal supresión no es sino la consecuencia de la aplicación al padre de los mismos requisitos que los aplicables a las madres para el reconocimiento del complemento de pensión controvertida». Y que «lo mismo sucedería en la situación, a la que alude el órgano jurisdiccional remitente, en la que el padre percibiese la pensión de mayor cuantía y, por ende, ese complemento se reconociese solo a la madre».

De lo que se deduce una solución perfecta para introducir la acción positiva eludiendo la tacha de discriminación: establecerla a través de una norma objetiva y que, no obstante, produzca el efecto deseado, sin declarar que se trata de una acción positiva. Ejemplo de ello el elucubrar cómo va a quedar el nuevo artículo 60 de la LGSS: «El complemento por pensión corresponde a ambos progenitores que tenga uno o mas hijos, reconociendo únicamente la solicitud del progenitor que recibe la pensión de menor cuantía».

3. Reflexión general

Parece evidente que el TJUE no admite fácilmente la acción positiva de género con su finalidad transformadora. Late, en sus razonamientos, la idea de que, al admitirlas, lesionan el derecho a la igualdad de trato. O, dicho de otra forma, aceptar la acción positiva a favor de la mujer como colectivo –medida de carácter general con finalidad equiparadora– en cuanto puede suponer una discriminación del varón concreto al que le afecta, contradice la idea general de la igualdad formal y la prohibición de discriminación, que, como derechos fundamentales en los tratados de la Unión, deben defenderse.

Por ello las exigencias que se han ido generando para su aceptación responden a rigurosos criterios de objetividad y proporcionalidad. Objetividad en la finalidad promocional que persiguen; objetividad en la aplicación de la medida; objetividad en la valoración de los méritos –si es ese el caso–; objetividad que impida la imposición arbitraria de la acción positiva. Proporcionalidad en los criterios que se utilicen para su promoción; proporcionalidad en relación con el fin legítimo que se quiere conseguir, de tal forma que, el sacrificio exigido a la parte perjudicada no sea excesivo ni discriminatorio.

Y es que, para el derecho de la Unión Europea, las acciones positivas de género carecen de un reconocimiento de corte promocional, por lo que las acciones positivas emprendidas por los Estados miembros pierden autonomía y se subordinan a la compatibilidad o no con la correspondiente causa de discriminación prohibida. Prima la tutela antidiscriminatoria y las medidas de acción positiva se miran con más desconfianza que cautela (Vivero Serrano, 2025).

Respecto a las normas que contemplan los derechos ligados a la maternidad, la doctrina constante es la protección de la mujer trabajadora embarazada o lactante, en cuanto a su salud y a la garantía del mantenimiento de sus derechos laborales. Sin embargo, es aquí cuando cambia la finalidad primaria de las acciones positivas, ya no dirigidas a la mujer trabajadora como responsable primera de los cuidados de las y los menores, sino dotando a los hombres de los mismos derechos de conciliación y cuidado –y con igual intensidad de las normas protectoras–. Y ello, a fin de garantizar en último caso, los derechos de promoción y carrera de la mujer. En definitiva, y como se ha dicho, una acción positiva de género... en segundo grado.

Y, todavía más sutilmente, se llega a una nueva interpretación de las reglas antidiscriminatorias: y es que la perspectiva de género aplicada a este ámbito lleva a entender que, con base en la finalidad que se persigue, es independiente el sexo de la persona que ejerce el derecho o que lo pretende, teniendo como objetivo la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. De esta forma, la protección de los derechos del padre en el ejercicio de sus responsabilidades familiares se entiende como una garantía más del derecho antidiscriminatorio por género. Surge la duda sobre si entender como equívoca la interpretación que el tribunal europeo hace de la finalidad de las acciones positivas y del contexto en el que deben valorarse, de acuerdo con la finalidad perseguida, que no es otra que acabar con desigualdades históricas y fuertemente ancladas en una sociedad todavía basada en estereotipos de género. O, más aún, si sobre la base de la primacía que se otorga a la igualdad formal –de carácter individual–, es válida la consideración de que, imponer acciones positivas a favor de la mujer –medida de carácter general con finalidad equiparadora– supone una discriminación del varón concreto al que le afecta.

Referencias bibliográficas

- Ballester Pastor, M. A. (2011). La lucha contra la discriminación en la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 92, 207-256.
- Ballester Pastor, M. A. (2012). El principio de igualdad de trato y no discriminación. En M. Nogueira Guastavino, O. Fotinopoulou Basurko y J. M. Miranda Boto (Dirs.), *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea* (pp. 139-168). Tirant lo Blanch.
- Ballester Pastor, M. A. (2024). Trasponiendo a regañadientes la Directiva 2019/1158 de conciliación. *Revista de Derecho Social*, 108, 15-48.
- Ballestrero, M. V. (1990). Modelli di azioni positive, osservazioni sul disegno di legge n. 1818. *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 7.
- Garofalo, M. G. (2002). *Lavoro delle done e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*. Cacucci Editore.
- Monereo Pérez, J. L. (1995). La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales como derechos de «desmercantilización». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 19, 7-46.
- Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M. (2025). Mujer y Seguridad Social: Igualdad y brecha de género. En J. L. Monereo Pérez, M. N. Moreno Vida y J. A. Maldonado Molina (Dirs.), *La brecha de género en pensiones* (pp. 23-195). Laborum.
- Molina Navarrete, C. (12 de diciembre de 2019). ¿El TJUE no ama a las mujeres con brecha de género en las pensiones? Anula el vigente complemento por contribución demográfica, sí, pero no toda acción correctora de la brecha. *laboral-social.com*. <https://www.laboral-social.com/El-TJUE-en-sentencia-de-12-diciembre-2019-decide-que-no-solo-las-mujeres-tienen-derecho-al-complemento-de-pensiones-por-aportacion-demografica.html>
- Molina Navarrete, C. (2025). El Tribunal de Justicia reniega de las acciones positivas sexuadas para reducir la brecha de género en pensiones. ¿Adiós al complemento «made in Spain»? *Diario La Ley*, 10730.
- Perán Quesada, S. (2014). *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*. Aranzadi.
- Perán Quesada, S. (2018). La singular aplicación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad desde la perspectiva de género. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *Protección a la familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral. Tomo II* (pp. 347-357). Laborum.
- Pumar Beltrán, N. (2022). Acciones positivas para las mujeres en el empleo y la Seguridad Social. Apuntes de Derecho europeo. *Iustitia et Pulchritudo: Revista especializada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 3(2), 9-23.
- Quesada Segura, R. (1991). *Los principios de igualdad de trato y de oportunidades en la negociación colectiva. Estudio sobre discriminación y acciones positivas*. Instituto Andaluz de la Mujer.



Quesada Segura, R. (1994). *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria*. Instituto Andaluz de la Mujer.

Vivero Serrano, J. B. (2025). Las acciones positivas para las mujeres en materia de Seguridad Social. La asignatura pendiente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En J. L. Monereo Pérez, M. N. Moreno Vida y J. A. Maldonado Molina (Dirs.), *La brecha de género en pensiones* (pp. 225-254). Laborum.

Salvador Perán Quesada. Director del Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género de la UMA. IP del Grupo PAIDI SEJ-347 «Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social», IP Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 «Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva». <https://orcid.org/0000-0002-0131-7726>

El despido disciplinario sin la audiencia previa del Convenio núm. 158 de la OIT: ¿improcedente por un defecto formal?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 175/2025, de 5 de marzo**

Juan Bautista Vivero Serrano

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Salamanca (España)

jvivero@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-4442-3369>

Extracto

Reitera esta sentencia la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en noviembre de 2024, según la cual la audiencia previa al despido disciplinario garantizada por el artículo 7 del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) solo es exigible desde noviembre de 2024. No aclara esta sentencia las consecuencias del incumplimiento empresarial de esa garantía formal. En este comentario se defiende la calificación de despido improcedente en base a la analogía *iuris*.

Palabras clave: despido disciplinario; audiencia previa; despido improcedente; Convenio núm. 158 OIT.

Recibido: 17-09-2025 / Aceptado: 17-09-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Vivero Serrano, J. B. (2025). El despido disciplinario sin la audiencia previa del Convenio núm. 158 de la OIT: ¿improcedente por un defecto formal? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 175/2025, de 5 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 174-183. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24801>

Disciplinary dismissal without an opportunity to defend oneself under ILO Convention No. 158: unfair due to a formal defect?

Commentary on Supreme Court Ruling 175/2025, of 5 March

Juan Bautista Vivero Serrano

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Salamanca (Spain)

jvivero@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-4442-3369>

Abstract

This ruling reiterates the doctrine established by the Supreme Court in November 2024, according to which the opportunity to defend oneself prior to disciplinary dismissal guaranteed by Article 7 of ILO Convention No. 158 is only enforceable from November 2024 onwards. This ruling does not clarify the consequences of an employer non-compliance with this formal guarantee. In this paper the unfair dismissal is defended on the basis of analogy *iuris*.

Keywords: disciplinary dismissal; opportunity to defend oneself; unfair dismissal; ILO Convention No. 158.

Received: 17-09-2025 / Accepted: 17-09-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Vivero Serrano, J. B. (2025). Disciplinary dismissal without an opportunity to defend oneself under ILO Convention No. 158: unfair due to a formal defect? Commentary on Supreme Court Ruling 175/2025, of 5 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 174-183. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24801>

1. Una «pregunta» sin respuesta específica en las normativas internacional e interna, pero con fácil «respuesta» a través de la analogía *juris*

Vaya por delante que la pregunta o asunto litigioso a la que tenía que dar respuesta o solución judicial el Tribunal Supremo (TS) sigue siendo tal, sin que, por tanto, la Sentencia del Supremo (STS) de 5 de marzo de 2025 que ahora se comenta haya podido contribuir a zanjar las dudas que los jueces y tribunales de lo social tienen, y seguirán teniendo, en torno a la calificación del despido disciplinario sin la audiencia previa del artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#).

La [sentencia comentada](#), tal y como después habrá ocasión de comprobar mejor, reitera que el requisito formal y universal (para cualesquiera personas trabajadoras asalariadas) del despido disciplinario relativo a la audiencia previa, con fundamento en el artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), solo resulta exigible a los empresarios a partir de la publicación de la capital [STS 1250/2024, del 18 de noviembre](#) (*vid. Vivero Serrano, 2024*).

Reiteración de la jurisprudencia del Alto Tribunal que conlleva que en los despidos disciplinarios anteriores a dicha publicación la falta de audiencia previa no pueda por sí sola justificar la calificación de improcedencia del despido o cualquier otra consideración jurídica onerosa para el empresario (indemnización por daños y perjuicios, por ejemplo).

En cambio, para los despidos disciplinarios sin audiencia previa ex artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#) y posteriores a la publicación de la [STS de noviembre de 2024](#) la interrogante acerca de la calificación judicial del despido por ese solo defecto formal sigue abierta. Se explican, a continuación, los términos de esta interrogante abierta, así como las soluciones judiciales hasta ahora brindadas, apostando aquí por una enérgica defensa de la aplicación analógica del [artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), con la consiguiente calificación de improcedencia del despido.

Y sigue abierta porque en la normativa de la OIT no hay una previsión específica sobre las consecuencias del incumplimiento empresarial de la garantía formal de la audiencia previa de la persona trabajadora objeto de despido disciplinario. No la hay en el artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#) y no la hay tampoco en la [Recomendación núm. 166 de la OIT](#), que en el artículo 9 solo alude al derecho a contar con la ayuda de otra persona en la defensa frente a los cargos formulados por el empresario. Y la doctrina interpretativa de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT no se ha preocupado de este asunto.

Nada extraño porque lo que le interesa a la norma internacional de la OIT es garantizar el derecho de defensa previa de la persona trabajadora objeto de despido disciplinario, dejando implícitamente la implementación de dicho derecho de defensa, así como de las consecuencias en caso de incumplimiento, a cada Estado parte. Por supuesto, eso no significa que la norma internacional que garantiza el derecho de defensa no sea *self-executing*, que lo es y así lo ha subrayado de forma incontestable el TS español en [noviembre de 2024](#). Significa que la comunidad internacional solo se ha ocupado de lo más esencial, garantizar el derecho de defensa, dejando a los países múltiples posibilidades regulatorias en torno a lo menos esencial, que no poco relevante.

Y sigue abierta la pregunta en cuestión porque la legislación española de origen interno tampoco contiene una respuesta específica. El [artículo 55.1 del ET](#) (y otros preceptos legales y reglamentarios concordantes) solo está pensando en el derecho de defensa de los representantes unitarios, de los delegados sindicales ex [artículo 10 de la Ley orgánica de libertad sindical](#) y de los trabajadores beneficiados con dicha garantía formal a través del convenio colectivo de aplicación, de manera que solo respecto de estos colectivos de trabajadores, y de otros más que por ley o por norma reglamentaria tengan reconocida la audiencia previa, tiene pleno sentido la aplicación directa del [artículo 55.4 del ET](#), y de su remisión expresa al [55.1 del ET](#), con la consiguiente calificación de improcedencia del despido por razones formales.

[Artículo 55 del ET](#) que no ha sido objeto de reforma alguna tras la importantísima [STS de 18 de noviembre de 2024](#); ni parece que a corto plazo vaya a serlo.

Así las cosas, hay una laguna en el derecho español de origen interno y de origen internacional en torno a las consecuencias del incumplimiento del derecho de defensa previa de la persona trabajadora objeto de despido disciplinario. Y para colmar esa laguna nada mejor y más clásico que acudir al remedio preceptivo de la analogía *iuris*, contemplado en el [artículo 4.1 del Código Civil](#) (CC). La identidad de razón a que se refiere el precepto del CC concurre en el presente caso de manera palmaria. La improcedencia del despido sin observación de las correspondientes exigencias formales que prescribe el [artículo 55.4 del ET](#) tiene como supuesto de hecho expresamente regulado el de las garantías formales del [artículo 55.1 del ET](#), más el de las que pudieran incorporarse por la negociación colectiva, a la que el propio [artículo 55.1](#) remite. Y el supuesto de hecho no expresamente regulado, pero con inequívoca identidad de razón, es el de la garantía formal y universal de la audiencia previa producto del artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#).

Antes de cerrar este epígrafe dando cuenta de las soluciones judiciales ofrecidas hasta la fecha por los tribunales de lo social, más o menos próximas a la que se acaba de defender enérgicamente, conviene formular una aclaración sobre la técnica judicial empleada por la mediática [STS de 18 de noviembre de 2024](#).

Aunque la citada [sentencia de noviembre de 2024](#) entienda que recurre al control difuso de convencionalidad, preceptivo según la jurisprudencia constitucional ([Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018](#)), con el desplazamiento de la norma española de origen interno, el [artículo 55.1 del ET](#), por la norma española de origen internacional, el artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), y aunque quien esto escribe así lo haya sostenido también, lo cierto es que no hay en sentido estricto control difuso de convencionalidad, sino algo mucho más sencillo, aunque menos lustroso y menos de moda.

Simple y llanamente, lo que el Alto Tribunal hace es aplicar directamente una norma internacional *self-executing* incorporada al derecho español, el citado artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), sin necesidad de desplazar o inaplicar en el caso concreto ninguna norma española de origen interno. Y es que los supuestos de hecho de las normas en liza no son coincidentes y, por tanto, no hay control difuso de convencionalidad que valga. Y no son coincidentes porque la norma española de origen interno, el [artículo 55.1 del ET](#), solo regula la garantía formal de los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores y además con un nivel de exigencia mayor que el de la norma internacional, pues no hay excepción que valga a la que pueda acogerse el empresario, al tiempo que el expediente contradictorio supone un derecho de defensa previa cualificado. En cambio, la norma internacional de la OIT tiene un ámbito subjetivo universal y se proyecta sobre cualesquiera personas trabajadoras, regulando un supuesto de hecho que en el derecho español de origen interno está huérfano de regulación, a expensas de lo que sectorial o empresarialmente pudiera deparar la autonomía colectiva.

Aplicación directa de la norma internacional *self-executing* incorporada al derecho español y sin necesidad de norma española alguna de signo contrario que desplazar o inaplicar, que encuentra pleno fundamento en el [artículo 96.1 de la Constitución española](#) y, de forma todavía más clara, en el [artículo 30.1 de la Ley 25/2014](#), de tratados y otros acuerdos internacionales. No se da en puridad el conflicto de normas a que alude el [artículo 31 de la Ley 25/2014](#), y sin conflicto de normas no hay control difuso de convencionalidad, sino otra cosa distinta, la que se acaba de intentar explicar, aunque ciertamente se trate de una tesis controvertida entre los laboristas y algo menos entre los internacionalistas. Parece que para estos últimos el control de convencionalidad no es nunca un control ante la omisión o el silencio del legislador interno.

En cuanto a las soluciones judiciales dadas por los tribunales superiores de justicia a la problemática del despido disciplinario sin audiencia previa ex artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), lógicamente con anterioridad al criterio sentado por el TS en [noviembre de 2024](#), conviven las muchas sentencias (Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, Comunidad Valenciana, Castilla y León/Burgos, etc.) que no le otorgan a la norma internacional carácter *self-executing*, con escaso interés a los efectos de este comentario jurisprudencial, con las sentencias que, partiendo de la aplicación directa del artículo 7 del [Convenio núm.](#)

158 de la OIT y no dándole juego alguno a la excepción contemplada en la propia norma internacional, defienden consecuencias jurídicas distintas para el incumplimiento empresarial del derecho de defensa previa.

Predominan las sentencias que se decantan por la improcedencia del despido disciplinario por razones formales ex [artículo 55 del ET](#), como la mediática y pionera Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de las Islas Baleares de 13 de febrero de 2023 (rec. 454/2022), o la sentencia que en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se postula como referencial o de contraste, la STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2023 (rec. 326/2023). Sentencias que aplican sin más el [artículo 55 del ET](#), sin explicar si lo hacen como norma directamente aplicable al caso o si en atención a la analogía *iuris* del [artículo 4.1 del CC](#). De hecho, ni siquiera mencionan el precepto del ET, dando la improcedencia por más que evidente.

Unas pocas sentencias, en cambio, siguiendo la estela de la pionera STSJ de Madrid de 28 de abril de 2023 (rec. 1436/2022), no consideran que la falta de audiencia previa al despido disciplinario deba llevar aparejada la calificación judicial de improcedencia del despido por razones formales, y ello por no contemplar el [artículo 55.1 del ET](#) la audiencia previa como derecho universal de cualesquiera personas trabajadoras, que es lo que reconoce el artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), sin llegar a plantearse en ningún momento la posible aplicación analógica de dicho precepto legal. Lo anterior no significa que el incumplimiento empresarial quede privado de consecuencias jurídicas onerosas, pues cuando en el caso concreto los hechos imputados en la carta de despido queden judicialmente desactivados y ello hubiera podido evitarse en la audiencia previa, el empresario habrá de abonar al trabajador los daños y perjuicios ocasionados, tirando para ello de la responsabilidad civil contractual ex [artículo 1101 del CC](#). Estela minoritaria y pionera seguida, por cierto, por la sentencia casada por la [sentencia del TS que ahora se comenta](#).

Un ejemplo de desconcertante creatividad judicial en el que se prescinde de la solución laboral del [artículo 55 del ET](#), sostenida en la más que pertinente técnica general de la analogía *iuris*, y se acude a una solución civil, la de la responsabilidad contractual del [artículo 1101 del CC](#), que, además de ser extravagante, desprotege con carácter general a los trabajadores objeto de despido disciplinario sin audiencia previa.

2. Antecedentes de hecho: despido disciplinario de un trabajador común sin audiencia previa antes de la STS de noviembre de 2024

Los antecedentes de hecho (que van más allá de los hechos probados) más relevantes para el posterior análisis del fallo y de los razonamientos jurídicos de la [STS de 5 de marzo de 2025](#) son los siguientes.

Primero, el trabajador demandante, vigilante de seguridad de profesión, fue objeto de un despido disciplinario por transgresión de la buena fe (dejar pasar sin entrada ni abono ni invitación a numerosas personas con ocasión del partido de fútbol entre el Osasuna y el Real Madrid) con fecha 6 de marzo de 2023, siendo la carta de despido del día 3 de marzo de 2023. Los hechos imputados en la carta de despido se dieron por acreditados en la sentencia de instancia, sin que en la suplicación se interesase la revisión de los hechos probados, deviniendo así inatacables.

Segundo, aunque la empresa intentó contactar con el trabajador por teléfono y por WhatsApp antes de la entrega de la carta de despido, no llegó a conseguirlo, sin que se le dejara aviso alguno de que el motivo de las llamadas y de los mensajes era otorgarle audiencia previa al despido disciplinario, para que se pudiera defender.

Tercero, el demandante tenía la condición de trabajador común y corriente, sin que perteneciera a alguno de los colectivos que por ley o por norma reglamentaria tienen derecho de defensa previa antes del despido disciplinario. El convenio colectivo de aplicación, el estatal de empresas de seguridad para los años 2023 a 2026, no contempla para el común de los trabajadores el derecho de audiencia previa al despido disciplinario.

Cuarto, el despido disciplinario se produjo mucho antes de la [STS de 18 de noviembre de 2024](#), aunque después de la [STSJ de las Islas Baleares de 13 de febrero de 2023 \(rec. 454/2022\)](#), la que puso «de moda» el derecho de defensa previa al despido disciplinario ex artículo 7 del Convenio núm. 158 de la OIT. Sentencia esta última, no se olvide, casada por la [STS de 18 de noviembre de 2024](#).

Quinto, la calificación de improcedencia del despido en la instancia descansó exclusivamente en la ausencia de audiencia previa, con contravención del artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), seguramente por influencia de la citada [STSJ de las Islas Baleares](#), dictada meses antes y con un extraordinario eco mediático.

Sexto, el debate en la suplicación se centró en la aplicación o no al caso de autos del artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), así como en las consecuencias para el despido disciplinario de la ausencia de audiencia previa. Y aunque la sentencia de suplicación se decantó por la aplicación directa del artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), el incumplimiento empresarial de dicha garantía formal no tenía que traducirse en la improcedencia del despido, siguiendo a rajatabla la tesis del [TSJ de Madrid mencionada](#) y vista en el anterior epígrafe. Y puesto que en la instancia quedaron probados los incumplimientos graves y culpables imputados al trabajador, ninguna indemnización de daños y perjuicios podía reconocérsele, también por razones de congruencia procesal, puesto que tanto en la instancia como en la impugnación del recurso de suplicación la única pretensión del trabajador era la calificación de improcedencia del despido.

Séptimo y último, el recurso de casación para la unificación de doctrina fue presentado por el trabajador despedido con anterioridad a la [STS de 18 de noviembre de 2024](#).

3. La falta de audiencia previa en el caso de autos no podía razonablemente exigirse al empresario

Tras la estimación del recurso de suplicación presentado por el empresario societario y el correspondiente cambio en la calificación judicial del despido disciplinario, pasando de improcedente en la instancia a procedente en la suplicación, se alza en casación para la unificación de doctrina el trabajador en su día despedido sin audiencia previa. Recurre obviamente interesando la calificación de improcedencia del despido, defendiendo primero la aplicación directa del artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#) y segundo la improcedencia del despido por razones formales ex [artículo 55 del ET](#).

El TS desestima el recurso de casación unificadora, con el parecer en ese mismo sentido del Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida y la correspondiente calificación de procedencia del despido disciplinario, pese a la ausencia de audiencia previa al despido. Ahora bien, la confirmación de la sentencia recurrida no supone ni mucho menos la asunción de su peculiar doctrina. Al contrario, el Alto Tribunal rechaza la doctrina del Tribunal Superior (TSJ) de Justicia de Navarra, nacida a la estela del TSJ de Madrid, y se limita a aplicar al caso de autos el criterio sentado en la fundamental [STS de 18 de noviembre de 2024](#), conforme al cual la audiencia previa al despido disciplinario ex artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#) solo resulta de aplicación a partir de la publicación de dicha sentencia, rigiendo antes de esa fecha la excepción a la regla general de la audiencia previa al despido contemplada expresamente en el propio artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#).

Tres apuntes merece al menos la [Sentencia del Supremo que ahora se comenta](#). Primero, mientras que el recurso de casación unificadora es anterior en el tiempo a la [STS de 18 de noviembre de 2024](#), no sucede otro tanto con el escrito de impugnación del recurso a cargo de la mercantil demandada y con el informe del Ministerio Fiscal. En tanto que estos se acogen al criterio sentado por el Pleno de la Sala de lo Social del TS en [noviembre de 2024](#), el recurso de casación para la unificación de doctrina no despliega a la fuerza razonamiento jurídico alguno para combatir el juego dado por el Alto Tribunal español a la excepción de la regla general contemplada en el artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#).

Segundo apunte, aunque la mencionada excepción esté concebida para cumplir una función muy distinta de la acogida por el TS español en [noviembre de 2024](#), y hay multitud de datos que apuntalan esta aseveración, lo cierto es que la misma le ha permitido salvar los muebles y defender la aplicación directa del artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#) sin que el remedio fuera peor que la enfermedad, solucionando problemas hacia el futuro y hacia el pasado, evitando que miles de despidos disciplinarios se saldasen con la calificación de improcedencia por haber hecho procedimentalmente los empresarios lo que tanto el TS como el Gobierno de España venían diciendo que había que hacer desde hacía más de treinta años. Una imaginativa solución que quien suscribe ve con buenos ojos, aunque cuenta ya con no pocas críticas de la doctrina científica.

Y tercer apunte, constituye una jurisprudencia muy consolidada la que permite al TS resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina sin necesidad de asumir ni el razonamiento jurídico de la sentencia recurrida ni el de la sentencia de contraste o referencial, aportando, en su caso, una lectura jurídica propia y distinta de las defendidas en la suplicación. Lógicamente, todo ello sin incurrir en incongruencia a partir del *petitum* del recurso (y de lo que eventualmente pudiera oponerse además de ello en la impugnación del recurso). Y esto es justo lo que acontece en el caso de autos.

4. Valoración crítica: ¿convenía introducir un *obiter dictum* con la aplicación analógica del artículo 55 del ET y la consiguiente calificación de improcedencia?

La [sentencia que se comenta](#) no merece ninguna crítica por lo que dice y quizá tampoco por lo que no dice o calla. Y es que lo que omite no es en ningún caso un razonamiento jurídico necesario para apuntalar todavía mejor un fallo de por sí irreprochable.

Lo que calla es un eventual *obiter dictum* sobre la aplicación analógica del [artículo 55 del ET \(apdos. 1.º y 4.º\)](#), con la consiguiente calificación de improcedencia del despido disciplinario sin audiencia previa ex artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#). Un *obiter dictum* que a buen seguro serviría de guía para muchos jueces y tribunales de lo social, dando así una respuesta segura y fundamentada a la pregunta con la que se abre el primer epígrafe de este comentario jurisprudencial. Una respuesta si se quiere provisional, a la espera de confirmación con pleno valor jurisdiccional, pero respuesta, al fin y al cabo.

El problema es que los *obiter dicta* los carga el diablo y por eso es muy recomendable hacer un uso muy restrictivo de los mismos. Quizá en esta ocasión convenía hacer uso de tan comedido remedio y así parecía que iba a suceder a tenor del fundamento jurídico 1.1 («El núcleo de la contradicción planteado por la parte actora consiste en dilucidar si el incumplimiento de la audiencia previa al trabajador es, por sí solo, motivo de improcedencia del despido»). Pero por las razones que sean no ha sido finalmente así, lo cual merece más una mera observación o apunte que una genuina crítica científica.

Adviértase que la [STS de 5 de marzo de 2025](#) no es del Pleno o Sala General. Quizá por esta razón no se haya querido condicionar a los muchos magistrados no integrados en la sala competente, que tarde o temprano tendrán la oportunidad de afrontar de lleno el problema de la calificación del despido disciplinario sin audiencia previa ex artículo 7 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#), siempre que el despido sea posterior a la [STS de noviembre de 2024](#). Cuando eso suceda probablemente intervenga la Sala General, sin ningún tipo de ataduras previas provenientes del mismo Alto Tribunal. No se olvide que el ponente de la imaginativa doctrina del [TSJ de Madrid de abril de 2023](#) es ahora magistrado del TS.

Por lo demás, no debería perderse nunca de vista que, a diferencia de la doctrina científica, que suele abordar los problemas concretos que sean con alusión también al resto de los problemas concomitantes, la doctrina judicial está concebida para dar soluciones concretas a problemas también concretos, sin necesidad ni conveniencia de convertir las sentencias en estudios científicos. Y la [sentencia que ahora se reseña](#) no es, desde luego, nada que se parezca a un estudio científico, ni falta que hace.

La discriminación de los «nuevos» en la empresa

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 715/2025, de 2 de julio

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Cantabria (España)

lourdes.lopez@unican.es | <https://orcid.org/0000-0002-9403-5591>

Extracto

Cuando la empresa decide suprimir unilateralmente una mejora de la prestación por incapacidad temporal que también había sido establecida de forma unilateral, se plantea un conflicto entre los trabajadores de nuevo ingreso, que no podrán beneficiarse ya de este complemento, y los antiguos trabajadores, que seguirán obteniéndolo. La jurisprudencia de referencia es la dictada en torno a la doble escala salarial, admitida si existe justificación objetiva y razonable. Mas, en este caso y pese a la incidencia económica que el complemento tiene en la estructura salarial, se trata de un beneficio ligado más a la protección social que a la negociación salarial. La sentencia analizada admite la decisión de la empresa porque no encuentra elementos particularmente odiosos en su actuación. Sin embargo, una alegación más centrada en factores discriminatorios –de edad o de salud– y una exigencia aplicativa de las disposiciones convencionales referidas al mantenimiento de las mejoras podrían haber alterado el resultado de esta controversia.

Palabras clave: discriminación; mejora voluntaria; incapacidad temporal; condición más beneficiosa; autonomía de la voluntad; doble escala; edad y antigüedad.

Recibido: 10-10-2025 / Aceptado: 13-10-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: López Cumbre, L. (2025). La discriminación de los «nuevos» en la empresa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 715/2025, de 2 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 184-193. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24837>

Discrimination against the "new" workers in the company

Commentary on Supreme Court Ruling 715/2025, 2 July

Lourdes López Cumbre

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Cantabria (Spain)

lourdes.lopez@unican.es | <https://orcid.org/0000-0002-9403-5591>

Abstract

When a company unilaterally decides to eliminate an increase in temporary disability benefits that had also been unilaterally established, a dispute arises between newly hired employees, who will no longer be able to benefit from this supplement, and existing employees, who will continue to receive it. The reference case law regarding the dual salary scale, which is accepted if there is an objective and reasonable justification. However, in this case, and despite the economic impact that the supplement has on the salary structure, it is a benefit to social protection, not salary negotiation. The analyzed judgment upholds the company's decision because it finds no particularly odious elements in its actions. However, an allegation on discriminatory factors—age or health—and a requirement the conventional provisions the increase have probably altered the result.

Keywords: discrimination; voluntary improvement; temporary disability; beneficial condition; contractual freedom; two-tier scale; age and seniority.

Received: 10-10-2025 / Accepted: 13-10-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: López Cumbre, L. (2025). Discrimination against the "new" workers in the company. Commentary on Supreme Court Ruling 715/2025, 2 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 184-193. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24837>

1. Marco jurídico: discriminación, desigualdad, diferencia de trato

Puede parecer una cuestión sencilla, y ya resuelta, pero no lo es. Se trata de un complemento fijado por la empresa, en este caso una mejora de la prestación por incapacidad temporal (IT), que desaparece para los nuevos trabajadores. De ahí que, por alegar discriminación, la referencia más inmediata en el marco jurídico se haga obviamente al [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE) y, por extensión, a los artículos [4.2c](#)) y [17.1](#) del Estatuto de los Trabajadores (ET), respectivamente.

Aunque la controversia surge en torno a una mejora dispuesta de manera unilateral por el empleador, procede atender asimismo al artículo 70 del convenio colectivo aplicable (en el supuesto de autos, el [III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center](#), BOE de 9 de junio de 2023), en el que se recoge la obligación de respetar «en todo caso las mejoras pactadas en las empresas o las que se apliquen habitualmente en las mismas», con cita de los diferentes supuestos, cuantías, composición del complemento y periodos de duración. Y también al artículo 10 del citado convenio, en que se indica que «Las condiciones más beneficiosas que en cómputo anual y en su conjunto superen lo pactado en este Convenio se mantendrán *ad personam*».

Para finalizar, se alude a la jurisprudencia, primero, constitucional para afirmar que «una diferencia salarial basada en la fecha de contratación no puede considerarse incurso en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley» (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC- 36/2011](#), FJ 5). Como señala el Tribunal Constitucional:

[...] Lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes. ([STC 62/2008](#), FJ 5).

Con toda evidencia, ninguna de dichas circunstancias concurre en el grupo de trabajadores que ingresan en la empresa en una fecha posterior a la de otro colectivo diferente.

Por lo demás, el principio de igualdad de trato en materia de salarios ha de admitirse de forma matizada, haciéndolo compatible con otros principios como la autonomía de la voluntad (STC 34/1984) o el propio principio de autonomía colectiva (STC 177/1988).

Se recuerda, por lo demás, la jurisprudencia de la propia sala. Por una parte, la Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 10 de febrero de 1995 (rec. 2351/1993), en la que se establece que la existencia de una condición más beneficiosa solo es válida para el colectivo que efectivamente la adquirió, incorporándose al nexo contractual establecido entre las partes y siendo esta relación contractual la única a la que resulta aplicable la regla de compensación y absorción respecto de la condición más beneficiosa. Por consiguiente, no cabe extender ni la condición ni la compensación al colectivo de nuevo ingreso al que no se le ha reconocido.

Del mismo modo, se indica cómo las SSTs de 21 de octubre de 2014 (rec. 308/2013) y 18 de mayo de 2022 (rec. 47/2020) han elaborado una doctrina, aunque en mayor medida referida a la desigualdad retributiva, en relación con la fecha de ingreso de los trabajadores en virtud de la cual:

[...] la fecha de ingreso o admisión en la empresa no es un motivo genérico de discriminación o una circunstancia personal o social de tal carácter que se haya incluido en la lista tasada del art. 14 de la Constitución Española [...] (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social), o en la relación más amplia de «discriminaciones favorables o adversas» en el empleo y en las condiciones de trabajo de los artículos 4-2-c) y 17-1 del Estatuto de los Trabajadores ... las diferencias de trato entre trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa establecidas en convenios o acuerdo colectivos pueden ser lícitas [...]. (STS de 18 de mayo de 2022, rec. 47/2020, FJ 4).

2. Breve referencia al supuesto de hecho: complemento por incapacidad temporal solo para trabajadores antiguos

La controversia objeto de análisis surge tras fijar la empresa unilateralmente una mejora de IT que garantiza el cien por cien del salario real desde el primer día de baja durante un periodo máximo de 18 meses. La empresa cuenta con una plantilla de 2.000 personas repartidas en diversos centros de trabajo a lo largo del territorio nacional y se encuentra bajo la vigencia del III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (BOE de 9 de junio de 2023), ya citado. En un determinado momento, la empresa decide dejar de abonar el complemento concedido unilateralmente y remitir las nuevas contrataciones a la previsión del convenio colectivo sin la cuestionada mejora.

La organización sindical demandante reclama la extensión del complemento a toda la plantilla con independencia de su antigüedad en la empresa, denunciando la discriminación que sufren los nuevos trabajadores. Para ello plantea demanda de conflicto colectivo, a la que se adhieren tanto el sindicato UGT como el sindicato CGT. La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional satisface la pretensión sindical por entender que la falta de reconocimiento de este complemento a quienes ingresan después de una determinada fecha supone una doble escala carente de toda justificación razonable.

Sin embargo, esta petición sindical fracasa ante el Tribunal Supremo, que, admitiendo el recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa, avala sus argumentos. En concreto, los dos fundamentales; a saber, la infracción de la jurisprudencia respecto a la extensión que hace de la condición más beneficiosa al personal de nuevo ingreso y, por otra parte, el rechazo a la concurrencia de una vulneración del principio de igualdad en la actuación empresarial.

3. Aspectos clave determinantes del fallo: la decisión empresarial se ajusta a derecho y no infringe el principio de igualdad

El sindicato promotor del conflicto –parte recurrida en casación– denuncia que la práctica empresarial de no abonar el complemento de IT a trabajadores de nuevo ingreso constituye el establecimiento de una doble escala ilícita, al estar basada exclusivamente en la fecha de incorporación a la empresa.

La empresa –recurrente en casación– estima, por el contrario, que la mejora supone una condición más beneficiosa incorporada al nexo contractual de aquellas personas trabajadoras que la venían disfrutando. Adoptar la fecha de ingreso en la empresa como determinante de su mantenimiento no supone un motivo genérico de discriminación o una circunstancia vulneradora del principio de igualdad, sino una manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes y del respeto al principio del poder de organización empresarial. Entiende la empresa que no está obligada a extender condiciones más beneficiosas a quienes no las tienen reconocidas por tratarse de personal de nuevo ingreso. Por lo demás, el conflicto sobre el tratamiento diferenciado no se produce en el ámbito de la ley ni en el de un convenio colectivo dotado de eficacia normativa, sino en el de una decisión empresarial adoptada unilateralmente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Y la sala coincide en su fallo con estas consideraciones. Recuerda el Tribunal Supremo cómo la jurisprudencia constitucional reconoce que:

[...] el artículo 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la de-

cisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad [...]. (STC 39/2003, FJ 4).

En este caso, la decisión de no extender esa mejora complementaria, reconocida como condición más beneficiosa, al personal de nuevo ingreso, «no puede llevarnos a considerar que exista una doble escala de hecho, como sostiene la sentencia de instancia, vulneradora del principio de igualdad» (STS 715/2025, de 2 de julio, FJ 3), puesto que no constan otras circunstancias que pudieran responder a motivos discriminatorios, odiosos y atentatorios a la dignidad humana relacionadas con los artículos 14.1 de la CE y 17.1 del ET en la actuación empresarial.

Y, si bien es cierto que

[...] la negociación colectiva debe respetar, aun con modulaciones, el principio constitucional de igualdad que proclama el artículo 14 CE. Basta mencionar, por todas, la STC 112/2017, de 16 de octubre (esta sentencia señala «que no cabe duda de que el convenio colectivo puede lesionar los derechos fundamentales») y las por ella citadas. (STS 28 de noviembre de 2023, rec. 164/2021, FJ 3),

en relación con los complementos de antigüedad, viene admitiéndose como válida la configuración que se limita a reconocer y mantener lo que venían percibiendo unos trabajadores y no otros (SSTS de 15 de junio de 2021, rec. 69/2020, y 14 de octubre de 2021, rec. 4853/2018). Ello es así porque esta configuración «estática» del complemento de antigüedad, encaminada a conservar lo que ya se tenía, no vulnera el principio de igualdad respecto de quienes nunca lo han tenido. Cuestión distinta es que el complemento de antigüedad se configure –o se aplique– de forma no estática, sino «dinámica», de manera que no se limite a conservar la cantidad estable, consolidada y estática que se venía percibiendo, sino que se conforme de forma «dinámica», acreciendo la cuantía del complemento de antigüedad y perpetuando, así, la diferencia de trato en perjuicio de aquellos trabajadores que nunca lo han percibido. La diferencia se agranda y se perpetúa con la configuración «dinámica», porque, tras la integración, quienes ya los tenían siguen causando nuevos trienios de antigüedad y los segundos, que nunca los han tenido, siguen sin poder hacerlo.

Pues bien, la sala de lo social considera que:

Esta doctrina es plenamente aplicable al presente litigio. Estamos ante la garantía de derechos ya consolidados con respecto a un colectivo, de modo estático, con relación a una mejora voluntaria por encima de convenio colectivo que se reconoce abiertamente como CMB [condición más beneficiosa] (STS 715/2025, de 2 de julio, FJ 4).

Y para ello la sala recurre a la precisión contenida en la [STC 36/2011](#), en la que, como aquí, el contexto litigioso por la diferencia de trato no se establecía en un convenio colectivo, sino en la decisión unilateral del empresario de mejorar lo recogido en convenio. En dicha sentencia, la diferencia que genera la fecha de ingreso en la empresa no se estimó «irracional, caprichosa o arbitraria», criterios que también han de ser considerados cuando las decisiones son el resultado de la autonomía de la voluntad.

En el presente litigio ocurre lo mismo.

[L]os términos lacónicos de la respuesta de la empresa, ante la pregunta hecha por el sindicato, vía correo electrónico, sobre si esa mejora voluntaria se iba a aplicar o no a las personas trabajadoras de nuevo ingreso (hecho probado tercero de la sentencia) no pueden inducir, sin más, a concluir que esa decisión empresarial envuelve un comportamiento discriminatorio u odioso ([STS 715/2025, de 2 de julio](#), FJ 4).

Por consiguiente, el recurso de casación debe prosperar

porque la sentencia recurrida ha realizado una aplicación indebida del artículo 14 de la Constitución, y ha desconocido los efectos que despliega la condición más beneficiosa adquirida y disfrutada, cuyo carácter y naturaleza individual no se cuestionan, protegida por el principio de su intangibilidad unilateral por parte del empresario, con respecto a las personas trabajadoras que vienen disfrutando de esa mejora voluntaria complementaria de Seguridad Social, puesto que se han incorporado al nexo contractual establecido entre las partes. [La sentencia de instancia] conculca el artículo 3.1, c) LET, pues si bien reconoce que existe condición más beneficiosa allí donde ésta se da, no hay razón jurídica para aplicarla al personal de futuro ingreso ([STS 715/2025, de 2 de julio](#), FJ 4).

4. Valoración crítica: *statu quo* en el establecimiento de mejoras versus discriminación por razón de salud

La aproximación más sencilla a esta diferencia de trato sería advertir discriminación entre trabajadores que, desarrollando su prestación laboral en una misma empresa, no van a recibir idéntico complemento económico cuando sufran una IT. Como mejora en la prestación de Seguridad Social no parece que admita distinción alguna entre sus beneficiarios, y mucho menos que semejante diferenciación pueda venir derivada de la fecha de ingreso en la empresa.

Sin embargo, constituye este un planteamiento excesivamente simple ante un problema extraordinariamente complejo. Porque la empresa está cumpliendo con su obligación convencional cuando rebaja los parámetros de protección, equiparándolos a los recogidos

en el convenio colectivo. Y aquí no establece diferencias: todos los trabajadores sometidos al ámbito del convenio recibirán idéntico trato. Luego el problema no se halla en la hipotética «desventaja» de los nuevos trabajadores sino en la «ventaja» mantenida para los antiguos. ¿Debe la empresa justificar objetivamente este cambio de criterio que conduce a la mera aplicación del convenio a los trabajadores de nuevo ingreso? Pues probablemente no.

En parte, porque se trata de una cuestión de aplicación de «derecho temporal». La empresa adopta una decisión de manera unilateral conforme a un *statu quo* que luego se altera. Solo si se considerara que la actuación empresarial entra dentro del régimen laboral de la modificación sustancial de condiciones de trabajo debería motivar la causa de tal variación para justificar dicha medida. Mas la creación o supresión de una mejora voluntaria en el tiempo no supone modificación sustancial salvo que se efectúe sobre la condición ya contractualizada. Y eso solo puede producirse en quienes han disfrutado de dicha mejora, no en los beneficiarios que están por venir. Para ellos no existe derecho ni expectativa de derecho ni situación referencial que permita aplicar la regla antidiscriminatoria.

Además, porque si el empleador estuviera obligado a mantener en el tiempo las mejoras decididas unilateralmente, no solo para la plantilla sobre las que se crean sino para la plantilla de futuro, probablemente carecería de aliciente para su fijación y el efecto sería contrario al pretendido, retrayéndose en su establecimiento. Cuando decide implementarlas de manera unilateral, responde a unas circunstancias que probablemente no se repitan cuando opta por suprimirlas. Si el legislador acepta una negociación colectiva retroactiva con fijación de condiciones de trabajo *in peius* en un convenio colectivo posterior, el empleador ha de poder alterar sus condiciones en futuros contratos.

Su obligación se extiende, eso sí, al compromiso adquirido y, por ende, a la situación consolidada en el tiempo. Pero también, en este caso, debe propiciar que los complementos sean iguales para todos y respondan a lo expresado en el convenio colectivo, salvada la situación *ad personam* de los antiguos trabajadores. Incluso pudiera cuestionarse este último hecho, ya que cabe advertir, como hace la jurisprudencia con carácter reiterado, que esta condición personal responde a complementos consolidables, inalterables y reconocidos a título personal. Más difícil resulta que deba respetarse una cantidad que no surge como consecuencia del trabajo, sino de la ausencia de la capacidad de trabajar por una baja laboral. En tal caso, tiene sentido mantener ese derecho a quienes ya están percibiendo el citado complemento como consecuencia de su baja laboral, no así a quienes no la perciben por no hallarse en tal situación. Y todo ello con independencia de la fecha de ingreso en la empresa, puesto que la condición más beneficiosa se materializa en quien recibe ese complemento, no en quien tiene la posibilidad de recibirlo cuando se produzca la contingencia. De algún modo, la [sentencia objeto de análisis](#) admite esta tesis en su fallo al referirse a «la condición más beneficiosa adquirida y disfrutada», avalando que solo quienes estén utilizando el complemento pueden seguir haciéndolo pese a su desaparición. Si bien a continuación el tribunal precisa que el

[...] carácter y naturaleza individual no se cuestionan, protegida por el principio de su intangibilidad unilateral por parte del empresario, con respecto a las personas trabajadoras que vienen disfrutando de esa mejora voluntaria complementaria de seguridad social, puesto que se han incorporado al nexo contractual establecido entre las partes [...],

lo que confunde esencialmente el sentido de esta mejora traducida en complemento económico para quien sufre esa contingencia y no en todo caso.

Ahora bien, la discriminación podría ser planteada desde una perspectiva diferente; por razón de edad o por salud del trabajador. Previsiblemente los trabajadores de nuevo ingreso serán más jóvenes, provocando una discriminación indirecta por razón de edad, aun cuando la tendencia natural es que exista más incidencia de la IT en mayores que en jóvenes. Se trataría, entonces, de una discriminación indirecta por razón de edad, en atención a lo expuesto en el artículo 2.2 b) de la [Directiva 2000/78, de 27 de noviembre](#), sobre igualdad de trato en el empleo y en la ocupación (DOCE de 2 de diciembre de 2000). Mas ni ha existido tal alusión en esta controversia ni, por lo demás, parece que pueda considerarse como un elemento neutro, necesario para apreciar discriminación indirecta. La justificación no es otra que el ingreso en la empresa en una determinada fecha, y puede ser de personas jóvenes, mayores, hombres, mujeres, con discapacidad, etc.

Se cumple así la exigencia del Tribunal Constitucional cuando, inadmitiendo con carácter general una doble escala, acepta esta última para proporcionar una solución transitoria a un momento coyunturalmente comprometido para una empresa. Y no cuando carece de una justificación objetiva y razonable «que sirva de fundamento a la permanencia, durante un largo período de tiempo, de un sistema de doble computación del complemento de antigüedad de los trabajadores» ([STC 112/2017](#), FJ 6). En idéntica línea, la Justicia europea no reprocha la existencia de doble escala siempre que se justifique de forma objetiva y razonable, insistiendo la jurisprudencia nacional en ese mismo hecho.

Cuestión distinta es la indeterminación de la causa exigida a tal fin, no constatada ni en la ley ni en la jurisprudencia, por lo que la opción de creación y supresión unilateral por parte del empleador podría estar justificada en una motivación de naturaleza económica o no. De hecho, la sentencia recurrida utiliza como argumento para decidir sobre el carácter discriminatorio de la conducta empresarial precisamente la inexistencia de una justificación razonable por parte del empleador para avalar un cambio de criterio con el que hacer desaparecer la mejora previamente establecida.

Lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radical-

mente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes. Con toda evidencia, ninguna de dichas circunstancias concurre en el grupo de trabajadores que ingresan en la empresa en una fecha posterior a la de otro colectivo diferente (STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5).

En cuanto a la discriminación por razón de salud, cuya alegación hubiera sido asimismo necesaria, vendría sustentada no solo por su encuadramiento en la protección constitucional, sino por el nuevo contorno y refuerzo ofrecido en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio). La enfermedad no puede amparar diferencia de trato salvo la que derive del propio tratamiento administrado, ex artículo 2.3, entre otras disposiciones de interés a este respecto.

Mas, como no podía ser de otra forma, la sentencia se ciñe al contenido de la demanda inicial y, en este caso, al recurso de casación ordinario interpuesto. Y el sindicato demandante no repara en su argumentación en la situación discriminatoria existente, sino que solicita que se amplíe la mejora a los trabajadores de nueva incorporación, algo que solo corresponde decidir unilateralmente al empleador y que no se contempla en el convenio de aplicación. Si esta es la petición, no extraña el rechazo del tribunal, que no puede suplir la capacidad organizativa del empleador que decide, en un determinado momento, mejorar a su plantilla.

Tampoco se han desarrollado convenientemente las posibilidades que aporta la regulación convencional aplicable al supuesto de hecho. En concreto, lo dispuesto en el artículo 70 del convenio colectivo, en el que, como ya se anticipó, consta la exigencia de que «se respetarán en todo caso las mejoras pactadas en las empresas o las que se apliquen habitualmente en las mismas», lo que podría suponer un sustento jurídico sólido para la solitud del sindicato demandante.

Lo que prohíbe la jurisprudencia no es tanto que desaparezca un complemento económico en el futuro para los trabajadores de nuevo ingreso, sino que esa decisión consolide una diferencia en el futuro si, por ejemplo, el cálculo de un determinado complemento –siempre se alude a la antigüedad– mantiene o acrece la diferencia de trato en perjuicio de aquellos trabajadores que nunca lo han percibido. Y, en este caso, el hecho de que se mantenga la mejora en cuestión como condición más beneficiosa y complemento *ad personam* para el personal en plantilla antes de una determinada fecha no parece incurrir en esta limitación. Porque la diferencia, con el tiempo, desaparecerá, homogeneizándose las condiciones laborales. Eso sí, no se logrará por la vía exigida por el sindicato demandante –al alza, con un complemento para toda la plantilla–, sino obteniendo un resultado contrario –a la baja, con la desaparición del complemento para toda la plantilla–. Un reto sindical más para conseguir un acuerdo colectivo que beneficie a todos los trabajadores, sin perjudicar a ninguno.

Excedencia por cuidado de hijos y situación legal de desempleo: un binomio condicionado al reingreso

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 701/2025, de 4 de julio**

Carolina Blasco Jover

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante (España)

carolina.blasco@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Extracto

La Sentencia del Tribunal Supremo 701/2025, de 4 de julio (rec. 4513/2023), aborda la compatibilidad entre la situación de excedencia por cuidado de hijos y el acceso a la prestación por desempleo. La sala establece que la persona trabajadora que se encuentra disfrutando de la excedencia por cuidado de hijos no puede ser considerada en situación legal de desempleo, aunque cese de forma involuntaria en otro empleo posterior, si no solicita previamente el reingreso en su empresa de origen.

Palabras clave: excedencia; cuidado de hijos; desempleo; prestación; reingreso; solicitar; reserva de puesto.

Recibido: 26-09-2025 / Aceptado: 29-09-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Blasco Jover, C. (2025). Excedencia por cuidado de hijos y situación legal de desempleo: un binomio condicionado al reingreso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 701/2025, de 4 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 194-202. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24815>

Leave of absence for child care and legal unemployment status: a pairing conditioned by reinstatement

Commentary on Supreme Court Ruling 701/2025, 4 July

Carolina Blasco Jover

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Alicante (Spain)

carolina.blasco@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Abstract

The Supreme Court Judgment of 4 July 2025 (appeal nº 4513/2023) offers a doctrinal interpretation of the legal relationship between statutory leave for child care and the recognition of unemployment status for benefit purposes. The Court establishes that an employee who remains on such leave cannot be considered legally unemployed, even if he is involuntarily terminated from any subsequent employment, unless they have previously and formally requested reinstatement with their original employer.

Keywords: leave of absence; child care; unemployment; benefit; reinstatement; to request; job reservation.

Received: 26-09-2025 / Accepted: 29-09-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Blasco Jover, C. (2025). Leave of absence for child care and legal unemployment status: a pairing conditioned by reinstatement. Commentary on Supreme Court Ruling 701/2025, 4 July. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 194-202. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24815>

1. Marco normativo

La Sentencia del Tribunal Supremo ([STS 701/2025, de 4 de julio](#)), dictada en unificación de doctrina y objeto de este comentario, resuelve el recurso interpuesto por el Servicio Público de Empleo contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 1 de junio de 2023 (rec. 1391/2022), que, a su vez, resuelve el recurso contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Granada, de 16 de marzo de 2022 (proc. 1020/2021).

La resolución pone sobre la mesa una cuestión de especial calado: ¿puede lucrarse la prestación por desempleo si, durante la situación de excedencia por cuidado de hijos, la persona trabajadora se emplea en otra ocupación y, en un momento posterior, cesa por causa involuntaria en aquella? ¿Se genera la situación legal de desempleo con el cese involuntario en la nueva ocupación? Para responder a la pregunta se entrelazan de manera coherente dos sistemas jurídicos obligados a entenderse: el propio del marco laboral y el que corresponde al campo de la Seguridad Social.

En efecto, la [sentencia](#) determina cuál debe ser el alcance y la interpretación adecuada del [artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) frente a la exigencia del [artículo 267.2 d\) de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS). Recuérdense, a estos efectos, que el [artículo 267 de la LGSS](#) especifica en su apartado primero qué supuestos activan la situación legal de desempleo, resumidamente, ceses involuntarios y determinadas suspensiones. Mientras, en su apartado segundo, se detallan los supuestos en los que no se considera que las personas trabajadoras se encuentran en aquella situación, entre ellos, cuando no se ha solicitado «el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente», remisión legal que hay que entender referida, como señala la [STS de 19 de octubre de 1994 \(rec. 790/1994\)](#), a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto (como sucede en el caso de la excedencia por cuidado de hijos), así como a aquellos otros en los que solo se conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes que existan o se produjeran en la empresa (como sucede en el caso de la excedencia voluntaria). Por lo tanto, aunque el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos se considera situación asimilada al alta, cumpliéndose con ello el primer requisito que preceptúa el [artículo 266 de la LGSS](#) para tener derecho a la prestación por desempleo, resulta que no coloca a la persona trabajadora en la situación definida en el [artículo 267.1 de la LGSS](#).

Por su parte, el [artículo 46.3 del ET](#) reglamenta un máximo de tres años de excedencia para atender al cuidado de cada hijo o hija, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a

contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. No se establece plazo alguno para solicitar la reincorporación, pero lo cierto es que, durante el primer año, se garantiza la reserva incondicionada del mismo puesto de trabajo y, en los dos años siguientes, la empresa debe ofrecer a la persona trabajadora un puesto de su grupo profesional o categoría equivalente. La norma, por lo demás, no exige dedicación exclusiva al cuidado del hijo o hija, por lo que, del silencio del precepto, perfectamente se deriva que la persona trabajadora puede compatibilizar la situación de excedencia con un trabajo por cuenta ajena o, incluso, por cuenta propia (STS de 10 de febrero de 2015, rec. 25/2014). Esta posibilidad es coherente, primero, con el propio diseño de la excedencia, puesto que es esta una situación en la que no se tiene derecho al salario ni a una prestación económica sustitutiva del mismo, de modo que su incompatibilidad con la realización de otro trabajo podría devenir en la imposibilidad de obtener una fuente de ingresos y, por ende, tener el efecto perverso de dificultar la tutela del menor. Y, segundo, también es coherente con el objetivo de lograr una mejor conciliación de la vida familiar con la laboral, pues fácil es conjeturar que el desarrollo de la nueva actividad permita una mayor compatibilidad entre los deberes parentales y el derecho al trabajo, y ello ya sea porque garantice un mejor horario o jornada para atender directamente del o de la menor o bien porque permita un mejor ajuste con las obligaciones laborales del otro progenitor.

Pues bien, sobre la base de este marco jurídico, construye la sala su argumentación para concluir que la persona trabajadora que se encuentra disfrutando de una excedencia por cuidado de hijos y que no ha solicitado el reingreso a su puesto de trabajo originario no puede ser considerada en situación legal de desempleo, y ello aunque haya cesado en otro trabajo de manera involuntaria. Con todo, se admite que otra interpretación es posible si aquella logra reunir con su nueva ocupación las cotizaciones suficientes para generar la prestación por desempleo. En este caso, la situación de desempleo derivaría de su cese en el empleo posterior, haciéndose abstracción, de este modo, del disfrute de la excedencia. Veamos.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La trabajadora presta sus servicios para una empresa desde 2016 y en 2021 solicita la excedencia por cuidado de hijos por el periodo de un año desde el día 2 de septiembre de 2021 hasta el 1 de septiembre de 2022. Iniciado el periodo de excedencia, se ocupa en un segundo empleo bajo un contrato de obra y servicio determinado de un mes de duración que le permite compatibilizar los cuidados del hijo o de la hija con su actividad laboral. Finalizado el contrato, se inscribe como demandante de empleo y solicita la prestación por desempleo, puesto que considera que cumple los requisitos para ello: se encuentra en situación legal de desempleo, cuenta con las cotizaciones requeridas de 360 días y no las ha utilizado para solicitar otra prestación o subsidio, está inscrita como demandante de empleo y no tiene edad para acceder a la jubilación. El Servicio Público de Empleo le deniega

la prestación al entender que la solicitante no se encuentra en situación legal de desempleo por incurrir en el supuesto contemplado en el [artículo 267.2 d\) de la LGSS](#) o, lo que es lo mismo, «por no haber solicitado el reingreso en la empresa en la que se encontraba excedente». Esta postura es refrendada por la sentencia de instancia.

Frente a esta resolución se interpone recurso de suplicación, que es resuelto favorablemente a las pretensiones de la trabajadora. Se considera aplicable, a estos efectos, la doctrina que el propio Tribunal Supremo (TS) instauró sobre la posibilidad de lucrar la prestación por desempleo por el cese en un nuevo empleo teniendo el contrato previo suspendido por motivo de una excedencia voluntaria. Para estos casos, señala la [STS de 24 de marzo de 2001 \(rec. 749/2000\)](#) que:

[...] cuando el trabajador que se encuentra en excedencia [...] desempeña en tal situación un nuevo trabajo y luego cesa en él contra su voluntad, si no ha transcurrido todavía el plazo inicial de la excedencia que le impide solicitar la reincorporación al primer trabajo, en que esta le fue concedida, no existe, por tal causa, obstáculo alguno que le impida estar comprendido en la situación de desempleo. [Y que] es claro que no se encuentran en situación legal de desempleo quienes «no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente» [...]; pero la persona que se encuentra en excedencia voluntaria no siempre puede solicitar, de forma válida y eficaz, su reingreso al servicio activo, puesto que tal clase de solicitud sólo podrá formularse con respecto al momento en que termine el plazo por el que se le concedió dicha excedencia, o en aquellos casos, muy poco frecuentes, en que se pacta explícitamente la posibilidad de solicitar el empleado en cualquier momento el reingreso al servicio activo, sin restricción temporal alguna en tal sentido. Pero si el plazo de la excedencia convenido todavía no está próximo a su fin, la solicitud de reingreso del trabajador carece por completo de efectividad, pues la empresa no está obligada a tomar en consideración tal clase de peticiones hasta el momento en que ese plazo haya concluido.

Igualmente, la [STS de 29 de diciembre de 2004 \(rec. 5582/2003\)](#) reconoce que la persona trabajadora que está disfrutando de una excedencia voluntaria y es despedida o cesa por cualquier otra causa legal en la nueva empresa antes de finalizar el periodo de excedencia se encuentra «en desempleo real por el cese en la segunda entidad, pero también por haber solicitado voluntariamente la excedencia en la empresa anterior» y no le puede ser exigido «para destruir la condición de desempleado involuntario el previo intento de reincorporarse a la empresa cuando carece de todo derecho a ello». Pues bien, aplicado este cuerpo doctrinal al caso de autos, la sentencia de suplicación concluye que:

[...] la actora tiene derecho a percibir la prestación de desempleo al menos hasta el 2 de septiembre de 2022, momento en que conforme a lo pactado podría solicitar su reincorporación en la empresa de origen, pues de lo contrario quedaría des-

protegida por la pérdida involuntaria de aquel segundo empleo, a instancias de la nueva empleadora, sin que podamos colegir, como se apunta pero sin atisbo probatorio suficiente, que el segundo contrato se concertó en fraude de ley y era ficticio.

Ante esta resolución, se interpuso por el Servicio Público de Empleo recurso de casación en unificación de doctrina, alegando como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 20 de noviembre de 2014 (rec. 747/2013) en la que, ante idéntico supuesto, se consideró ajustada la decisión de la entidad gestora de denegar la prestación porque la trabajadora no había solicitado el reingreso en la empresa de origen y no se encontraba, por tanto, en situación legal de desempleo. Añade, además, esta sentencia que:

[...] en la situación de excedencia es exigible un plus de actividad para acreditar [la persona solicitante] que quiere y no puede trabajar, que es la de tratar de poner fin a dicha situación de excedencia; por ello, no hacerlo así hace que devenga causal y no involuntario el evento desocupacional y que solo [a ella] cabe atribuir y por ende soportar.

Identificado, por lo tanto, el contraste entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial, el TS opta por casar y anular la sentencia recurrida en base a la misma argumentación que ofrecía la sentencia referencial.

3. Claves de la doctrina judicial

El TS, asumiendo que es posible prestar servicios en otra empresa durante la situación de excedencia por cuidado de hijos, parte de una premisa clara: no resulta aplicable la doctrina sentada sobre la coincidencia entre la excedencia voluntaria y la solicitud de la prestación por desempleo. Y no la considera aplicable por un motivo muy claro: porque no hay que confundir excedencia voluntaria con excedencia por cuidado de hijos. En efecto, en la primera, tan solo existe, como es conocido, un derecho preferente al reingreso en las vacantes que puedan surgir en la empresa, lo que implica, a la postre, que quien se halla en situación de excedencia voluntaria no tiene reconocido el derecho a reingresar en la empresa en tanto no haya transcurrido el periodo por el que aquella le fue concedida y, aun entonces, solo en el caso de que exista vacante. La persona trabajadora, pues, no tiene derecho al reingreso más que al final del periodo de excedencia y condicionado a la concurrencia de otros factores. Por el contrario, en la excedencia por cuidado de hijos la persona trabajadora puede solicitar el reingreso en cualquier momento durante el periodo de tres años o, de ser menor el solicitado, durante el periodo correspondiente. Ello, al decir de la sala, deviene del hecho de que la persona trabajadora excedente por cuidado de hijos tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año de la excedencia, y al reingreso incondicionado a un puesto de su mismo grupo profesional o categoría equivalente en los dos años siguientes, con independencia de que exista o no vacante en la empresa. En consecuencia,

aquella no queda vinculada por el hecho de que hubiere solicitado inicialmente la excedencia por cuidado de hijo con un determinado plazo de duración, dentro de los tres años máximos legalmente posibles, porque, por más que pudiera haber fijado un determinado plazo, puede, sin embargo, solicitar en cualquier momento el reingreso en la empresa antes de finalizar la duración de aquel periodo máximo de tres años. A mayor abundamiento, argumenta también la sala que:

El precepto legal regula la excedencia por cuidado de hijo como un derecho que el trabajador puede ejercitar dentro de esos parámetros temporales y en función de las circunstancias personales que considere oportunas, sin imponerle la obligación de mantenerse en tal situación durante la totalidad del periodo por el que inicialmente la hubiere solicitado. [Por lo tanto,] [l]egalmente dispone de la reserva del puesto de trabajo durante el primer año y del derecho a reingresar en otro de su mismo grupo profesional o categoría equivalente durante los dos siguientes, de lo que se desprende que, durante todo este periodo temporal, puede activar en cualquier momento la posibilidad de ejercitar ese derecho, por más que pudiere haber indicado en su notificación a la empresa una determinada duración de la excedencia.

A esta premisa, basada en la reserva incondicionada del puesto de trabajo y en la posibilidad derivada de solicitar el reingreso en cualquier momento durante la situación de excedencia, le sigue la segunda, que es la que se anuda al ámbito propio de la Seguridad Social: la persona trabajadora en excedencia por cuidado de hijos

que quiera y pueda trabajar debe solicitar el reingreso en la empresa y no se encuentra en situación legal de desempleo [porque], [p]or imperativo del art. 267.2 letra d) LGSS, no tendrá derecho a las prestaciones de desempleo si no ha instado previamente esa posibilidad y ello aunque pudiera haber prestado servicio en otra empresa distinta durante ese periodo de excedencia, puesto que al finalizar esa prestación laboral no hay impedimento legal para que pueda pedir el reingreso que el empleador está obligado a concederle.

O, dicho de otro modo, la persona trabajadora que está disfrutando de la excedencia por cuidado de hijos, aunque la haya combinado con otro trabajo en el que ha cesado de forma involuntaria, puede trabajar y, para ello, no tiene más que solicitar el reingreso a la empresa. Por este motivo no puede considerársela en situación legal de desempleo.

Por lo demás, se aclara que no se percibe en el supuesto de hecho un fraude de ley por formalizar un contrato temporal de muy escasa duración para solicitar, a su finalización, la prestación de desempleo, manteniéndose la situación de excedencia por cuidado de hijos; pero, aunque ello sea así, se argumenta a mayor abundamiento que no puede ser reconocida la prestación «por la exigua duración de ese nuevo contrato de trabajo», ya que su reconocimiento sería

necesariamente a costa de las cotizaciones realizadas por el trabajador durante el periodo de prestación de servicios en la empresa en la que se encuentra excedente, en la que puede volver a trabajar si su voluntad fuese realmente la de reincorporarse al mercado laboral.

Con todo y al hilo precisamente de lo anterior, la sala –aunque muy tímidamente– deja una puerta abierta para una interpretación distinta cuando la persona trabajadora logre reunir en la nueva ocupación

las cotizaciones necesarias para acceder a un determinado periodo de prestación conforme a lo establecido en el art. 269.1 LGSS, sin necesidad de computar las generadas en la empresa para la que se encuentra excedente y en la que puede reingresar en cualquier momento.

No obstante, hace hincapié en que

[...] en casos como el presente, en los que el trabajo desempeñado durante la excedencia es de muy escasa duración y no alcanza el mínimo legal del periodo de ocupación cotizada exigible conforme a la escala de ese precepto legal, el art. 267.2 letra d) LGSS impide que pueda reconocerse la prestación.

4. Trascendencia de la doctrina establecida más allá del caso

A mi modo de ver, la solución que ofrece el TS es, a nivel técnico, impecable. Y es que no puede ofrecerse la misma solución a este tipo de problemáticas que a otras en las que coinciden desempleo y excedencia voluntaria. En esta última, condicionar la concesión de la prestación a que la persona trabajadora reclame el reingreso en la primera empresa constituye una exigencia excesiva, puesto que, como bien señalaba la ya citada [STS de 29 de diciembre de 2004](#), «nadie puede ser obligado a pedir de otro algo que con toda claridad no le corresponde». Por ello, en estos supuestos ha de entenderse que la situación legal de desempleo deriva del cese en el nuevo trabajo, haciendo total abstracción de la excedencia voluntaria que se esté disfrutando. Por el contrario, dado que en la excedencia por cuidado de hijos la persona trabajadora puede reincorporarse en cualquier momento (pues tiene asegurado su puesto u otro de características similares y no hay siquiera obligación de fijar una duración inicial determinada ni de solicitar prórrogas para el mantenimiento de esta situación), es lógico considerar que la condición de persona desempleada no puede adquirirse si hay posibilidad incondicionada de regresar al puesto de trabajo de origen y seguir prestando servicios. Si desempleado, según el [artículo 262.1 de la LGSS](#), es quien «pudiendo y queriendo trabajar, pierde su empleo o ve suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 267», ha de con-

venirse que la persona trabajadora en excedencia por cuidado de hijos aún puede prestar servicios en su empresa originaria y debe instar, por ello, la reincorporación.

Podría cuestionarse, con todo, si la sala ha tenido más en cuenta las cuestiones de legalidad ordinaria que la necesaria dimensión constitucional del conflicto ([Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero](#)). Y es que, si se atiende a la perspectiva de género (pues son las mujeres las que, efectivamente, hacen uso en mayor medida de este tipo de excedencia para prestar la debida atención al cuidado de los hijos e hijas), tal vez quepa considerar que obligar a la persona trabajadora a reingresar a su ocupación originaria puede llegar a suponer tanto como vaciar de contenido su derecho a la conciliación, afectando, incluso, al mandato del [artículo 39 de la Constitución española](#). Obsérvese que se genera en esta situación un bucle con un efecto absolutamente pernicioso: si la persona trabajadora opta por no reingresar en la empresa originaria precisamente para proporcionar a su hijo o hija los cuidados necesarios, resulta que no tendrá acceso a la prestación por desempleo correspondiente; pero, si retorna a su puesto de trabajo, seguirá teniendo las dificultades para el cuidado que tenía antes de solicitar la excedencia.

La resolución de este problema, cierto, no es nada fácil. Es una situación que perfectamente puede originarse en la práctica y de la que la persona trabajadora debe ser consciente cuando solicite la excedencia en aras a la buena fe contractual. Ahora bien, cierto es también, en mi opinión, que, primero, sí parece que la [sentencia](#) ha tenido en cuenta la dimensión constitucional del conflicto al exponer muy claramente que el reingreso en la situación de excedencia por cuidado de hijos goza, en contraposición al que corresponde en la excedencia voluntaria, de una protección reforzada en aras, precisamente, de favorecer la conciliación; y segundo, que en algún punto hay que trazar una línea. Y creo que aquí acierta la sala (aunque podría haber sido más contundente) al considerar que la situación de excedencia por cuidado de hijos no necesariamente debe suponer el reingreso a la ocupación anterior para lucrar la prestación por desempleo si las cotizaciones generadas en el nuevo empleo son suficientes para ello de acuerdo con los criterios establecidos en el [artículo 269.1 de la LGSS](#). A mi modo de ver, es este un modo de cerrar el asunto que resulta acorde con la posibilidad de prestar servicios durante la excedencia por cuidado de hijos en otra empresa o en varias (computando las cotizaciones generadas en ellas y no las derivadas de un vínculo laboral que aún permanece vigente) y con el que, además, se pretenden evitar situaciones fraudulentas en las que se instrumentaliza la contratación de corta duración, la excedencia y la prestación por desempleo para intenta prolongar el cuidado del hijo o de la hija sin prestar servicio alguno. En definitiva, este criterio jurisprudencial tiene, en mi opinión, la virtud de equilibrar eficazmente la protección de la conciliación familiar con la prevención de conductas abusivas, consolidando un marco normativo coherente con los principios constitucionales y las exigencias del mercado laboral.

El derecho del profesorado asociado al percibo de quinquenios y sexenios en condiciones de igualdad

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 689/2025, de 3 de julio**

Josep Moreno Gené

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

Universidad de Lleida (España)

josep.moreno@udl.cat | <https://orcid.org/0000-0001-7908-0231>

Extracto

La Sentencia del Tribunal Supremo 689/2025, de 3 de julio, se incardina en la importante litigiosidad suscitada en los últimos años en torno al reconocimiento a determinadas figuras de personal docente e investigador laboral y, muy especialmente, al profesorado asociado, del derecho a que su actividad docente e investigadora sea evaluada y, en caso de superar favorablemente dicha evaluación, a adquirir y consolidar los complementos económicos por méritos docentes –quinquenios– e investigadores –sexenios– previstos al respecto.

Palabras clave: profesorado asociado; quinquenios; sexenios; igualdad y no discriminación.

Recibido: 17-09-2025 / Aceptado: 18-09-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Moreno Gené, J. (2025). El derecho del profesorado asociado al percibo de quinquenios y sexenios en condiciones de igualdad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 689/2025, de 3 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 203-212. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24803>

The right of associate professors to receive teaching and research allowances under equal conditions

Commentary on Supreme Court Ruling 689/2025, of July 3

Josep Moreno Gené

Senior lecturer in Labour and Social Security Law.

University of Lleida (Spain)

josep.moreno@udl.cat | <https://orcid.org/0000-0001-7908-0231>

Abstract

The Supreme Court ruling 689/2025, of July 3, is part of the significant litigation that has arisen in recent years regarding the recognition of certain teaching and research staff, and especially part-time associate professors, of the right to have their teaching and research activities assessed and, if they pass this assessment, to acquire and consolidate the financial benefits for teaching (five-year periods) and research (six-year periods) merits provided for in this regard.

Keywords: associate professorship; five-year terms; six-year terms; equality and non-discrimination.

Received: 17-09-2025 / Accepted: 18-09-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Moreno Gené, J. (2025). The right of associate professors to receive teaching and research allowances under equal conditions. Commentary on Supreme Court Ruling 689/2025, of July 3. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 203-212. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24803>

1. Marco jurídico

De conformidad con lo previsto en su momento en el [artículo 55 de la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre](#), de universidades (LOU) y las correspondientes normativas autonómicas, se han identificado complementos de productividad ligados a diferentes ámbitos de actuación del personal docente e investigador laboral (PDI laboral): la docencia, la investigación, la transferencia y la gestión que, a su vez, se pueden clasificar en función de la fuente reguladora, según la cual, el PDI laboral podría percibir complementos de productividad provenientes de programas de incentivos que fijara el Gobierno central, de retribuciones adicionales ligadas a las comunidades autónomas y complementos previstos *ad hoc* por el convenio colectivo.

Tras la aprobación de la [Ley orgánica 2/2023, de 22 de marzo](#), del sistema universitario (LOSU) estas distintas posibilidades han quedado plasmadas aún de forma más clara en la norma. A tal efecto, en el [apartado segundo del artículo 87 de la LOSU](#) se indica que «Las Comunidades Autónomas podrán establecer retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales por el ejercicio de cada una de las siguientes funciones: actividad docente, actividad investigadora, actividad de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación y actividad de gestión». El [apartado tercero de dicho precepto](#) prevé que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá establecer programas de incentivos para el personal docente e investigador laboral para el ejercicio de las mismas funciones a que se hace referencia en el apartado 2» y, finalmente, en el [apartado cuarto](#) se prevé que «Las universidades podrán establecer retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales, mediante procedimientos negociados con la parte social y transparentes». A todo ello, debe añadirse la previsión expresa que se contiene en el [artículo 77.5 de la LOSU](#), en virtud de la cual, el PDI laboral «tendrá derecho a tomar parte en las convocatorias que las Comunidades Autónomas establezcan para fijar retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales por el ejercicio de actividades docentes, investigadoras, de transferencia del conocimiento, innovación o gestión».

En este contexto normativo, nada preveía el [Decreto 84/2003, de 29 de abril](#), del Gobierno de Aragón, por el que se regula el régimen jurídico y retributivo del personal docente e investigador contratado de la Universidad de Zaragoza, en relación con la percepción de estos complementos salariales, en particular, respecto de los más conocidos como quinquenios docentes y sexenios de investigación, por parte del PDI laboral. Tampoco se contenía una previsión específica al respecto en el [primer Convenio Colectivo de la Universidad de Zaragoza para el personal laboral e investigador](#).

Para cubrir esta laguna se aprobó el [Acuerdo de empresa sobre mejoras retributivas del personal docente e investigador laboral de 16 de diciembre de 2022](#) (Acuerdo), suscrito por la Universidad de Zaragoza y los sindicatos Comisiones Obreras, Confederación General del Trabajo y Central Sindical Independiente y de Funcionarios, cuyo punto cuarto contempla los complementos personales por méritos individuales, pero únicamente para el PDI laboral contratado a tiempo completo, indicándose que este colectivo «percibirá los tramos de méritos docentes y productividad por evaluación de la actividad investigadora previstos para los cuerpos docentes en el Real Decreto 1086/1989 [...]», con base en determinadas equivalencias. Tal como estaba recogido en el punto octavo del Acuerdo, estas previsiones retributivas han quedado posteriormente recogidas en lo sustancial en el [segundo Convenio Colectivo de la Universidad de Zaragoza para el personal laboral e investigador](#).

2. Breve referencia al supuesto de hecho

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) [689/2025, de 3 de julio](#), resuelve el recurso de casación planteado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (STSJ) 349/2023, de 3 de mayo, que, a su vez, había resuelto el conflicto colectivo interpuesto por el Sindicato Somos Alternativa Sindical Solidaria de Aragón contra, entre otros sujetos demandados, la Universidad de Zaragoza.

El objeto del conflicto colectivo es el referido [Acuerdo de empresa sobre mejoras retributivas del personal docente e investigador laboral de 16 de diciembre de 2022](#), respecto del cual se plantean diversas peticiones relativas a diferentes categorías de profesorado universitario, a saber, el profesorado asociado, el profesorado ayudante doctor y el profesorado colaborador no doctor, el profesorado interino y el personal investigador. Centrándonos en el objeto de este comentario, en relación con el profesorado asociado se reclama que se le reconozcan los complementos de docencia e investigación desde la entrada en vigor del citado Acuerdo, en tanto que dejarlos fuera del mismo es contrario al principio y derecho a la igualdad en las condiciones salariales.

Bajo estas premisas, la STSJ de Aragón estima parcialmente la demanda de conflicto colectivo, si bien, lo hace en dos actos, en un primer momento, se limita a declarar «que el profesorado asociado a tiempo parcial de la Universidad de Zaragoza tiene derecho a la evaluación de su actividad docente a efectos del componente del complemento específico por méritos docentes», a lo que se añade, posteriormente, como consecuencia de un recurso de aclaración planteado por la referida universidad,

que la declaración que contiene en su pronunciamiento tiene eficacia limitada a los profesores asociados representados por las partes signatarias del Acuerdo sobre mejoras retributivas del personal docente e investigador laboral de 16 de diciembre de 2022 [...], así como a quienes libremente se adhieran [...].

3. Aspectos clave determinantes de fallo

La [STS 689/2025, de 3 de julio](#), desestima el recurso de casación planteado contra la STSJ de Aragón 349/2023, de 3 de mayo, que, por tanto, queda confirmada en todos sus extremos, incluidos los pronunciamientos expuestos en relación con el derecho del profesorado asociado a la evaluación de su actividad docente a efectos del componente del complemento específico por méritos docentes.

La STSJ de Aragón parte de la constatación de que, conforme a lo establecido por el [Acuerdo de empresa sobre mejoras retributivas del personal docente e investigador laboral de 16 de diciembre de 2022](#), el [Real Decreto \(RD\) 1086/1989, de 28 de agosto](#), sobre retribuciones del profesorado universitario, resulta de aplicación supletoria al PDI laboral de la Universidad de Zaragoza. A tal efecto, esta norma distingue entre el profesorado «en régimen de dedicación a tiempo completo», para el que se regula el pago del complemento específico (componente de méritos docentes), mediante evaluación de la actividad docente cada 5 años (o periodo equivalente si la ha desarrollado a tiempo parcial), y el pago del complemento de productividad mediante evaluación cada 6 años de su actividad investigadora, y el profesorado «en régimen de dedicación a tiempo parcial», que no percibirá el componente del complemento específico por méritos docentes ni el complemento de productividad. En consecuencia, para el TSJ de Aragón, el profesorado asociado a tiempo parcial quedaría excluido *a priori* del complemento específico por méritos docentes (quinquenios), así como del complemento de productividad o sexenios, añadiéndose, para este último supuesto, que también estaría excluido del mismo por no desarrollar actividad investigadora conforme al contenido propio de su contrato.

Ante este contexto normativo adverso al reconocimiento de los referidos complementos retributivos, el TSJ de Aragón acude a la doctrina del Tribunal Supremo (TS) contenida en sus Sentencias [1111/2020, de 10 de diciembre](#) y [70/2023, de 25 de enero](#), que resuelven conflictos colectivos similares al ahora enjuiciado, aplicando el principio y derecho a la igualdad de trato en relación con el profesorado temporal o no permanente y el profesorado fijo, indefinido o permanente. Así como también, acude a la [Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997](#), relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, cuya cláusula cuarta, bajo el epígrafe de «Principio de no discriminación», dispone que

[...] por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Estos razonamientos llevan al TSJ de Aragón a concluir que la regulación de las normas reglamentarias, tanto estatales como autonómicas, que establecen que el personal en ré-

gimen de dedicación a tiempo parcial no puede percibir el complemento por méritos docentes son contrarias a la referida [Directiva 97/81/CE](#) y, como ya se ha indicado, declara el derecho del profesorado asociado a tiempo parcial de la Universidad de Zaragoza a la evaluación de su actividad docente a efectos del componente del complemento específico por méritos docentes.

El TS hace totalmente suyos estos argumentos y con cita de su propia doctrina, en este caso, la contenida en su [Sentencia 510/2024, de 20 de marzo](#), que, a su vez, cita a la [STS 70/2023, de 25 de enero](#), recuerda que el no reconocimiento del complemento por méritos docentes al profesorado asociado a tiempo parcial vulnera el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos. A tal efecto, mantiene que no existe ninguna razón objetiva más allá de la naturaleza temporal de la relación de servicio del profesorado, que justifique la diferencia de trato del personal temporal respecto del profesorado contratado permanente en cuanto a la realización de la actividad docente y al derecho a que la misma sea evaluada y, en caso de ser positiva, al percibo del complemento salarial correspondiente.

A mayor abundamiento, el TS también apoya su decisión en la aplicación de la [Directiva 97/81/CE](#) y en la interpretación que de la misma ha venido realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). A tal efecto, acude a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE](#)) de 29 de julio de 2024, asuntos acumulados C-184/22 y C-185/22, que establece que:

[...] según reiterada jurisprudencia, la retribución de los trabajadores a tiempo parcial debe ser equivalente a la de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio de *pro rata temporis* enunciado en la cláusula 4.2 del Acuerdo Marco.

Por lo que respecta a la salvedad recogida en el Acuerdo Marco consistente en que «se justifique un trato diferente por razones objetivas», el Alto Tribunal señala que la referida [STJUE de 29 de julio de 2024](#) establece que:

[...] debe entenderse que el concepto de «razones objetivas» que figura en la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco requiere que la diferencia de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caractericen la condición de empleo de que se trate en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable a tal efecto. Esos elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebraron los contratos a tiempo parcial y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

Pues bien, en relación con el supuesto enjuiciado, el TS considera que:

[...] no se invocan razones objetivas ni si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica que justifique la diferencia de trato entre personal docente a tiempo completo y a tiempo parcial, más allá de la aplicación de las normas legales y reglamentarias citadas [...].

A tal efecto, el Alto Tribunal recuerda que el [Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18](#), Agencia Estatal de Administración Tributaria-AEAT, ya indicó que «el concepto de “razones objetivas” [...] no puede ampararse en el hecho de que una norma nacional general y abstracta lo prevea». Ello se ve reforzado, a su vez, por la circunstancia de que el funcionariado con dedicación a tiempo parcial, conforme al propio [artículo 2.3 c\) del RD 1086/1989](#), puede someter a evaluación la actividad docente realizada tanto en el caso de que su régimen sea el de dedicación a tiempo completo como si lo ha sido a tiempo parcial, una vez obtenida una actividad docente equivalente a cinco años.

Todos estos razonamientos llevan al TS a concluir que:

El profesorado asociado a tiempo parcial es contratado precisamente para la realización de labores docentes, aunque su dedicación sea a tiempo parcial, de modo que la naturaleza de las tareas es la misma que la del personal docente a tiempo completo. Así es que, la equiparación que el Acuerdo de 16 de diciembre de 2002 ha realizado en relación con el complemento específico, respecto del componente de méritos docentes, entre el personal funcionario a tiempo completo y el personal laboral a tiempo completo debe extenderse, como razona la sentencia recurrida, al profesorado asociado con dedicación a tiempo parcial.

4. Valoración crítica

La [STS 689/2025, de 3 de julio](#), se incardina en la importante litigiosidad suscitada en los últimos años en torno al reconocimiento a determinadas figuras de PDI laboral y, muy especialmente, al profesorado asociado, del derecho a que su actividad docente e investigadora sea evaluada y, en caso de superar favorablemente dicha evaluación, a adquirir y consolidar los complementos económicos por méritos docentes –quinquenios– e investigadores –sexenios– previstos al respecto.

Esta problemática parecía haber quedado zanjada en sendas sentencias de la Sala de lo Social del TS. En primer lugar, la [Sentencia 1111/2020, de 10 de diciembre](#), había reconocido a todo el PDI laboral temporal de las universidades públicas de Madrid, ya fuera a tiempo completo o a tiempo parcial, el derecho a solicitar la evaluación de méritos docen-

tes en los mismos términos que al PDI laboral permanente, siempre y cuando concurriera el elemento temporal exigido en las normas de desarrollo del referido complemento. Para ello, el Alto Tribunal se apoya en la cita expresa, aunque sin mucho desarrollo, de la [Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999](#), relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y de la jurisprudencia del TJUE, que la interpreta, que, sin lugar a dudas, ha jugado un papel determinante en la equiparación en nuestro país de los derechos retributivos de ambos colectivos de PDI laboral, el permanente y el temporal.

En segundo lugar, la [STS 70/2023, de 25 de enero](#), había reconocido el derecho del PDI laboral no permanente (temporal) de las universidades públicas de Madrid, incluido el profesorado asociado, a someter la actividad investigadora realizada cada seis años a una evaluación y, en caso de superar favorablemente la misma, a percibir, si diera lugar, un complemento por méritos investigadores, en los mismos términos que el PDI laboral permanente. Nuevamente, con apoyo en la [Directiva 1999/70/CE](#) y la jurisprudencia que la interpreta, el Alto Tribunal considera que nos encontramos ante situaciones comparables, la de los docentes permanentes y los temporales, sin que se acrediten razones objetivas que justifiquen un trato desigual en esta materia.

Por si todo ello no fuera suficiente, la doctrina de la Sala de lo Social del TS sobre el derecho al reconocimiento de quinquenios y sexenios al PDI laboral temporal, incluido el profesorado asociado, ha sido ratificada, posteriormente, por la [STS 510/2024, de 20 de marzo](#), respecto a las universidades públicas andaluzas.

Pese a ello, la contumaz resistencia por parte de las universidades públicas a reconocer al profesorado asociado el derecho a que su actividad docente e investigadora sea evaluada y, en caso de superar favorablemente dicha evaluación, a adquirir y consolidar los complementos económicos por méritos docentes –quinquenios– e investigadores –sexenios– previstos al respecto, está provocando que siga produciéndose una importante litigiosidad al respecto, como sucede en el supuesto ahora resuelto por la [STS 689/2025, de 3 de julio](#), objeto de este comentario. Pues bien, esta sentencia ahonda todavía más si cabe en el reconocimiento del derecho del profesorado asociado a la evaluación de su actividad docente a efectos del componente del complemento específico por méritos docentes. A tal efecto, la principal novedad de esta resolución judicial radica en que, junto a las argumentaciones tradicionales, basadas en la igualdad de trato entre profesorado temporal y profesorado indefinido, apoya su decisión en la aplicación de la [Directiva 97/81/CE](#) y en la interpretación que de la misma ha venido realizando el TJUE, en virtud de la cual, la retribución de las personas trabajadoras a tiempo parcial debe ser equivalente a la de quienes lo sean a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio de *pro rata temporis* enunciado en la cláusula 4.2 del Acuerdo Marco. Debe tenerse en cuenta a este respecto que, con la finalidad de reducir la temporalidad, tras la [LOSU](#) los contratos del profesorado asociado son de carácter indefinido y con dedicación a tiempo parcial.

Llama la atención, sin embargo, que la [STS 689/2025, de 3 de julio](#), no se haya pronunciado sobre el derecho del profesorado asociado a que su actividad investigadora también sea evaluada y, en caso de superar favorablemente dicha evaluación, a adquirir y consolidar los complementos económicos por méritos investigadores. A tal efecto, a pesar de que en el conflicto colectivo se solicitaba que se aplicaran los complementos de los quinquenos de docencia e investigación a los profesores asociados, la sentencia dictada en instancia por el TSJ de Aragón únicamente reconoce su derecho a la evaluación de la actividad docente, sin hacerse mención alguna al derecho a la evaluación de su actividad investigadora. Pese a su escaso desarrollo, parece que ello se apoya en lo dispuesto en la normativa reglamentaria aplicable, así como en la consideración de que el profesorado asociado no desarrolla actividad investigadora conforme al contenido propio de su contrato. Al no haber sido impugnado este aspecto en casación, no ha sido abordado por la [STS 689/2025, de 3 de julio](#).

Pese a ello, el reconocimiento del derecho a la evaluación de la actividad investigadora del profesorado asociado se desprende de la ya citada [STS 70/2023, de 25 de enero](#), que no se limita a efectuar un reconocimiento genérico del derecho del PDI laboral temporal a la evaluación de sus méritos investigadores y, en su caso, al acceso a los correspondientes complementos salariales, sino que enumera y justifica de forma detallada las diferentes figuras de profesorado laboral temporal, previstas en aquel momento en la [LOU](#), a las que se reconocía este derecho, entre las cuales se incluía de forma expresa al profesorado asociado. No consideramos que la doctrina del TS en esta materia se vaya a ver superada necesariamente por el cambio normativo que ha supuesto la aprobación de la [LOSU](#). A tal efecto, si el profesorado asociado en la práctica sigue desarrollando actividades de investigación, en muchos casos, con la aquiescencia de la propia universidad, debería tener derecho a que las mismas sean evaluadas y, en su caso, acceder a los complementos económicos previstos. Esta interpretación se ve reforzada, además, por la [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 664/2025, de 29 de mayo](#), que ha procedido a anular el inciso final del [artículo 5.2 del RD 1086/1989](#), que impedía al profesorado universitario de los cuerpos docentes en régimen de dedicación a tiempo parcial acceder al complemento de productividad por investigación –sexenios–, reservándolo solo al personal en régimen de dedicación a tiempo completo. A tal efecto, en esta sentencia se constata que el profesorado a tiempo parcial no tiene obligación de realizar actividad investigadora, pero, una vez realizada, tiene la misma caracterización y contornos que la del profesorado a tiempo completo, se somete a la misma evaluación y una vez superada debe tener las mismas consecuencias retributivas.

La [STS 689/2025, de 3 de julio](#), no ha supuesto la última oportunidad del Alto Tribunal para abordar esta cuestión litigiosa, por el contrario, prácticamente de forma simultánea, se ha dictado la [STS 698/2025, de 4 de julio](#), que de forma genérica declara el derecho del PDI laboral temporal de las Universidades de Burgos, León, Salamanca y Valladolid a que su actividad docente e investigadora sea evaluada y, en caso de ser favorable, a adquirir y consolidar los correspondientes complementos específicos por méritos docentes (quinquenos) e investigadores (sexenios) en los mismos términos y cuantía que el PDI laboral fijo.

Asimismo, poco tiempo después, y ya específicamente en relación con el profesorado asociado, se ha dictado la importantísima [STS 748/2025, de 23 de julio](#), dictada por el Pleno, que confirma de forma contundente el derecho del PDI laboral no permanente a tiempo parcial de las universidades públicas madrileñas a someter la actividad docente realizada cada cinco años a una evaluación ante la universidad en la que preste sus servicios, sin aplicar coeficiente de parcialidad alguno. Con esta sentencia, además, la Sala de lo Social del TS ignora de forma expresa a la incipiente doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS –por todas, [Sentencia 874/2024, de 20 de mayo](#)–, que había desestimado las reclamaciones formuladas por profesores asociados de las universidades públicas de Andalucía que querían acceder al procedimiento de evaluación de su actividad docente (quinquenios), investigadora (sexenios) y de gestión.

Ante este contexto de litigiosidad, la solución definitiva a esta problemática debe venir de la mano del tan anhelado Estatuto del Personal Docente e Investigador previsto en la [LOSU](#), de la revisión y actualización de las normativas autonómicas y de los convenios colectivos de las universidades públicas, de modo que incorporen sin excepciones el reconocimiento del derecho a la evaluación docente e investigadora de las diferentes figuras existentes de PDI laboral, ya sea permanente o temporal o a tiempo completo o a tiempo parcial. Mientras esto no suceda, no cabe duda de que continuará esta indeseable conflictividad judicial.

La protección de la seguridad y la salud en el sector del servicio de ayuda a domicilio

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo 1198/2025, de 29 de septiembre**

Francisco Jesús Padilla Falcón

Doctor en Derecho.

Universidad de Extremadura (España)

fpadillaflc@unex.es | <https://orcid.org/0009-0000-9105-1724>

Extracto

La sentencia analizada declara la nulidad de la disposición final primera del Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre, por el que se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar. El fallo fundamenta su decisión en la insuficiencia de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) al no quedar adecuadamente justificado el impacto económico derivado de la obligación de llevar a cabo visitas presenciales en el domicilio de los usuarios del servicio de ayuda a domicilio. Esta resolución consolida la exigencia de transparencia y racionalidad económica en la elaboración normativa y refuerza el papel del control judicial como instrumento de garantía en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Palabras clave: prevención de riesgos laborales; servicio de ayuda a domicilio; control judicial reglamentario; Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN); evaluación de riesgos laborales; nulidad de disposición reglamentaria; empresas de servicios asistenciales.

Recibido: 20-10-2025 / Aceptado: 20-10-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Padilla Falcón, F. J. (2025). La protección de la seguridad y la salud en el sector del servicio de ayuda a domicilio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1198/2025, de 29 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 213-219. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24853>

The protection of safety and health in the home care service sector

Commentary on Supreme Court Ruling, Administrative Chamber, 1198/2025, of September 29

Francisco Jesús Padilla Falcón

PhD in Law.

University of Extremadura (Spain)

fpadillaflc@unex.es | <https://orcid.org/0009-0000-9105-1724>

Abstract

The analyzed judgment declares the nullity of the first final provision of Royal Decree 893/2024 of September 10, which regulates the protection of safety and health in the field of domestic service. The ruling bases its decision on the insufficiency of the Regulatory Impact Assessment Report (RIAR), as the economic impact resulting from the obligation to carry out in-person visits to the homes of users of home assistance services was not adequately justified. This decision strengthens the requirement for transparency and economic rationality in the regulatory process and reinforces the role of judicial review as a safeguard mechanism in the exercise of regulatory authority.

Keywords: occupational risk prevention; home care service; regulatory judicial control; Regulatory Impact Assessment Report (RIAR); occupational risk assessment; annulment of a regulatory provision; care service providers.

Received: 20-10-2025 / Accepted: 20-10-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Padilla Falcón, F. J. (2025). The protection of safety and health in the home care service sector. Commentary on Supreme Court Ruling, Administrative Chamber, 1198/2025, of September 29. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 213-219. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24853>

1. Marco jurídico

La [Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 1198/2025, de 29 de septiembre](#), resuelve el recurso promovido por la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia, la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio, la Federación Empresarial de la Dependencia y el Círculo Empresarial de Atención a Personas contra la [disposición final primera del Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre](#).

El marco normativo aplicable al asunto de referencia viene determinado por el real decreto referido, donde se establece, en la mencionada disposición final, que se incorpora una nueva disposición adicional decimotercera al [Real Decreto 39/1997, de 17 de enero](#), por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención.

2. Supuesto de hecho

El objeto del presente recurso viene determinado por la solicitud de la patronal del servicio de ayuda a domicilio sobre la declaración de nulidad de la [disposición final primera del Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre](#).

La parte recurrente alega, entre otras cuestiones, la falta de un análisis y justificación económica en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), siendo este el motivo principal por el que finalmente se procede a la estimación del recurso contencioso-administrativo por parte del Alto Tribunal.

Por su parte, la Abogacía del Estado indica que, aunque sea de manera sucinta, la memoria ya cuenta con un análisis de impacto económico de la nueva regulación, además de que también pone de manifiesto la necesidad de mejorar la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras del sector del servicio de ayuda a domicilio.

3. Aspectos clave determinantes del fallo

Los trabajadores del sector, con anterioridad a la entrada en vigor del real decreto objeto de impugnación, ya contaban con la protección normativa general establecida por la [Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales (LPRL), cuyo [artículo 16](#)

establece la obligación de todas las entidades mercantiles de realizar una evaluación completa de riesgos laborales, adquiriendo relevancia la implementación y aplicación, dentro del sistema general de gestión de la empresa, de un plan de prevención.

Debido a las particularidades del servicio de ayuda a domicilio, establece la sentencia que la disposición final impugnada introduce un cambio sustancial con relación a la regulación que existía anteriormente. Dicha disposición impone, por aplicación del deber de protección al que se refiere el [artículo 14 de la LPRL](#), la obligación de conocer y llevar a cabo por parte de las empresas la oportuna evaluación de los riesgos laborales a los que los auxiliares de ayuda a domicilio están expuestos a través de la oportuna visita presencial acreditada y efectuada en el domicilio del usuario donde efectivamente se presta el servicio asistencial.

La parte actora apoya su pretensión en un informe pericial donde se cuantifica el coste derivado de la evaluación de riesgos y de la adopción de medidas preventivas exigidas para el cumplimiento de la obligación fijada por el real decreto, justificando de esta manera la insuficiencia del estudio económico incorporado a la MAIN.

El Tribunal Supremo (TS) estima las pretensiones de la parte recurrente y solventa la cuestión basándose en la propia jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, entre otras, la [Sentencia 2569/2016, de 12 de diciembre](#). La doctrina consolidada que aplica el Alto Tribunal descansa en el control judicial de la suficiencia de la memoria económica que debe acompañar a toda disposición reglamentaria. Dicho control no se ve impedido por el margen de discrecionalidad inherente al ejercicio de la potestad reglamentaria, toda vez que los tribunales están facultados para llevar a cabo un examen de los fundamentos económicos y presupuestarios que sustentan una norma.

De este modo, en la sentencia se establece que una norma reglamentaria puede ser declarada nula no solamente cuando carezca completamente de un análisis económico, sino también cuando este resulte manifiestamente insuficiente.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, el TS concluye que la memoria que acompaña al [Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre](#), es claramente insuficiente, lo que determina la nulidad de la disposición reglamentaria objeto de debate.

4. Valoración crítica

En primer lugar, cabe hacer una primera aproximación acerca de la particularidad del servicio de ayuda a domicilio, ya que, a diferencia de otros servicios recogidos en la [Ley 39/2006, de 14 de diciembre](#), de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, como puede ser el caso de los centros residenciales o

el servicio de centro de día o noche, el centro de trabajo viene constituido por el domicilio del usuario, y es aquí donde se desempeña la actividad profesional del auxiliar de ayuda a domicilio.

Este aspecto adquiere relevancia en materia de evaluación de riesgos laborales, no solamente por el aspecto determinante de que dicho domicilio constituye el espacio más íntimo donde el usuario desarrolla su actividad personal e inexcusablemente se requiere el consentimiento de su titular para la entrada en el mismo, sino porque la correspondiente evaluación del riesgo laboral debe realizarse en el interior de la vivienda.

Consciente el legislador de las particularidades que caracterizan la forma de prestación del servicio de esta actividad profesional, resulta evidente la necesidad de avanzar un paso más en el desarrollo normativo conforme a lo establecido en el [Real Decreto 39/1997, de 17 de enero](#), concretamente en la realización de la evaluación de riesgos laborales en el sector del servicio de ayuda a domicilio. En este sentido, el real decreto objeto de debate en la sentencia analizada viene a completar dicho reglamento, centrando su atención específicamente en la regulación de la actividad profesional del servicio de ayuda a domicilio.

Las exigencias normativas establecidas en la [LPRL](#), en relación con la obligación de realizar una evaluación completa de los riesgos laborales que puedan afectar a los trabajadores ([art. 16](#)), determina que el domicilio de la persona usuaria, como espacio físico donde el trabajador lleva a cabo la actividad laboral, constituye una condición de trabajo que tiene una influencia relevante en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del auxiliar ([art. 4.7.º](#)). En consecuencia, el cumplimiento efectivo del deber de protección empresarial ([art. 14](#)) requiere necesariamente la realización de una visita individualizada a la vivienda del usuario para el conocimiento y la evaluación adecuada de los riesgos existentes en la prestación del servicio.

De este modo, únicamente a través de la correspondiente visita preceptiva por las personas encargadas de la realización de las evaluaciones de riesgos, puede llevarse a cabo dicha valoración y así hacerse efectivo el derecho del auxiliar de protección frente a los riesgos laborales que pueden darse en su actividad profesional.

La sentencia analizada no debe suponer un cierre definitivo a la regulación exclusiva en materia de prevención de riesgos laborales en el sector del servicio de ayuda a domicilio. Esto podría suponer un incumplimiento de la [LPRL](#) toda vez que su alcance generalista conlleva que también los trabajadores del ámbito analizado cuenten con la protección establecida en la norma. Así se pone de manifiesto en la propia [exposición de motivos del Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre](#), cuando se dice que «el hecho de que los diferentes domicilios donde se prestan los servicios constituyan una esfera aparentemente alejada del control que pueda ejercer la empresa requiere que se efectúe un desarrollo normativo que determine el alcance de las obligaciones preventivas».

De manera concreta, en la sentencia objeto de análisis, el TS considera que la MAIN correspondiente al real decreto impugnado no realiza de manera rigurosa el análisis económico detallado del impacto derivado de la obligación de realizar la valoración de riesgos laborales en los domicilios de los usuarios y por lo tanto resulta insuficiente, conllevando a la nulidad de la disposición reglamentaria.

Resulta imprescindible, con el fin de garantizar unas condiciones laborales seguras para los auxiliares de ayuda a domicilio, la existencia de un marco normativo que establezca la regulación adecuada para garantizar la correcta valoración de los riesgos laborales presentes en el espacio físico donde se desarrolla la actividad profesional. Dicha valoración solo puede efectuarse mediante una visita presencial, llevada a cabo por el profesional competente en materia de prevención de riesgos laborales, que será quien determine las situaciones en las que, como consecuencia de la evaluación realizada, resulte conveniente adoptar la acción preventiva más adecuada mediante la implementación de medidas oportunas en el domicilio del usuario.

Estas medidas preventivas pueden ser de diversa índole:

- Organizativas: ajustar la duración y frecuencia de las tareas a realizar para evitar la sobrecarga física o mental, establecer pausas periódicas que eviten la fatiga, planificar los servicios de manera que se minimicen los desplazamientos entre domicilios o tiempos de exposición a riesgos.
- De seguridad: retirar elementos del domicilio que puedan causar accidentes laborales o asegurar la estabilidad del mobiliario de la vivienda del usuario.
- Ergonómicas: se correspondería principalmente con el uso de ayudas técnicas que permitan la adecuada atención al usuario y que permitan reducir el esfuerzo físico del auxiliar de ayuda a domicilio, tales como grúas que permitan la movilización de la persona dependiente, sillas de traslado de ruedas o sillas de duchas adaptadas, tablas de transferencia para pasar al usuario de la cama a la silla y viceversa o cinturones de transferencia que permitan la adecuada incorporación del usuario.
- Salud e higiene: principalmente asegurando y promoviendo el uso, en los casos en los que sea necesario, de equipos de protección individual en el desempeño de la actividad profesional.

El fallo también invita a reflexionar sobre la tensión estructural entre la tutela a la seguridad laboral y la sostenibilidad económica de los servicios asistenciales. El TS hace una breve reflexión al respecto cuando, con relación al coste que supondría para el sector la valoración del riesgo laboral de los profesionales del servicio de ayuda a domicilio, dice que

«estos costes serán asumidos por las empresas del sector, pero, de forma lógica, repercutirán en la economía de los contratos que se suscriban entre las administraciones públicas y dichas empresas».

Dicha afirmación deja entrever que, en última instancia, será la persona usuaria la que soporte el incremento de costes derivados de la aplicación de la norma a través del correspondiente copago por la prestación del servicio asistencial. Este fenómeno no es nuevo, ya que de la misma forma que los incrementos de los costes laborales o de otros factores asociados a la profesionalización del sector repercuten en el coste del servicio, también las nuevas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales se trasladarían inevitablemente al precio final del mismo.

Todo ello evidencia la necesidad de revisar y actualizar las cuantías correspondientes a las prestaciones económicas vinculadas al servicio de ayuda a domicilio reconocidas en la [Ley de dependencia](#), ya que solamente con dicha actualización podrá garantizarse la efectividad del derecho a los cuidados, configurado por el legislador como un derecho subjetivo de la ciudadanía ([art. 4 Ley 39/2006, de 14 de diciembre](#)) que debe quedar completamente protegido frente a cualquier aspecto que comprometa su ejercicio efectivo.

Subinspectores Laborales, Escala de Empleo y Seguridad Social

Francisco Manuel Colmenero Morales

Subinspector laboral, Escala Empleo y Seguridad Social

Extracto

El presente caso práctico reproduce el enunciado del supuesto referido a la actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social planteado como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo de Subinspectores[as] Laborales, Escala de Empleo y Seguridad Social, correspondiente a 2024 –Resolución de 26 de diciembre de 2024 (BOE de 6 de enero de 2025)–. En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

Palabras clave: Inspección de Trabajo y Seguridad Social; caso práctico; subinspectores laborales; acta de infracción; acta de liquidación; cotización; actuación inspectora.

Recibido: 23-09-2025 / Aceptado: 29-09-2025 / Publicado: 06-11-2025

Cómo citar: Colmenero Morales, F. M. (2025). Cuerpo de Subinspectores Laborales, Escala de Empleo y Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 220-250. <https://doi.org/10.51302/rts.2025.24811>

Labour Sub-Inspectors, Employment and Social Security Scale

Francisco Manuel Colmenero Morales

Labour Sub-Inspector, Employment and Social Security Scale

Abstract

This case on the work of the Inspection of Labour and Social Security has been raised as a third examination in the call for access to the Body of Labour Inspectors, Scale of Employment and Social Security, 2024 –Resolution of 26 December 2024 (BOE of 06 January 2025)–. Analyses the issues arising from the approach, incorporating the legal basis for the response.

Keywords: Inspection of Labour and Social Security; case study; labour subinspectors; infringement proceedings; liquidation proceedings; contribution; inspection activities.

Received: 23-09-2025 / Accepted: 29-09-2025 / Published: 06-11-2025

Citation: Colmenero Morales, F. M. (2025). Labour Sub-Inspectors, Employment and Social Security Scale. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 489, 220-250. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24811>

Enunciado

Supuesto 1

Con motivo de la orden de servicio 33/000XXXX/25, se inician actuaciones inspectoras respecto a la empresa Inversia Food, SL, con CCC 332274XXXXXX, CIF B-7297XXXX, dedicada a la actividad de «Restaurantes y puestos de comida» (CNAE 5610), con domicilio de actividad en la calle San Antonio, 10, Gijón, 33201 Principado de Asturias.

I. En fecha 1 de agosto de 2025, a las 21:05 horas, los/las subinspectores/as actuantes llevan a cabo visita de inspección al centro de trabajo de la empresa indicada ubicado en la calle San Antonio, 10, de Gijón, con el objeto de realizar control de empleo.

Se trata de un restaurante, con el nombre comercial Gastrobar Cantábrico, en el que, tras mostrar su acreditación, las personas actuantes proceden a realizar control de empleo, identificando a las personas que se encuentran trabajando. Se identifica a:

1. Sandra C., de nacionalidad española, con DNI ****4070**. Viste camisa blanca y chaqueta americana y pantalón negros en los que figura grabado en rojo un logotipo con la leyenda «Gastrobar Cantábrico». Manifiesta que es la jefa de sala del local y que trabaja en la empresa desde el 7 de marzo de 2025, con contrato indefinido a jornada completa.
2. Michael H., de nacionalidad venezolana, con NIE ****643**. Viste camisa y pantalón negros en los que figura grabado en rojo un logotipo con la leyenda «Gastrobar Cantábrico». Manifiesta que trabaja en la empresa desde el 17 de octubre de 2023, con contrato indefinido a jornada completa.
3. Marilyn T., de nacionalidad filipina, nacida en fecha 14 de septiembre de 1989, con pasaporte número P**134***, que exhibe y retira. Viste camisa y pantalón negros en los que figura grabado en rojo un logotipo con la leyenda «Gastrobar Cantábrico». Se encuentra realizando funciones de camarera y en el momento de la visita se aprecia como está sirviendo mesas y atendiendo a los clientes. Respecto a sus condiciones laborales manifiesta que lleva trabajando en el centro visitado desde hace cinco meses, con horario de las 11:00 horas a las 16:00 horas y de las 19:00 horas a las 22:00 horas, cinco días a la semana, y con salario aproximado de 1.100 euros/mes.
4. Leidy C., de nacionalidad colombiana, nacida en fecha 18 de agosto de 1986, con pasaporte número A**678**, que exhibe y retira. Viste camisa y pantalón negros en

los que figura grabado en rojo un logotipo con la leyenda «Gastrobar Cantábrico». Realiza funciones de camarera y en el momento de la visita se aprecia como está sirviendo mesas y atendiendo a los clientes. Respecto a sus condiciones laborales manifiesta que trabaja en el centro visitado desde hace una semana, con horario de las 11:30 horas a las 16:00 horas y de las 19:30 horas a las 23:00 horas, de lunes a viernes y salario aproximado de 1.500 euros.

5. Michael C., de nacionalidad filipina, con NIE ****666**. Se encuentra trabajando en la cocina, va uniformado con una chaquetilla y pantalón blancos de cocinero. Respecto a sus condiciones laborales manifiesta que ha comenzado a trabajar en el centro visitado ese mismo día, como cocinero, con horario de las 11:00 horas a las 14:00 horas y de las 20:00 horas a las 22:00 horas, de lunes a viernes.
6. Luis A., de nacionalidad española, con DNI ***1047**, que exhibe y retira. Se encuentra trabajando en la cocina; va uniformado (con una chaquetilla y pantalón blancos de cocinero y con una cinta blanca en la cabeza). Respecto a sus condiciones laborales manifiesta que «está a prueba» y que ha comenzado a trabajar ese mismo día. Le han dicho que su horario será de las 19:00 horas a las 22:30 horas, de lunes a viernes.
7. Rosalino A., de nacionalidad española, con DNI ***9118**, que exhibe y retira. Se encuentra trabajando en la cocina; va uniformado, de negro y con una cinta blanca en la cabeza. Respecto a sus condiciones laborales manifiesta que ha comenzado a trabajar ese mismo día como ayudante de cocina. Le han dicho que el trabajo será de viernes a domingo, con horario de las 19:00 horas a las 23:00 horas.

Una vez finalizado el control de empleo, se extiende diligencia formal dejando constancia de la actuación realizada y se confecciona y se hace entrega de citación dirigida a la empresa Inversia Food, SL, para que algún representante de la misma comparezca en las dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social el día 6 de agosto de 2025, con el objeto de aportar documentación. Entre la documentación requerida, se solicita, respecto de los trabajadores que se encontraban prestando servicios el día de la visita inspectora, lo siguiente:

- Contratos de trabajo de las personas identificadas en la visita.
- Comunicación de alta en la Seguridad Social de las mismas.
- Autorizaciones de trabajo y residencia de las personas extranjeras que fueron identificadas en la visita.

II. En fecha 6 de agosto de 2025, comparece en las dependencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social doña María G., administradora única de la sociedad, aportando diversa documentación. Respecto a los trabajadores Marilyn T., Leidy C. y Michael C., la empresa no aporta ninguna documentación. Tampoco aporta documentación alguna rela-

tiva a los trabajadores Luis A. y Rosalino A. Interrogada la administradora sobre tal extremo manifiesta que no la aportan porque no disponen de ella.

Respecto a las condiciones laborales de los trabajadores Marilyn T., Leidy C. y Michael C. la empresa manifiesta que pidió a estos trabajadores que acudiesen a trabajar porque dos de sus empleados en plantilla se encontraban de baja médica. Respecto a las condiciones laborales de Luis A., manifiesta que comenzó a prestar servicios en la empresa el mismo día de la visita inspectora.

Respecto a las condiciones laborales del trabajador Rosalino A., la administradora de la empresa manifiesta que es un antiguo trabajador de la empresa y que el día de la visita inspectora se encontraban en el centro de trabajo visitado realizando funciones de coordinación porque había muchos trabajadores nuevos.

Se extiende diligencia formal dirigida a la empresa Inversia Food, SL, dejando constancia de la actuación realizada y de la documentación aportada.

III. En fecha 10 de agosto de 2025, se completa la actuación mediante consulta de la situación de la empresa y los trabajadores en las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo Estatal, la base de datos sobre autorizaciones de Trabajo y Residencia de personas extranjeras y del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

De las comprobaciones realizadas se constatan los siguientes hechos:

1. Sandra C., de nacionalidad española, con DNI ****4070**. Figura dada de alta en la empresa desde el 7 de marzo de 2025, con contrato indefinido a jornada completa. La comunicación del alta se efectuó el 6 de marzo de 2025.
2. Michael H., de nacionalidad venezolana, con NIE ****643**, se comprueba que posee autorización de residencia de larga duración nacional, con documento expedido el 27 de septiembre de 2023 con validez hasta el 27 de septiembre de 2028. Figura dado de alta en la empresa desde el 17 de octubre de 2023, con contrato indefinido a jornada completa. La comunicación del alta se efectuó el 20 de octubre de 2023, indicando como fecha de inicio de la prestación de servicios el 17 de octubre de 2023.
3. Marilyn T., de nacionalidad filipina, nacida en fecha 14 de septiembre de 1989, con pasaporte número P**134**, carecía de las correspondientes autorizaciones administrativas para residir y trabajar en España, el día 1 de agosto de 2025, fecha en la que se realizó la visita inspectora y se constató su efectiva prestación de servicios en la empresa indicada.
4. Leidy C., de nacionalidad colombiana, nacida en fecha 18 de agosto de 1986, con pasaporte número A**678**, carecía de las correspondientes autorizaciones admi-

nistrativas para residir y trabajar en España, el día 1 de agosto de 2025, fecha en la que se realizó la visita inspectora y se constató su efectiva prestación de servicios en la empresa indicada.

5. Michael C., de nacionalidad filipina, con NIE ****666**, se comprueba que posee autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, para la ocupación de agricultura (peón agrícola) y ámbito Andalucía, expedida el 1 de junio de 2025 con una duración de un año. El trabajador no figura de alta en Seguridad Social por cuenta de ninguna empresa.
6. Luis A., de nacionalidad española con DNI ***1047**, se comprueba que la empresa solicitó el alta del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social el día 2 de agosto de 2025, indicando como fecha de inicio de la prestación de servicios el 1 de agosto de 2025.
7. Rosalino A., de nacionalidad española, con DNI ***9118**, se comprueba que no figura dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de la empresa en la fecha en la que se realizó la visita inspectora y se constató su efectiva prestación de servicios. También se comprueba que, el día de la visita inspectora, Rosalino A. figura como perceptor de la prestación por desempleo en su modalidad contributiva, por extinción total, desde el 1 de enero de 2025 sin que este hubiese comunicado a la entidad gestora la colocación. A fecha de hoy no consta que Rosalino A. haya efectuado comunicación alguna a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

No consta que la empresa disfrute de ningún tipo de beneficio derivado de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo.

A la vista de los hechos expuestos, se pide:

Considerando que la actividad inspectora de comprobación finaliza en la fecha de realización del ejercicio:

1. Analizar la situación de cada una de las personas identificadas en el supuesto e indicar todas las medidas a adoptar por el/la subinspector/a Laboral de Empleo y Seguridad Social, con el correspondiente razonamiento y fundamentación jurídica respecto a cada una de ellas.
2. Deberá señalar, en su caso, las actuaciones sancionadoras y/o liquidatorias resultantes.

En el caso de considerar necesaria la realización de actuaciones sancionadoras, deberá indicar con detalle los sujetos responsables, preceptos infringidos, tipificadores y sancionadores, indicando la cuantía de la sanción en grado mínimo, medio o máximo, y si se aprecian circunstancias agravantes y las posibles sanciones accesorias.

Si apreciase la necesidad de llevar a efecto actuaciones liquidatorias deberá indicar su fundamentación jurídica, sujeto responsable, conceptos objeto de liquidación, trabajadores afectados, periodo de liquidación y bases de cotización o cuotas no declaradas o declaradas de forma indebida.

3. Considerando las normas sobre acumulación de infracciones y demás normas aplicables, indique el número de actas de infracción y/o liquidación que proceda extender en cada caso.

Supuesto 2

El día 1 de julio de 2025 se recibe en la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Córdoba una denuncia del trabajador don Rafael G. contra la empresa Cerámicas Tradicionales, SL, sita en la localidad de La Rambla, provincia de Córdoba. El trabajador expone que se encuentra de baja médica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes desde el 1 de enero de 2025 y que la empresa no le paga desde entonces.

I. Con fecha 4 de agosto a las 10:00 horas, se inicia visita de inspección al establecimiento Cerámicas Tradicionales, SL. La actuación se desarrolla por un/una funcionario/a perteneciente al Cuerpo de Subinspectores Laborales de la Escala de Empleo y Seguridad Social. El establecimiento es una nave industrial, con zona de fabricación de elementos decorativos de arcilla y cerámica (taller), y zona de oficinas y atención al público.

a) Tras acceder al establecimiento el actuante se dirige a la zona de oficinas y después de identificarse es atendido por don Antonio P. y don Javier R., cada uno sentado en una mesa manejando un ordenador y expidiendo facturas a unos clientes.

- Don Antonio P. manifiesta que es administrador mancomunado y socio mayoritario de la sociedad y que está de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA).
- Don Javier R. manifiesta que es el otro administrador mancomunado y socio minoritario de la sociedad, y que ellos 2 gestionan la empresa visitada desde su apertura. Añade don Javier que es el socio de otra sociedad dedicada a la actividad de hostelería (Restaurante La Parada, SLU), de la que es administrador único y socio único y que está de alta en RETA. Igualmente indica que esta sociedad tiene 2 centros de trabajo: uno en La Rambla, sin trabajadores, que solo abre los fines de semana y en el que trabaja, y otro en Pozoblanco con varios trabajadores.

Preguntados por el número de trabajadores de la empresa visitada (Cerámicas Tradicionales, SL), manifiestan que tienen a 2 trabajadores, si bien, uno de ellos, Rafael, se encuentra de baja por enfermedad desde hace unos meses.

b) En el taller se encuentra un trabajador:

Don José Luis M., encargado, de 60 años de edad, nacido el 1 de mayo de 1965. Manifiesta que empezó a trabajar en la empresa el 1 de enero de 2018, cuando abrió la misma, y que presta servicios a tiempo completo.

La visita de inspección concluye a las 12:00 horas. Se extiende diligencia de actuación requiriendo la aportación de diversa documentación mercantil (escrituras de constitución de las 2 sociedades mencionadas) y laboral (contratos de trabajo, nóminas y justificación de pago de las mismas).

II. El día 18 de agosto de 2025, comparece la empresa Cerámicas Tradicionales, SL, representada por los 2 administradores mancomunados indicados, y la empresa Restaurante La Parada, SLU, representada por su administrador único. Se examina la siguiente documentación:

a. En relación con la empresa Cerámicas Tradicionales, SL:

1. Escrituras de constitución y estatutos sociales de Cerámicas Tradicionales, SL, que no han sido modificados, de fecha 1 de enero de 2018. De su contenido, interesa destacar lo siguiente:
 - 1.1. El capital social es de 200.000 euros y está dividido en 200 participaciones. La titularidad de las participaciones sociales corresponde a las siguientes personas:
 - a) Don Antonio P.: 180 participaciones.
 - b) Don Javier R.: 20 participaciones.
 - 1.2. La actividad de la empresa es la de «Fabricación de artículos cerámicos de uso doméstico y ornamental» (CNAE 2341).
 - 1.3. En la escritura de constitución son nombrados administradores mancomunados don Antonio P. y don Javier R. Según los estatutos sociales, los cargos de administradores mancomunados serán retribuidos a razón de 3.500,00 euros mensuales. La escritura de constitución no ha sido modificada.
 - 1.4. Don Javier R. aporta la escritura de su empresa de hostelería (Restaurante La Parada, SLU), de fecha 1 de enero 2017, donde consta que es el administrador único y socio único de la misma. Su objeto social comprende las actividades de hostelería en general («Servicios de comidas y bebidas»).

Se realiza consulta en la base de datos de la Seguridad Social donde constan las siguientes altas en la vida laboral de los administradores:

- Don Antonio P. se encuentra de alta en el RETA, como autónomo societario de Cerámicas Tradicionales, SL, desde el 1 de enero de 2018.
- En la vida laboral de don Javier R. solo consta su alta en RETA como autónomo societario de Restaurante La Parada, SL, desde el 1 de enero de 2017.

2. Al examinar las nóminas de los trabajadores se comprueba lo siguiente:

- 2.1. Los trabajadores perciben sus nóminas por transferencia los días 5 de cada mes.
- 2.2. A don Rafael G., denunciante, desde enero de 2025 no se le transfiere cantidad alguna. Interrogados los administradores sociales por tal extremo durante la comparecencia, estos indican que como está de baja ya no se le paga.

Se realiza consulta en la base de datos de la Seguridad Social, comprobándose que Rafael G., de alta en la empresa desde el 1 de enero de 2020, se encuentra de baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes desde el 1 de enero del 2025, continuando en dicha situación. Igualmente se comprueba que la empresa está cotizando correctamente por el trabajador durante toda la situación de incapacidad temporal y no se ha deducido en sus cotizaciones a la Seguridad Social cantidad alguna en concepto de pago delegado de prestaciones económicas por incapacidad temporal, desde el 1 de enero de 2025.

2.3. En las nóminas de enero a julio de 2025 de don José Luis M. constan las siguientes retribuciones:

- Salario base: 1.500,00 euros.
- Parte proporcional de 2 pagas extraordinarias: 250,00 euros.
- Base de cotización mensual: 1.750,00 euros.
- En la nómina de mayo de 2025 consta el abono de 12.000,00 euros en concepto de «indemnización por edad», cantidad que no se incluye en la base de cotización del mes en que se abonó ni en ningún periodo anterior o posterior.

El artículo 26 del Convenio colectivo aplicable a la empresa dispone lo siguiente: «Los trabajadores con una antigüedad superior a 5 años, percibirán al cumplir 60 años una cantidad a tanto alzado no cotizable de 12.000,00 euros».

Interrogados los administradores sociales por tal extremo durante la comparecencia, estos indican que no se ha cotizado por ese importe para dar cumplimiento al Convenio colectivo.

No consta que la empresa Cerámicas Tradicionales, SL, disfrute de ningún tipo de beneficio derivado de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo.

b. En lo que respecta a la sociedad Restaurante La Parada, SLU:

1. Consultada la base de datos del Registro Mercantil, se comprueba que es titular de dos centros de trabajo:

- a) Un bar en la localidad de La Rambla (Córdoba), en el que presta servicios únicamente el propio don Javier R. Este establecimiento solo está abierto sábados y domingos.
- b) A su vez, la sociedad Restaurante La Parada, SLU, es titular de un restaurante situado en la calle Antonio Porras, 14, de la localidad cordobesa de Pozoblanco, anunciado comercialmente como «El Rinconcillo». En este centro de trabajo figuran dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social 14 trabajadores por cuenta ajena, todos ellos con contrato indefinido y a jornada completa, desde el 1 de enero de 2025, y está dedicado a la actividad de restaurantes y puestos de comida (CNAE 5610).

Conforme consta en la base de datos de la Seguridad Social: los 14 trabajadores han sido baja en el Régimen General de la Seguridad Social el día 31 de diciembre de 2024 en la empresa Taberna Andaluza, SL. Esta sociedad consta como titular del centro de trabajo situado en la calle Antonio Porras, 14, de Pozoblanco, hasta el 31 de diciembre de 2024. La actividad del centro es la de restaurantes y puestos de comida (CNAE 5610). Actualmente esta empresa no dispone de ningún centro de trabajo.

Taberna Andaluza, SL, figura en la base de datos de la Seguridad Social con una deuda vigente con la Seguridad Social de 100.000 euros, generada en el periodo comprendido entre marzo de 2024 y octubre de 2024 (ambos meses incluidos). La deuda corresponde a las cotizaciones sociales relativas a los trabajadores del centro sito en la calle Antonio Porras, 14, de Pozoblanco. La empresa solicitó, todos esos meses, a la Tesorería General de la Seguridad Social el cálculo de la liquidación correspondiente a cada trabajador y transmitió por medios electrónicos los datos necesarios para realizar dicho cálculo, dentro del plazo reglamentario, pero pese a ello no ingresó las cotizaciones correspondientes.

2. Se examina la siguiente documentación aportada por don Javier R. en la comparecencia, en representación de la sociedad Restaurante La Parada, SLU:
 - 2.1. Contratos de trabajo y recibos de salarios de los 14 trabajadores que prestan servicios en el Restaurante «El Rinconcillo» de Pozoblanco. Como se ha indicado, todos están contratados como indefinidos y a jornada completa. Tienen las siguientes ocupaciones: un encargado, un jefe de cocina, dos cocineros, dos ayudantes de cocina, dos camareros de barra y seis camareros de sala.
 - 2.2. Contrato de traspaso de negocio suscrito el día 23 de diciembre de 2024 entre Restaurante La Parada, SLU, y Taberna Andaluza, SL. En virtud del cual, con efectos del 1 de enero de 2025, Taberna Andaluza, SL, cede a Restaurante La Parada, SLU, la explotación del negocio de bar y restaurante «El Rinconcillo», situado en la calle Antonio Porras, 14, de Pozoblanco, traspasando la propiedad de todo el mobiliario, electrodomésticos y enseres existentes (conforme al inventario que se adjunta), a cambio del precio de 150.000 euros.
 - 2.3. Comunicaciones escritas de subrogación en la posición de empleadora realizadas por Restaurante La Parada, SLU, a los 14 trabajadores que prestan servicios en «El Rinconcillo» y a los que comunicó su alta en el Régimen General de la Seguridad Social. En los datos informáticos de la Tesorería General de la Seguridad Social consta comunicada correctamente el alta de los 14 trabajadores afectados por la correspondiente subrogación.

III. El día de 27 de agosto, comparece la representación legal de la empresa Taberna Andaluza, SL. Presenta los contratos de trabajo de los 14 trabajadores que ha tenido en alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el mes de diciembre de 2024, que son los 14 que han pasado a ser contratados por Restaurante La Parada, SLU. En esos contratos de trabajo constan las mismas ocupaciones que en los contratos de trabajo y recibos de salarios presentados por Restaurante La Parada, SL.

También presenta la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad Taberna Andaluza, SL, de fecha 27 de febrero de 2001. El objeto social comprende las actividades de restauración, cafetería, bar y alojamiento hotelero. La escritura de constitución no ha sido modificada.

En los datos informáticos de la Tesorería General de la Seguridad Social, el único centro de trabajo del que ha sido titular Taberna Andaluza, SL, es el situado en la calle Antonio Porras, 14, de Pozoblanco, dedicado a la actividad de restaurantes y puestos de comida (CNAE 5610).

A la vista de lo expuesto se pide:

1. Considerando que la actividad inspectora de comprobación finaliza en la fecha de realización del ejercicio, indique las medidas derivadas de las actuaciones inspectoras que procedan. Deberá pronunciarse sobre el adecuado encuadramiento en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social de los administradores de las sociedades referidas en el supuesto y las posibles responsabilidades solidarias o subsidiarias por deudas con la Seguridad Social que se deduzcan de los hechos expuestos.
2. También deberá señalar, en su caso, las actuaciones sancionadoras y/o liquidatorias resultantes.

Si apreciase la necesidad de llevar a efecto actuaciones liquidatorias deberá indicar su fundamentación jurídica, sujeto responsable, conceptos objeto de liquidación, trabajadores afectados, periodo de liquidación y bases de cotización o cotizaciones correspondientes, conforme a los datos ofrecidos en el supuesto. No es necesario calcular las posibles liquidaciones.

En el caso de considerar necesaria la realización de actuaciones sancionadoras, deberá indicar con detalle los sujetos responsables, preceptos infringidos, tipificadores y sancionadores, indicando la cuantía de la sanción en grado mínimo, medio o máximo, y si se aprecian circunstancias agravantes y las posibles sanciones accesorias.

3. Considerando las normas sobre acumulación de infracciones y demás normas aplicables, indique el número de actas de infracción y/o liquidación que proceda extender en cada caso.

Madrid, a 6 de septiembre de 2025

Solución

Supuesto 1

Considerando que la actividad inspectora de comprobación finaliza en la fecha de realización del ejercicio (6 de septiembre de 2025):

1. Analizar la situación de cada una de las personas identificadas en el supuesto e indicar todas las medidas a adoptar por el/la Subinspector/a Laboral de Empleo y Seguridad Social, con el correspondiente razonamiento y fundamentación jurídica respecto a cada una de ellas.

1. Sandra C.: la trabajadora es vista durante la visita de inspección con el uniforme del establecimiento, manifiesta durante la actuación tanto las funciones realizadas como la fecha de inicio de la relación laboral y la modalidad contractual utilizada.

Del análisis de la documentación aportada por la empresa y de las comprobaciones efectuadas respecto a la trabajadora en la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) se desprende que efectivamente la trabajadora consta en situación de alta desde el día 7 de marzo de 2025, habiéndose efectuado dicho trámite el día 6 de marzo de 2025, cumpliendo la obligación de solicitar el alta en Seguridad Social de los trabajadores con carácter previo al inicio de la relación laboral establecida en el artículo 32.3.1.⁰¹ del Real Decreto (RD) 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero).

2. Michael H.: trabajador de nacionalidad venezolana que, al igual que la trabajadora anterior, viste el uniforme de la empresa. Manifiesta durante la visita que inicia la relación laboral con fecha 17 de octubre de 2023 mediante un contrato indefinido a jornada completa.

Del análisis de la documentación empresarial, así como de las consultas efectuadas en la base de datos de la TGSS y en la base de datos sobre autorizaciones de Trabajo y Residencia de personas extranjeras, se produce la comprobación de la existencia de autorización vigente de residencia de larga duración nacional, por lo que no procedería actuación sobre el trabajador en el ámbito de migraciones².

En relación con el alta del trabajador, se observa que, aunque el inicio de la relación laboral es con fecha 17 de octubre, tal y como también manifiesta el trabajador, la fecha de comunicación a la TGSS es posterior, concretamente del día 20 de octubre de 2023, vulnerándose lo establecido en el artículo 32.3.1.º del RD 84/1996. Esta situación de dar de alta en Seguridad Social al trabajador fuera del plazo establecido está tipificada como infracción en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS– (BOE de 8 de agosto), por lo que procede extensión de acta de infracción en virtud del artículo 20 de

¹ «Las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para el inicio de aquella».

² Las personas que cuentan con autorización de residencia de larga duración se encuentran autorizadas para residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles según el artículo 32.1 de la Ley orgánica (LO) 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero). En términos similares se da redacción al artículo 182 del RD 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 20 de noviembre).

la LISOS y del artículo 14.5 en relación con el artículo 22.5 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio).

3. Marilyn T.: trabajadora de nacionalidad filipina que, al igual que los trabajadores precedentes, porta el uniforme de la empresa. Además de lo anterior, se refleja por los actuantes que realiza tareas de camarera como son servir las mesas y atender a los clientes, elementos que refuerzan la presunción de certeza de los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en relación con una posible acta de infracción³. Finalmente, manifiesta que trabaja en la empresa 5 días a la semana de 11:00 a 16:00 horas y de 19:00 a 22:00 horas, desde hace 5 meses, siendo el salario aproximado de 1.100 euros.

Respecto a esta trabajadora la empresa no aporta documentación, manifestándose por la empresa durante la comparecencia presencial del día 6 de agosto que pidió a doña Marilyn T. que acudiese a trabajar ya que dos empleados se encontraban de baja médica.

En las consultas efectuadas en la base de datos de la TGSS y en la base de datos sobre autorizaciones de trabajo y residencia de personas extranjeras, se constata que doña Marilyn T. carece de la preceptiva autorización de residencia y trabajo. Al ser la trabajadora de nacionalidad filipina y, por tanto, extranjera no comunitaria, se le aplicarán los preceptos establecidos en la LO 4/2000, así como el resto de normativa de desarrollo.

En virtud del artículo 55.2 párrafo segundo⁴ de la LO 4/2000, los hechos descritos suponen una vulneración de los preceptos establecidos en dicha norma, sancionable por la ITSS, por lo que procede extensión de acta de infracción.

4. Leidy C.: trabajadora de nacionalidad colombiana a la cual se ve efectuando labores de camarera –sirviendo mesas y atendiendo a los clientes– vestida con el uniforme de la empresa. La trabajadora manifiesta que trabaja de lunes a viernes de 11:30 a 16:00 horas y de 19:30 a 23:00 horas, percibiendo un salario aproximado de 1.500 euros.

La empresa durante la comparecencia no aporta documentación de la trabajadora e indica que acude a trabajar debido a necesidades empresariales al encontrarse dos trabajadores de plantilla en situación de baja médica.

³ La presunción de certeza derivada de las comprobaciones inspectoras se establece en el artículo 23 de la Ley 23/2015.

⁴ «En los supuestos calificados como infracción leve del artículo 52.c), d) y e), graves del artículo 53.1.b), y 53.2.a), y muy grave del artículo 54.1.d) y f), el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones a las autoridades referidas en el párrafo anterior».

En las consultas efectuadas en la base de datos de la TGSS y en la base de datos sobre autorizaciones de trabajo y residencia de personas extranjeras, se constata que doña Leidy C. carece de la preceptiva autorización de residencia y trabajo. Al ser la trabajadora de nacionalidad colombiana y, por tanto, extranjera no comunitaria, se le aplicarán los preceptos establecidos en la LO 4/2000, así como el resto de normativa de desarrollo.

En virtud del artículo 55.2 párrafo segundo⁵ de la LO 4/2000, los hechos descritos suponen una vulneración de los preceptos establecidos en dicha norma, sancionable por la ITSS, por lo que procede extensión de acta de infracción.

5. Michael C.: trabajador de nacionalidad filipina, que se encuentra en el momento de la visita trabajando en la zona de cocina vistiendo el uniforme establecido para ello. Indica que comienza a trabajar el día de la visita con horario de 10:00 a 14:00 horas y de 20:00 a 22:00 horas de lunes a viernes.

Al no existir documentación empresarial en relación con el trabajador, de la consulta realizada en la base de datos de la TGSS se advierte la inexistencia de alta en el sistema de Seguridad Social. En relación con la situación administrativa del trabajador, la consulta en la base de datos sobre autorizaciones de trabajo y residencia de personas extranjeras pone de manifiesto que posee autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena para la ocupación de peón agrícola dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De lo expuesto en el supuesto es necesario remarcar que no existe alta en Seguridad Social «por cuenta de ninguna empresa» estando supeditada la eficacia de la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena al alta del trabajador en la Seguridad Social, situación que en el momento de la visita, tal y como se deriva de las comprobaciones efectuadas en la base de datos de la TGSS, no se ha producido, lo que constituye una infracción en materia de extranjería por vulnerarse lo previsto en los artículos 36 y 38 de la LO 4/2000, así como de los artículos 72 y siguientes del RD 1155/2024.

En virtud del artículo 55.2 párrafo segundo⁶ de la LO 4/2000, los hechos descritos suponen una vulneración de los preceptos establecidos en dicha norma, sancionable por la ITSS, por lo que procede extensión de acta de infracción.

6. Luis A.: el trabajador se encuentra con el uniforme previsto para la zona de cocina efectuando tareas en esta. Manifiesta a los actuantes que comienza a trabajar el día de la visita y que «está a prueba». Indica que el horario de actividad será de lunes a viernes de 19:00 a 22:30 horas.

⁵ Vid. nota 4.

⁶ Vid. nota 4.

La empresa no entrega documentación relativa a don Luis A. De la comprobación de la base de datos de la TGSS se obtiene como resultado que el trabajador consta en alta en el sistema de Seguridad Social mediante solicitud posterior al día de la visita –día 2 de agosto de 2025–. El incumplimiento de la obligación de solicitar el alta en Seguridad Social con carácter previo a la prestación de servicios y además realizarla como consecuencia de actuación inspectora, está tipificada como infracción en la LISOS, por lo que procede extensión de acta de infracción en virtud del artículo 20 de dicho texto refundido y del artículo 14.5 en relación con el artículo 22.5 de la Ley 23/2015.

7. Rosalino A.: trabajador de nacionalidad española que se encuentra prestando servicios en la zona de cocina vistiendo el mismo uniforme que el resto de sus compañeros de dicha área. Manifiesta que comienza a trabajar en ese mismo día y que el horario previsto para su contrato es de 19:00 a 23:00 horas de viernes a domingo.

La empresa no aporta documentación en relación con el trabajador, aunque la administradora de la empresa indica en comparecencia que es un antiguo trabajador de la sociedad que ejercía el día de la visita funciones de coordinación.

El análisis de la base de datos de la TGSS revela que el trabajador, además de no estar de alta en Seguridad Social, es beneficiario de una prestación por desempleo sin que se haya comunicado a la entidad gestora la colocación. Estos hechos suponen dos infracciones diferenciadas calificadas como muy graves. Por un lado, una a la empresa por la falta de alta del trabajador teniendo una situación incompatible con el trabajo por cuenta ajena y otra al propio empleado por no comunicar dicha incompatibilidad. Ambas actas se extenderán con base en los artículos 20 de la LISOS y 14.5 en relación con el artículo 22.5 de la Ley 23/2015.

2. Deberá señalar, en su caso, las actuaciones sancionadoras y/o liquidatorias resultantes.

En el caso de considerar necesaria la realización de actuaciones sancionadoras, deberá indicar con detalle los sujetos responsables, preceptos infringidos, tipificadores y sancionadores, indicando la cuantía de la sanción en grado mínimo, medio o máximo, y si se aprecian circunstancias agravantes y las posibles sanciones accesorias.

Si apreciase la necesidad de llevar a efecto actuaciones liquidatorias deberá indicar su fundamentación jurídica, sujeto responsable, conceptos objeto de liquidación, trabajadores afectados, periodo de liquidación y bases de cotización o cuotas no declaradas o declaradas de forma indebida.

En primer lugar, antes de continuar con la respuesta al caso práctico, es necesario indicar que aunque la empresa no aporta la documentación de Marilyn T., Leidy C., Michael C., Luis A. y Rosalino A., no consideramos como factible o adecuada la extensión de acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora puesto que, aunque no se ha aportado la

documentación requerida mediante diligencia de actuación, lo que podría entenderse como una vulneración de la obligación de colaboración con los funcionarios de la ITSS prevista en el artículo 18 de la Ley 23/2015, lo cierto es que se trata de documentación que afecta a trabajadores sin alta y, por lo tanto, es comprensible la inexistencia de contrato de trabajo y de comunicación de alta en Seguridad Social.

Dicho lo anterior, continuamos exponiendo las actuaciones sancionadoras y/o liquidatorias:

1. Sandra C.: no procede actuación sancionadora.

2. Michael H.: de los hechos comprobados se deriva la siguiente acta de infracción en materia de Seguridad Social:

Sujeto responsable: Inversia Food, SL.

Preceptos infringidos: artículos 16.2, 139.1 y 140.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social –LGSS– (BOE de 31 de octubre) y 7.3, 29.1.1.º, 30.1 y 32.3.1.º del RD 84/1996.

Precepto tipificador: artículo 22.10 de la LISOS, que califica como infracción grave:

La solicitud de afiliación o del alta de los trabajadores que ingresen a su servicio fuera del plazo establecido al efecto, cuando no mediare actuación inspectora, o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

Circunstancias agravantes: no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes establecidas en el artículo 39.2 de la LISOS, con lo que en virtud del artículo 39.6 de dicho texto legal, la sanción se propone en grado mínimo, tramo inferior.

Sanción: 751 euros⁷.

3. Marilyn T.: en este caso, la infracción y la sanción inherente a la misma son en materia de extranjería. El acta de infracción es la siguiente:

Sujeto responsable: Inversia Food, SL.

Preceptos infringidos: artículos 36.1 y 36.4 de la LO 4/2000 y 72 y 73 del RD 1155/2024.

⁷ Se aplica la cuantía de la sanción establecida en el artículo 40.1 b) de la LISOS.

Precepto tipificador: artículo 54.1 d) de la LO 4/2000, que califica como infracción muy grave «La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito».

Circunstancias agravantes: no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes establecidas en el artículo 55.3 de la LO 4/2000, por lo que la sanción se propone en grado mínimo, tramo inferior.

Sanción: 10.041,41 euros.

Además de la sanción establecida en el artículo 55.1 c) –10.001€– la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre), en su artículo 48 establece que:

[...] se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.

En este caso, aunque la trabajadora manifiesta un salario aproximado e indica a los actuantes que el vínculo laboral tiene una duración de 5 meses, no existen elementos de convicción suficientes para corroborar la versión de la trabajadora, por lo que consideramos más ajustado a derecho únicamente actuar en relación con el día de la visita, puesto que es cuando se aprecia la efectiva prestación de servicios de la trabajadora doña Marilyn T.

Asimismo, tampoco se ha podido comprobar el salario real percibido por la trabajadora en la comparecencia de la empresa, además, de las declaraciones espontáneas efectuadas por doña Marilyn T. y doña Leidy C. se desprenden diferencias de cuantía salarial efectuando ambas trabajadoras el mismo trabajo e indicando la prestación de servicios durante el mismo número de horas, por lo que para el cálculo de la cuantía correspondiente al incremento establecido en el artículo 48 de la Ley 62/2003 seguiremos el siguiente procedimiento:

- Tomamos como referencia la base mínima y la base máxima, ambas diarias, correspondientes al grupo 10 de cotización, según la orden de cotización vigente en ese momento⁸. Las cantidades son 46,04 y 163,65 euros

⁸ Orden PJC/178/2025, de 25 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2025 (BOE de 26 de febrero).

respectivamente. Dichas cantidades se suman y se dividen entre dos, para calcular la base media. En este caso el resultado es de 104,85 euros.

- A los 104,85 euros que configuran nuestra base de cotización, es necesario aplicarles los tipos de cotización vigentes, cuyo resultado es 38,55 %⁹.
- De aplicar a la base (104,85 €), los tipos de cotización (38,55 %) obtenemos la cuota 40,41 euros, cuantía que debemos sumar a los 10.001 euros iniciales.

Sanciones accesorias: se propone en virtud del artículo 55.6 de la LO 4/2000 «la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años».

4. Leidy C.: en este caso, la infracción y la sanción inherente a la misma son en materia de extranjería. El acta de infracción es la siguiente:

Sujeto responsable: Inversia Food, SL.

Preceptos infringidos: artículos 36.1 y 36.4 de la LO 4/2000 y 72 y 73 del RD 1155/2024.

Precepto tipificador: artículo 54.1 d) de la LO 4/2000, que califica como infracción muy grave «La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito».

Circunstancias agravantes: no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes establecidas en el artículo 55.3 de la LO 4/2000, con lo que la sanción se propone en grado mínimo, tramo inferior.

Sanción: 10.041,41 euros.

Al igual que en el caso de la trabajadora del punto anterior, se ha de aplicar el incremento establecido en el artículo 48 de la Ley 62/2003. Las circunstancias en ambas trabajadoras son similares, existiendo solo la diferencia de que la trabajadora doña Leidy C. indica que, en lugar de 5 meses, la relación laboral es solo de una semana y que el salario aproximado es de 1.500 euros, pero al no existir

⁹ Cantidad resultante de sumar los siguientes tipos de cotización: 28,3 % (contingencias comunes); 7,05 % (desempleo); 0,2 % (Fondo de Garantía Salarial –FOGASA–); 0,7 % (formación profesional); 0,8 % (Mecanismo de equidad intergeneracional) –Orden PJC/178/2025–; 1,50 % (AT/EP. Epígrafe 56 –disp. final quinta. Modificación de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2007–).

elementos que nos permitan comprobar la realidad de lo indicado, optamos como con doña Marilyn T. por emplear bases medias correspondientes al grupo 10 de cotización.

El cálculo sería igual al ya expuesto en el punto anterior, por tanto, lo damos por reproducido y de ahí que la sanción propuesta lo sea en la misma cuantía.

Sanciones accesorias: se propone en virtud del artículo 55.6 de la LO 4/2000 «la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años».

5. Michael C.: en este caso, la infracción y la sanción inherente a la misma son en materia de extranjería. El acta de infracción es la siguiente:

Sujeto responsable: Inversia Food, SL.

Preceptos infringidos: artículos 36.1 y 36.4 de la LO 4/2000 y 72 y 73 del RD 1155/2024.

Precepto tipificador: artículo 54.1 d) de la LO 4/2000, que califica como infracción muy grave «La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito».

Circunstancias agravantes: no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes establecidas en el artículo 55.3 de la LO 4/2000, por lo que la sanción se propone en grado mínimo, tramo inferior.

Sanción: 10.041,41 euros¹⁰.

Sanciones accesorias: se propone en virtud del artículo 55.6 de la LO 4/2000 «la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años».

6. Luis A.: su falta de alta en Seguridad Social conlleva la siguiente acta de infracción en materia de Seguridad Social¹¹:

Sujeto responsable: Inversia Food, SL.

Preceptos infringidos: artículos 16.2, 18.1, 2 y 3, 22.1, 29.1, 139.1, 140.1, 141.1, 142.1, 144.1, 2, 3 y 4 de la LGSS y 7.3, 29.1.1.º y 32.3.1.º del RD 84/1996.

¹⁰ Al igual que en el caso de las trabajadoras Marilyn T. y Leidy C., se ha de aplicar el incremento establecido en el artículo 48 de la Ley 62/2003 utilizándose las mismas bases y tipos de cotización, por lo que la cuota final que constituye el incremento de la sanción es de 40,41 euros.

¹¹ Es necesario indicar que, al no existir tramitación de alta con posterioridad a la visita, con carácter previo al acta de infracción, se debe solicitar a la TGSS el alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social mediante un contrato indefinido ordinario.

Precepto tipificador: artículo 22.2 de la LISOS, que califica como infracción grave «No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

Circunstancias agravantes: no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes establecidas en el artículo 39.2 de la LISOS, con lo que en virtud del artículo 39.6 de dicho texto legal la sanción se propone en grado mínimo, tramo inferior.

Sanción: 4.500 euros¹².

Sanciones accesorias: el artículo 46.2 de la LISOS establece unas sanciones accesorias concretas para esta infracción¹³, pero al no existir ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios aplicados en la empresa, no procede su aplicación.

7. Rosalino A.: las comprobaciones efectuadas durante la actuación inspectora tienen como resultado las siguientes actas de infracción diferenciadas en materia de Seguridad Social¹⁴:

Sujeto responsable: Inversia Food, SL.

Preceptos infringidos: artículos 139.1 y 140.1, en relación con el artículo 282.2 de la LGSS y 29.1.1.º y 32.3.1.º del RD 84/1996, en relación con el artículo 15.1 b) 1.º del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE de 7 de mayo).

Precepto tipificador: artículo 23.1 a) de la LISOS, que califica como infracción muy grave:

Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad.

¹² Resultado de aplicar a la cuantía de la sanción prevista en el artículo 40.1 e) 1.º -3.750 €- el incremento establecido en dicho artículo, que en este caso concreto es del 20 %, al existir la presente infracción del artículo 22.2 de la LISOS y otra infracción del artículo 23.1 a) del mismo texto legal.

¹³ «Cuando la conducta del empresario de lugar a la aplicación del tipo previsto en el artículo 22.2, con independencia del número de trabajadores afectados, se aplicarán las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado anterior [entiéndase el art. 46.1 LISOS], si bien el plazo de exclusión previsto en la letra b) podrá ser de un año».

¹⁴ Con carácter previo al acta de infracción, se debe solicitar a la TGSS el alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social mediante un contrato indefinido ordinario.

Circunstancias agravantes: no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes establecidas en el artículo 39.2 de la LISOS, con lo que en virtud del artículo 39.6 de dicho texto legal la sanción se propone en grado mínimo, tramo inferior.

Sanción: 14.401,20 euros¹⁵.

Sanciones accesorias: este tipo de infracción conlleva la sanción accesoria establecida en el artículo 46.1 apartados a) y b) de la LISOS¹⁶, si bien al no constar beneficios a la contratación, ni ningún otro tipo de ayuda, bonificación o subvención, tales sanciones accesorias no podrían aplicarse.

Además de la sanción a la empresa, el trabajador ha estado compatibilizando prestación por desempleo con actividad laboral sin que haya comunicado al Servicio Público de Empleo Estatal dicha situación. Esta conducta se tipifica como infracción en la LISOS, por lo que se extiende la siguiente acta de infracción:

Sujeto responsable: Rosalino A.

Preceptos infringidos: artículo 299 h) en relación con el artículo 282.2 de la LGSS y el artículo 28.2 del RD 625/1985.

Precepto tipificador: artículo 26.2 de la LISOS, que califica como infracción muy grave «Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente».

Sanción: extinción de la prestación por desempleo.

Sanciones accesorias: se propone la establecida en el artículo 47.1 c) de la LISOS consistente en «excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante un año, así como del derecho a participar durante ese período en formación profesional para el empleo».

¹⁵ Resultado de aplicar a la cuantía de la sanción previsto en el artículo 40.1 e) 2.º –12.001 €– el incremento establecido en dicho artículo, que este caso concreto es del 20 %, al existir junto a esta infracción del artículo 23.1 a) de la LISOS una del artículo 22.2 del mismo texto legal.

¹⁶ «a) Perderán, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.

La pérdida de estas ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción, de forma motivada.

b) Podrán ser excluidos del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un periodo máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción».

3. Considerando las normas sobre acumulación de infracciones y demás normas aplicables, indique el número de actas de infracción y/o liquidación que proceda extender en cada caso.

Siguiendo la redacción dada al artículo 16, párrafo primero¹⁷, del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE de 3 de junio), en este primer supuesto existirían cinco actas, cuatro para la empresa y una para el trabajador Rosalino A. que se distribuyen de la siguiente manera:

- Seguridad Social:
 - Un acta correspondiente a la infracción del artículo 22.10 de la LISOS.
 - Un acta correspondiente a la infracción del artículo 22.2 de la LISOS.
 - Un acta correspondiente a la infracción del artículo 23.1 a) de la LISOS.
- Movimientos migratorios y trabajos de extranjeros: un acta correspondiente a las tres infracciones del artículo 54.1 d) de la LO 4/2000.
- Colocación y empleo: un acta correspondiente a la infracción del artículo 26.2 de la LISOS.

Supuesto 2

1. Considerando que la actividad inspectora de comprobación finaliza en la fecha de realización del ejercicio, indique las medidas derivadas de las actuaciones inspectoras que procedan. Deberá pronunciarse sobre el adecuado encuadramiento en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social de los administradores de las sociedades referidas en el supuesto y las posibles responsabilidades solidarias o subsidiarias por deudas con la Seguridad Social que se deduzcan de los hechos expuestos.

Cerámicas Tradicionales, SL.

De lo manifestado por don Antonio P. y don Javier R. durante la visita de inspección efectuada, así como de la documentación aportada durante la comparecencia, se desprende de la existencia de capital social en cifra de 200.000 euros dividido en 200 participaciones,

¹⁷ «Cuando en una misma actuación inspectora se apreciasen varias presuntas infracciones, deberán acumularse en una sola acta las correspondientes a una misma materia, entendiéndose por tales las infracciones en las materias de relaciones laborales, de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social, de colocación y empleo, de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros y las motivadas por obstrucción».

correspondiendo 180 participaciones a don Antonio P. y 20 a don Javier R. Asimismo, ambos perciben como administradores 3.500 euros mensuales.

Las 180 participaciones de don Antonio P. representan el 90 % del capital social de la empresa Cerámicas Tradicionales, SL, lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 305.2 b) de la LGSS revela que posee el control efectivo de la sociedad ya que las participaciones de que dispone suponen más de la mitad del capital social, por lo que su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos –RETA– es correcto.

Por otra parte, don Javier R. posee únicamente el 10 % del capital social, no ajustándose a los criterios establecidos en el artículo 305.2 b) de la LGSS para su inclusión en el campo de aplicación del RETA por lo que respecta al desarrollo de su actividad en la empresa Cerámicas Tradicionales, SL.

Este hecho implica observar la redacción del artículo 136 de la LGSS. Al tener don Javier R. la consideración de administrador mancomunado y, por tanto, funciones de dirección y gerencia y, además, estar retribuido como administrador de la sociedad, en virtud del artículo 136.2 c) de la LGSS, don Javier R. debe estar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilado a trabajador por cuenta ajena, quedando excluido por dicha condición, de protección por desempleo y FOGASA.

Restaurante La Parada, SLU.

Durante la visita inspectora, don Javier R. manifiesta que es socio de la empresa Restaurante La Parada, SLU. De la escritura de la sociedad aportada en comparecencia y del análisis de la base de datos de la TGSS se desprende que don Javier R. es administrador único y socio único de la empresa, prestando además servicios de manera habitual personal y directa sábados y domingos, por lo que su encuadramiento en el RETA es correcto.

Taberna Andaluza, SL.

En relación con esta empresa, vamos a analizar las circunstancias que derivan de la existencia de una deuda vigente con la Seguridad Social por importe de 100.000 euros.

La empresa Taberna Andaluza, SL, desarrolló su actividad hasta que con fecha 1 de enero de 2025, según acuerdo firmado entre dicha empresa y Restaurante La Parada, SLU, se produce el traspaso del negocio, incluyendo mobiliario, electrodomésticos y enseres existentes por importe de 150.000 euros. Asimismo, los trabajadores de Taberna Andaluza, SL, fueron contratados en su totalidad por Restaurante La Parada, SLU.

Dicho traspaso se regula en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre) –ET–, concretamente en el apartado tercero de dicho artículo se establece que:

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

Por tanto, al existir deudas previas al traspaso y afectar a los mismos trabajadores, es necesario extender acta de liquidación por derivación de responsabilidad a la sociedad Restaurante La Parada, SLU, por la deuda vigente de 100.000 euros de Taberna Andaluza, SL.

2. También deberá señalar, en su caso, las actuaciones sancionadoras y/o liquidatorias resultantes.

Si aprecia la necesidad de llevar a efecto actuaciones liquidatorias deberá indicar su fundamentación jurídica, sujeto responsable, conceptos objeto de liquidación, trabajadores afectados, periodo de liquidación y bases de cotización o cotizaciones correspondientes, conforme a los datos ofrecidos en el supuesto. No es necesario calcular las posibles liquidaciones.

En el caso de considerar necesaria la realización de actuaciones sancionadoras, deberá indicar con detalle los sujetos responsables, preceptos infringidos, tipificadores y sancionadores, indicando la cuantía de la sanción en grado mínimo, medio o máximo, y si se aprecian circunstancias agravantes y las posibles sanciones accesorias.

Cerámicas Tradicionales, SL.

Respecto al objeto de la presente actuación inspectora, una denuncia de un trabajador con base en un supuesto de impago empresarial durante la situación de baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, se indica lo siguiente:

De la comparecencia, de la documentación aportada por la empresa, así como de la consulta efectuada en la base de datos de la TGSS, se desprende la existencia de impagos al trabajador don Rafael G., aunque la empresa continúa cotizando por este y no se ha deducido cantidad alguna en dichas cotizaciones en concepto de pago delegado.

Los hechos descritos, consistentes en no proceder en tiempo y cuantía al pago delegado de las prestaciones por incapacidad temporal derivadas de la colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social, sin llevar a cabo compensación alguna en los documentos de cotización, conlleva la extensión de la siguiente acta de infracción:

Sujeto responsable: Cerámicas Tradicionales, SL.

Preceptos infringidos: artículos 102.1 b) y 2 y 173 de la LGSS; artículos 3.1 a) y 2 y 16.1 c) de la Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966, por la que se

regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 7 de diciembre), y artículo 6.2 y 4 de la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 4 de noviembre).

Precepto tipificador: artículo 22.4 de la LISOS, que califica como infracción grave «Incumplir las obligaciones económicas derivadas de su colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social».

Circunstancias agravantes: no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes establecidas en el artículo 39.2 de la LISOS, por lo que en virtud del artículo 39.6 de dicho texto legal la sanción se propone en grado mínimo, tramo inferior.

Sanción: 751 euros¹⁸.

Respecto al administrador don Javier R.: la falta de alta del trabajador por encuadramiento indebido en el RETA por la actividad desarrollada en la empresa Cerámicas Tradicionales, SL, conlleva la siguiente acta de infracción:

Sujeto responsable: Cerámicas Tradicionales, SL.

Preceptos infringidos: artículos 16.2, 18.1, 2 y 3, 22.1, 29.1, 139.1, 140.1, 141.1, 142.1, 144.1, 2, 3 y 4 de la LGSS y 7.3, 29.1.1.º y 32.3.1.º del RD 84/1996.

Precepto tipificador: artículo 22.2 de la LISOS, que califica como infracción grave «No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

Circunstancias agravantes: no se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes establecidas en el artículo 39.2 de la LISOS, por lo que en virtud del artículo 39.6 de dicho texto legal la sanción se propone en grado mínimo, tramo inferior.

Sanción: 3.750 euros¹⁹.

Sanciones accesorias: el artículo 46.2 de la LISOS establece unas sanciones accesorias concretas para esta infracción²⁰, pero al no existir ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios aplicados en la empresa, no procede su aplicación.

¹⁸ Cuantía de la sanción establecida en el artículo 40.1 b) de la LISOS.

¹⁹ Cuantía de la sanción establecida en el artículo 40.1 e) 1.º de la LISOS.

²⁰ «Cuando la conducta del empresario dé lugar a la aplicación del tipo previsto en el artículo 22.2, con independencia del número de trabajadores afectados, se aplicarán las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado anterior [entiéndase el artículo 46.1 LISOS], si bien el plazo de exclusión previsto en la letra b) podrá ser de un año».

Por último, vamos a analizar el caso del trabajador don José Luis M. Este trabajador percibe, en la nómina de mayo de 2025, 12.000 euros en concepto de «indemnización por edad» no incluida en ninguna base de cotización. La empresa procede de esta manera indicando que el Convenio colectivo señala que tiene carácter no cotizable²¹ y que se han limitado a cumplir dicho extremo.

Es necesario señalar para el correcto análisis de esta cuestión que el artículo 3.1 del ET establece cuáles son las fuentes de la relación laboral y una jerarquía entre ellas, quedando los convenios colectivos supeditados al contenido de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, puesto que las normas jurídicas –ley o reglamento– establecen unas condiciones mínimas de derecho necesario. Dicho esto, y aunque el artículo 3.3 del ET menciona la posibilidad de existencia de conflicto entre normas laborales tanto estatales como pactadas, dicho precepto no es aplicable por la naturaleza del conflicto que estamos abordando, puesto que la negociación colectiva estaría entrando en cuestiones de cotización, liquidación y recaudación de cuotas, alejadas de las materias que le son propias.

Por tanto, siguiendo lo establecido en el artículo 147.1 de la LGSS²²; artículos 16.2 b)²³ y 23²⁴ del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE de 25 de enero de 1996), los 12.000 euros de indemnización deberán prorratearse a lo largo de los doce meses del año de su percepción, es decir, durante todo 2025. Como en el supuesto no solicita el cálculo de las posibles liquidaciones, simplemente indicar que los 12.000 euros han de dividirse entre 12, y el resultado obtenido –1.000 €– ha de añadirse a la base de cotización del trabajador durante todos los meses del año 2025.

En este supuesto, es necesario efectuar acta de liquidación en relación con los periodos ya vencidos, es decir, por los meses de enero a julio, ya que agosto estaría en el mes de

²¹ El artículo 26 del Convenio colectivo aplicable a la empresa dispone lo siguiente: «Los trabajadores con una antigüedad superior a 5 años, percibirán al cumplir 60 años una cantidad a tanto alzado no cotizable de 12.000,00 euros».

²² «La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año».

²³ «Las liquidaciones de cuotas referidas a conceptos retributivos incluidos en la base de cotización pero que se devenguen por períodos superiores al mensual o que no tengan carácter periódico y que se satisfagan dentro del correspondiente ejercicio económico se prorratearán en las liquidaciones mensuales de dicho ejercicio, en los términos que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social».

²⁴ Redacción en términos similares a la del artículo 147.1 de la LGSS.

septiembre dentro de plazo reglamentario de pago. Además, se ha de indicar a la empresa la necesidad de incluir en los meses restantes del año 2025 la cuantía mensual establecida para la adecuada cotización de la «indemnización por edad».

Acta de liquidación: practicada en virtud de los artículos 34.1 b) de la LGSS; 31.1 b) del RD 928/1998 y 65.1 b) del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (BOE de 25 de junio), reguladores del supuesto específico en caso de «diferencias de cotización por trabajadores dados de alta».

Sujeto responsable: Cerámicas Tradicionales, SL.

Periodo: del 1 de enero al 31 de julio de 2025.

Bases y tipos de cotización: las bases de cotización mensuales las componen los 12.000 euros divididos entre 12 y dicho resultado se establece de manera diferenciada para cada uno de los meses objeto de la presente acta de liquidación. A dicha cuantía se le han de aplicar los tipos de cotización vigentes²⁵.

Recargo: a las cuotas resultantes de aplicar los tipos de cotización a las bases mensuales, se les ha de aplicar el 20 % de recargo establecido en el artículo 30 de la LGSS.

Asimismo, al no haber efectuado el ingreso de las cuotas en la cuantía debida, de manera simultánea al acta de liquidación, se tramitará el acta de infracción, con la misma base y fundamento por la que se extiende el acta de liquidación, debido a la comisión de una infracción tipificada en el artículo 22.3 de la LISOS:

Sujeto responsable: Cerámicas Tradicionales, SL.

Preceptos infringidos: artículos 18.1, 2 y 3, 22.1, 141.1, 142.1, 144.1, 2, 3 y 4 y 147.1 de la LGSS, 6.1, 7.2, 13 y 22.1 del RD 2064/1995 y 6, 12 y 56 del RD 1415/2004.

Precepto tipificador: artículo 22.3 de la LISOS, que califica como infracción grave:

No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social [...], siempre que la falta de ingreso no obedezca

²⁵ 28,3 % (contingencias comunes); 7,05 % (desempleo); 0,2 % (FOGASA); 0,7 % (formación profesional); 0,8 % (Mecanismo de equidad intergeneracional); 3,10 % (AT/EP. Epígrafe 234 –disp. final quinta. Modificación de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2007–).

a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria.

Circunstancias agravantes: al ser la cuantía de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, incluyendo recargos, intereses y cuotas dejadas de ingresar inferior a 10.000 euros, la sanción se propone en grado mínimo²⁶.

Sanción: multa del 50 %²⁷ del importe de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta con las mismas, incluyendo recargos, intereses y costas –en el caso concreto analizado sería el 50 % del importe del acta de liquidación desarrollada con anterioridad–.

Taberna Andaluza, SL.

En relación con la deuda de 100.000 euros, hay que indicar que solo procedemos a sancionar aplicando el artículo 22.3 de la LISOS, ya que existen dos elementos que no nos permiten realizar a su vez acta de liquidación coordinada. En primer lugar, la existencia de una deuda totalizada de varios meses y, en segundo lugar, que, al existir falta de ingreso por trabajadores por cuenta ajena, la exigencia de tales deudas se realizó mediante la oportuna reclamación de deuda de la TGSS, tal y como viene regulado en los artículos 33.1 de la LGSS y 62.1 del RD 1415/2004.

Sujeto responsable: Taberna Andaluza, SL.

Preceptos infringidos: artículos 18.1, 2 y 3, 22.1, 141.1, 142.1, 144.1, 2, 3 y 4 y 147.1 de la LGSS, 6.1, 7.2, 13 y 22.1 del RD 2064/1995 y 6, 12 y 56 del RD 1415/2004.

Precepto tipificador: artículo 22.3 de la LISOS, que califica como infracción grave:

²⁶ El artículo 39.2 de la LISOS establece para este caso concreto, así como para la infracción del artículo 23.1 b), que:

[...] la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros.

²⁷ Siguiendo el artículo 40.1 d). 1.º de la LISOS:

La infracción grave del artículo 22.3 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 por ciento del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 por ciento; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 por ciento.

No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social [...], siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria.

Circunstancias agravantes: al ser la cuantía de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, incluyendo recargos, intereses y cuotas dejadas de ingresar superior a 25.000 euros, la sanción se impone en grado máximo²⁸.

Sanción: multa del 80,01 %²⁹ del importe de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta con las mismas, incluyendo recargos, intereses y costas. Lo que da un resultado de 80.010 euros.

Restaurante La Parada, SLU.

Se extiende acta de liquidación por derivación de responsabilidad por el importe total de la deuda de Taberna Andaluza, SL, en virtud de lo establecido en el artículo 34.1 c) de la LGSS, 31.1 c) del RD 928/1998 y 65.1 c) del RD 1415/2004.

3. Considerando las normas sobre acumulación de infracciones y demás normas aplicables, indique el número de actas de infracción y/o liquidación que proceda extender en cada caso.

- Seguridad Social:
 - **Cerámicas Tradicionales, SL.**
 - Un acta correspondiente a la infracción del artículo 22.4 de la LISOS.

²⁸ El artículo 39.2 LISOS establece para este caso concreto, así como para la infracción del artículo 23.1 b) que:

[...] la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros.

²⁹ Siguiendo el artículo 40.1 d) 1.º de la LISOS:

La infracción grave del artículo 22.3 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 por ciento del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 por ciento; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 por ciento.

- Un acta correspondiente a la infracción del artículo 22.2 de la LISOS.
- Un acta correspondiente a la infracción del artículo 22.3 de la LISOS coordinada con acta de liquidación.

- **Taberna Andaluza, SL.**
 - Un acta correspondiente a la infracción del artículo 22.3 de la LISOS.

- **Restaurante La Parada, SLU.**
 - Un acta de liquidación por derivación de responsabilidad