

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

156/2021

Primer Trimestre

156



Andalucía

ORIGEN & DESTINO

Quinto Concurso de la Primera Vuelta al Mundo



Junta de Andalucía

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

156

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Viceconsejero de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Bolonia

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada
	Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Huelva

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 156/2021

Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre	11
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	
Un estándar superior de planes de igualdad: más empresas, contenido y controles en la nueva regulación	51
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
Una primera aproximación a la nueva regulación jurídica sobre el teletrabajo en las Administraciones públicas: entre las necesidades del servicio público y la imparable digitalización del trabajo	93
MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA	
El Real Decreto-ley 28/2020 sobre el trabajo a distancia: ¿un marco normativo que satisface el ejercicio del derecho de representación de los trabajadores a distancia?	125
FERNANDO FITA ORTEGA	
La “conectividad” del trabajador: análisis desde una óptica preventiva	149
FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL	
Riesgos psicosociales del trabajo a través de plataformas digitales	167
MARTA FERNÁNDEZ PRIETO	
La formación dual universitaria: impresiones iniciales.....	187
MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO	

2. MERCADO DE TRABAJO

La Economía 4.0 y el cumplimiento de los derechos fundamentales ¿Compatibilidad o <i>trade-off</i> ?	219
ALBERTO VAQUERO GARCÍA	
El fomento de las start ups como vía para la creación de empleo en Andalucía	239
JOSÉ MANUEL SANTOS JAÉN Y RAFAEL GARCÍA GARCÍA	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

La labor sindical frente a los protocolos de seguridad en el sector de contact center: derecho a la intimidad y a la protección de datos de los usuarios vs derecho a la libertad sindical.....	257
---	-----

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

Organización en la empresa y contratación temporal: uso y abuso del contrato eventual en organismos públicos y de obra o servicio en la subcontratación	283
---	-----

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

Determinación de contingencias y conflicto de competencias: cambio de rumbo en orden al reintegro de gastos sanitarios	297
---	-----

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA Y SARA GUINDO MORALES

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía.....	319
--	-----

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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

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

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

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



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

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

6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

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

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

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 156/2021**

First Trimester

INDEX

1. STUDIES

Another breakthrough in equal pay between women and men: analysis of Royal Decree 902/2020 of 13 October	11
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	
A higher standard of equality plans: more companies, content and controls in the new regulation	51
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
A first approach to the new legal regulation on teleworking in public administrations: between the needs of the public service and the unstoppable digitization of work.....	95
MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA	
Royal Decree-Law 28/2020 on remote work: a regulatory framework that satisfies the exercise of the right of representation of remote workers?	127
FERNANDO FITA ORTEGA	
The “connectivity” of the worker: analysis from a preventive perspective.	151
FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL	
Psychosocial risks of work through digital platforms.....	169
MARTA FERNÁNDEZ PRIETO	
Psychosocial risks of work through digital platforms.....	189
MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO	

2. LABOUR MARKET

Economy 4.0 and compliance with fundamental rights Compatibility or trade-off?	223
ALBERTO VAQUERO GARCÍA	
Promoting start-ups as a way for job creation in Andalusia	
JOSÉ MANUEL SANTOS JAÉN Y RAFAEL GARCÍA GARCÍA	243

3. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE BARGAINING	
University of Cadiz	
Trade union work against security protocols in the contact center sector: right to privacy and data protection of users vs right to freedom of association.....	261
FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA	
MANAGEMENT POWER	
University of Cordoba	
Organization in the company and temporary contracting: use and abuse of the eventual contract in public agencies and construction or service in outsourcing. Basic parameters that should govern business leadership power as a result of the Supreme Court’s latest pronouncements.....	287
M ^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	
SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Granada	
Contingency determination and conflict of competence: change of course in order to refund health expenses	301
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA Y SARA GUINDO MORALES	

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia	323
--	-----

OTRO AVANCE EN LA IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES: ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 902/2020, DE 13 DE OCTUBRE

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Igualdad, retribución, reforma, registro salarial

Sobre la base de la interconexión de dos principios, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor y el principio de transparencia retributiva, y con el progreso en el desarrollo normativo de cuatro instrumentos de transparencia retributiva (el registro retributivo, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo y el derecho de información de las personas trabajadoras), el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que es objeto de comentario y análisis en el presente estudio, constituye un nuevo impulso, otro avance más en la garantía de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Se trata de una norma tan compleja, como necesaria; complejidad que se manifiesta, sobre todo, en la concreción de la obligación empresarial de pagar igual retribución por trabajo de igual valor, lo que requiere una correcta valoración de los puestos de trabajo, que atienda a tres criterios, adecuación, totalidad y objetividad, que esta norma reglamentaria define, con la finalidad de identificar y corregir discriminaciones indirectas en materia retributiva. A ello, sin duda contribuyen los mecanismos de transparencia retributiva regulados en este reglamento, que permiten obtener información suficiente y de utilidad sobre el valor que se atribuye a la retribución de las personas trabajadoras. Y es que, de ahí la necesidad de esta disposición reglamentaria, los datos ponen de manifiesto que resulta imprescindible que se desarrollen mecanismos para detectar, destapar y corregir políticas retributivas discriminatorias, tanto por las consecuencias inmediatas que acarrea este tipo de prácticas reprochables y vulneradoras de un derecho fundamental, incidiendo en la inaceptable brecha retributiva entre mujeres y hombres, como por las consecuencias que a medio y largo plazo se derivan, repercutiendo asimismo en la brecha en materia de pensiones.

ABSTRACT

Keywords: Igualdad, retribución, reforma, registro salarial

On the basis of the interconnection of two principles, the principle of equal remuneration for work of equal value and the principle of remunerative transparency, and with progress in the normative development of four instruments of remunerative transparency (the remuneration register, the remuneration audit, the system of valuation of jobs and the right of information of working persons), Royal Decree 902/2020 of 13 October on equal pay for women and men, which is commented on and analyzed in this study, is a new impetus, another step forward in ensuring equal pay between women and men.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ÚLTIMO AVANCE NORMATIVO HACIA LA IGUALDAD RETRIBUTIVA
3. PRINCIPIO DE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR
 - 3.1. Manifestaciones de discriminaciones retributivas, en especial, la incorrecta valoración de puestos de trabajo
 - 3.2. Trabajo de igual valor: concepto y criterios de valoración
 - 3.3. Trabajo de igual valor, trabajo de igual retribución
4. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA Y SUS INSTRUMENTOS
 - 4.1. Significado y objeto del principio de transparencia retributiva
 - 4.2. Los instrumentos de transparencia retributiva
 - 4.2.1. Registro retributivo
 - 4.2.2. Derecho de información de las personas trabajadoras
 - 4.2.3. Auditoría retributiva
 - 4.2.4. La transparencia en la negociación colectiva: el sistema de valoración de puestos de trabajo
5. ALCANCE DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

“De igualdad retributiva entre mujeres y hombres”. Éste es el título del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre (en adelante, RDIR), publicado en el BOE el día 14 del pasado mes de octubre, pero con un período de una *vacatio legis* de seis meses, por lo que no entrará en vigor hasta el día 14 de abril de año 2021; quedando incluso pendiente de elaboración y aprobación dos encargos que se han de acometer en un futuro, los cuales son de gran relevancia para el cumplimiento del cometido de esta norma reglamentaria, cual es contribuir a hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva.

Estos encargos son, por un lado, la elaboración de una guía técnica con indicaciones para la realización de auditorías retributivas con perspectiva de género, en cuanto uno de los instrumentos de transparencia retributiva que se regulan en el RDIR, sin que se precise plazo o período para su elaboración. Y, por el otro, la aprobación, a través de una orden, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, de un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo, debiendo aprobarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del RDIR, esto es, antes del 14 de octubre del año 2021.

Nos encontramos, pues, ante una norma que, atendiendo a su *vacatio legis* y al necesario desempeño de estos dos encargos, se anticipa de gran complejidad y dificultad técnica, sobre todo por lo que respecta al correcto cumplimiento de determinadas obligaciones empresariales que tienen como finalidad identificar y corregir discriminaciones retributivas entre hombres y mujeres. Lo que, en

cualquier caso, no es sino un reflejo de la enquistada y compleja problemática que presenta la igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

No se trata de un tema novedoso, en absoluto; pero sí de máxima actualidad y, lo que es más relevante, de imperiosa necesidad en cuanto a su tratamiento, regulación y efectiva aplicación, que definitivamente lleve a buen término. Muestra de la relevancia que adquiere el tema de la igualdad retributiva, en cuanto elemento o componente esencial del principio de igualdad real y efectiva, es la preocupante brecha retributiva y sus consecuencias¹. No es este el lugar para analizar en detalle dicha brecha, sus causas y sus consecuencias; pero sí, al menos, es necesario traer a colación algunas de las numerosas, profundas e interrelacionadas causas que producen la brecha de género puesto que sólo así se pueden identificar aquéllas sobre las que quiere incidir el RDIR, contribuyendo a la lucha contra las nefastas consecuencias que la brecha retributiva provoca en la mujer trabajadora y, en general, en una sociedad que se considere justa².

En este sentido, como se ha dicho, son muchas y variadas las causas que producen la brecha retributiva de género. Entre ellas, algunas permiten explicar, aunque no en todo caso justificar, la diferencia retributiva entre mujeres y hombres, debiendo incluirse en este grupo de causas aquéllas que son el resultado de diferentes tiempos y modos de desempeñar una actividad laboral o profesional; esto es, diferencias de los hombres y mujeres ante el mercado de trabajo. Así, el mayor número de trabajadoras que prestan sus servicios a tiempo parcial, mayor ejercicio de derechos de reducción de jornada y más interrupciones en la vida laboral³. Todo ello en comparación con el trabajador de sexo masculino.

¹ Según las últimas cifras de la Comisión Europea (Eurostat), la brecha de género en la UE en lo que respecta a la remuneración por hora es del 16 por ciento, aunque varía considerablemente de un Estado a otro, elevándose al 40 por ciento cuando se tienen en cuenta las tasas de empleo y la participación general en el mercado de trabajo. Al respecto, pueden verse las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2019, tituladas “Eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres: políticas y medidas clave”, adoptadas por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; así como la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género.

² Algunos de los beneficios o ventajas de la eliminación de la brecha retributiva entre mujeres y hombres, siguiendo varios informes de la UE, son: establecimiento de una sociedad más justa; aumento de la productividad y mayor satisfacción de las empresas; mayor crecimiento económico y creación de empleo; menor número de trabajadores desmotivados; y conciliación de la vida familiar y laboral. Al respecto, puede verse a Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo en materia salarial”. *Revista de Información Laboral*, número 5, 2018, Parte Artículos Doctrinales, Aranzadi, versión digital (BIB 2018/10116), pág. 10.

³ Algunos datos de interés al respecto, como que las mujeres tienen cuatro veces más probabilidades que los hombres de trabajar a tiempo parcial o con contratos temporales, o que la

Detrás de esta diferente, sobre todo, cuantitativamente hablando, forma de trabajar, sin duda, se encuentra la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar y, a su vez, la desigual distribución de las tareas de cuidados de hijos y de otros familiares, puesto que la mujer trabajadora asume un mayor peso en la atención de dichas tareas de cuidado. Lo que obedece, en gran parte, a estereotipos de género sobre funciones y aspiraciones de las mujeres, agravado por las carencias de servicios y recursos para conciliar. Asimismo, una importante derivada de esta diferente forma de trabajar es la segregación vertical, las mayores dificultades de promoción profesional y la menor presencia de mujeres en puestos de gestión y dirección; en definitiva, la existencia de techos de cristal en el desarrollo profesional de las mujeres.

Ahora bien, el hecho de que estas diferencias retributivas puedan encontrar explicación en las distintas características de la prestación de servicios de los hombres y mujeres, no es óbice para tener muy presente que en no pocas ocasiones pueden ser causas potencialmente discriminatorias, a los efectos que interesan, en materia retributiva. En tales casos, puede que la diferente contraprestación económica por el trabajo desempeñado no es que no encuentre explicación, ni justificación, sino que suponga la lesión de un derecho fundamental. Son muchos los ejemplos que existen al respecto, muy especialmente en relación con diferencias retributivas que pueden producirse por vicisitudes del contrato de trabajo derivadas del embarazo y la maternidad⁴.

Otra causa de la brecha retributiva, de mayor interés por la materia objeto de estudio, es la segregación sectorial y horizontal, que puede igualmente obedecer a

tasa de inactividad económica de las mujeres en edad de trabajar es casi dos veces superior a la de los hombres, pueden analizarse en la investigación titulada “Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres: no sin un mejor equilibrio entre vida privada y vida laboral”, elaborada por el Instituto Europeo de la Igualdad de Género y referenciado en las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2019, tituladas “Eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres: políticas y medidas clave”, adoptadas por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores.

⁴ Dos ejemplos recientes de discriminaciones retributivas derivadas del embarazo y/o maternidad son, por un lado, la STS de 24 de enero de 2017 (RJ 2017/1615), relativa a la percepción de complementos salariales vinculados al puesto de trabajo durante la adaptación de dicho puesto por riesgo durante el embarazo; y, por el otro, la STS de 10 de enero de 2017 (RJ 2017/38), sobre la consideración del período de suspensión del contrato de maternidad o riesgo durante el embarazo como tiempo de trabajo a efectos de devengar la retribución variable. Un análisis detenido de estas dos sentencias del TS puede verse en Aragón Gómez, C.: “El imparto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo”. *Revista de Información Laboral*, número 6/2017, parte Artículos Doctrinales, Aranzadi, versión digital (BIB 2017/12418). Asimismo, sobre este mismo asunto, puede verse a González González, C.: “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2/2018 parte Jurisprudencia, Aranzadi, versión digital (BIB 2018/5849).

diferentes razones explicativas de la misma, como la mayor o menor cualificación y formación o la menor elección de determinadas titulaciones y profesiones por parte de las mujeres, tales como la ciencia, las nuevas tecnologías, las ingenierías, etc. que están mejor retribuidas. Cuantificación de la brecha digital que se observa con preocupación cuando las mujeres se enfrentan al reto de la Revolución Industrial 4.0, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas antes referidas. Y mayor aún puede ser la incidencia de la brecha digital en tiempos de pandemia pues, como es sabido, se ha incrementado de forma notable el empleo de las nuevas tecnologías para el desempeño de la actividad laboral y profesional.

Pero, y esto es lo relevante y, al mismo tiempo, preocupante, la segregación sectorial y horizontal puede ser causa de diferencias retributivas entre hombres y mujeres en tanto en cuanto los trabajos feminizados estén peor retributivos por el simple hecho de ser realizados por mujeres. En tales casos, la inaceptable explicación de esa menor retribución obedece a estereotipos de sexo y/o de género; mientras que la justificación no la hay, simplemente no existe.

Pues bien, precisamente, esta menor retribución del trabajo, cuando responde a una infravaloración de cualidades y características que se consideran, en muchas ocasiones de forma errónea, más propias de las mujeres o, en su caso, a una sobrevaloración de cualidades más propias de los hombres, igualmente en algunos casos de forma equivocada, se traduce en una discriminación retributiva por razón de sexo y/o género. Se trata, en la mayoría de las ocasiones, tal y como han ido destapando los Tribunales de Justicia, en los términos que se analizan más adelante, de discriminaciones indirectas por incorrecta valoración de los puestos de trabajo, que es la cuestión clave de la materia que se está estudiando. Por ello, sobre la correcta valoración de los puestos de trabajo, sobre los principios básicos que han de regir dicho proceso de valoración y los instrumentos que pueden contribuir a ello, incide muy especialmente el RDIR que es objeto de comentario y análisis en el presente trabajo, en el que se diferencian varias partes.

En la primera parte se va contextualizar el RDIR en el largo recorrido normativo hacia la búsqueda de la igualdad retributiva. Se trata de conocer y analizar por qué y para qué se ha aprobado esta norma reglamentaria sobre igualdad retributiva, enmarcando su aprobación en la línea de continuar y cumplir mandatos normativos, así como recomendaciones y propuestas, sobre todo, pero no sólo, a instancias de la UE. En definitiva, se trata de conocer este otro impulso a la garantía de igualdad retributiva desde la perspectiva de la contextualización jurídica en que se enmarca, continuando con la contextualización fáctica, recién expuesta en esta introducción, aunque de forma sucinta.

A continuación, en la segunda parte de este trabajo se analiza el principio de igual retribución por trabajo de igual valor en cuanto aspecto central del RDIR, sobre el que se han de hacer grandes esfuerzos para hacer efectivo el derecho

a la igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva. Para ello, se analizan dos preceptos clave, los artículos 22 y 28 del ET, abarcando incluso el alcance de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgente para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, pues el RDIR viene a desarrollar y complementar muchos de sus elementos más relevantes. En concreto, un lugar central en esta segunda parte lo ocupa el concepto y significado de trabajo de igual valor, de construcción jurisprudencial, de ahí que en esta parte se atiende a los numerosos pronunciamientos judiciales recaídos al respecto para conocer los criterios a tener en cuenta a los efectos de concretar el significado de los factores y condiciones que permiten determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro. Y es que es necesario conocer y analizar previamente el concepto de trabajo de igual valor para determinar si la valoración de un puesto de trabajo es correcta, en cuanto objetivo del principio de transparencia retributiva.

De ahí que sea a continuación, en la tercera parte de este estudio, en la que se aborde este principio de transparencia retributiva, su concepto, su contenido, sus objetivos y, sobre todo, los instrumentos para hacerlo efectivo, cuales son el registro retributivo, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que sea de aplicación y el derecho de información de las personas trabajadoras; instrumentos, todos ellos, fundamentales (y no exentos de enormes dificultades técnicas) para poner de manifiesto la infravaloración de puestos de trabajo por razón de sexo y/o género y, con ello, avanzar en la aplicación efectiva del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Y, finalmente, en la última parte de este estudio se aborda el alcance de la tutela administrativa y judicial y, en concreto, el valor de la información retributiva o, en su caso, la ausencia de la misma. Se analiza la obligación de justificación prevista en el art. 28.3 del ET, así como el valor que adquiere en el juicio la política retributiva empresarial.

2. EL ÚLTIMO AVANCE NORMATIVO HACIA LA IGUALDAD RETRIBUTIVA

Más que un nuevo avance normativo hacia la consecución de la garantía de la igualdad retributiva, el RDIR es continuación del que sí fue un nuevo impulso hacia dicha garantía: el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. Puesto que, como se analiza con detenimiento en el apartado siguiente, esta norma estableció un nuevo marco jurídico, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de trabajo de igual valor, que tanta relevancia adquiere a los efectos de hacer efectiva la igualdad de remuneración, así como instrumentos necesarios para garantizar la transparencia retributiva, básicamente, el registro retributivo y la auditoría retributiva.

Pues bien, este nuevo marco, como señala la Exposición de Motivos del RDIR, “requiere de un desarrollo reglamentario que concrete sus presupuestos y que determine el contenido de las obligaciones en diferentes aspectos”. En esta línea, el RDIR viene a desarrollar una parte del citado Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. Es, desde esta perspectiva, desde la que se puede considerar un nuevo impulso, un nuevo avance hacia la garantía de igualdad retributiva, que ya tiene en su haber un largo recorrido normativo.

En efecto, son muchas las disposiciones, de diferente nivel, que se refieren a la igualdad salarial o retributiva entre hombres y mujeres. Desde disposiciones internacionales, como los Convenios de la OIT nº 100 sobre igualdad de remuneración (1951) y nº 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) (1958), que ya reconocían la igualdad salarial entre hombres y mujeres, hasta documentos con un menor carácter obligatorio, como la Conferencia de Beijing (1995). A otros como el Programa de la OIT sobre Trabajo Decente (2015) y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, que incluye un objetivo específico dirigido a “Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas” (ODS nº 5) y otro sobre “Crecimiento económico” (ODS nº 8).

Por su parte, también en la Unión Europea la lucha contra la discriminación quedó plasmada en los primeros Tratados fundacionales, como se refleja en el actual artículo 157 del TFUE, teniendo incluso Directivas específicas como: la Directiva 78/2000/UE, marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y Directiva 54/2006/UE, igualdad hombres y mujeres. También se ha de destacar la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, y el “Plan de Acción de la UE 2017-2019: abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres”, que se refiere a la transparencia salarial y a las auditorías salariales obligatorias.

Más recientemente tanto las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2019, tituladas “Eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres: políticas y medidas clave”, adoptadas por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, como la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género, insisten en la importancia de adoptar un planteamiento integrado destinado a colmar la brecha salarial entre hombres y mujeres, para lo que se insta a los Estados Miembros a adoptar medidas diversas, tales como aumentar la transparencia de las retribuciones y mejorar la aplicación del principio de igual retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

A ello, sin duda, contribuye el RDIR, cuyo objeto es “establecer medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva...” (art. 1); medidas específicas que se unen al acervo normativo nacional, en desarrollo y cumplimiento del mandato del art. 9 de la CE y del derecho fundamental del art. 14 de la CE. En el recorrido

normativo interno son, al menos, dos las normas que se han de traer a colación: por un lado, la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante, LOI), que incorpora la perspectiva de género e introduce la obligación de realizar planes de igualdad; y, por el otro el ET, básicamente, los arts. 22.3 y 28 que, precisamente, han sido reformados por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, y desarrollados por el RDIR.

Todo este marco normativo ha dado lugar a la activación de diferentes instrumentos para alcanzar la garantía de igualdad retributiva. Los primeros de ellos son puestos en marcha por la tutela antidiscriminatoria, que impide que los salarios se determinen en atención a factores de desigualdad como es el sexo, a través de la discriminación directa, la discriminación indirecta y la discriminación inversa. Estos instrumentos serán analizados en el siguiente apartado, atendiendo, en gran parte, a pronunciamientos judiciales recaídos sobre posibles discriminaciones retributivas de distinto tipo, para así poder abordar el estudio del principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Posteriormente, como es sabido, surgen las medidas de acción positiva, con las que se aspira a compensar situaciones históricas de discriminación padecidas por ciertos colectivos, entre ellos las mujeres. Esta construcción jurídica se acoge en el art. 141.4 del Tratado de la CE, habiendo sido aplicada tanto por el TJUE (STJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto Marshall, STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto Badek, STJCE de 6 de julio de 2000, asunto Anderson, y STJCE de 19 de marzo de 2002, asunto Lommers), como por el TC (STC 128/1987, de 16 de julio⁵, y STC 109/1993, de 25 de marzo)⁶.

Tras la LOI, otro instrumento que se ha puesto en marcha es el plan de igualdad, muy reforzado tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo, que introduce, además, el registro de salario. Y, por último, en el RDIR, las auditorías retributivas obligatorias.

En definitiva, sirva este breve recorrido normativo para, como se anticipaba, ofrecer una mínima contextualización jurídica del RDIR, puesto que este marco normativo permite poner de manifiesto cómo, efectivamente, la norma objeto de

⁵ Según el TC, no es discriminatoria la actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables. Atendiendo a ello, considera el TC que un plus de guardería para el personal femenino, cuya extensión al personal masculino se niega, es una medida de acción positiva para permitir a las madres conservar su trabajo facilitándoles el cuidado de sus hijos.

⁶ Montoya Melgar, A.: “Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 129, 2006, parte Estudios. Editorial Civitas, versión online (BIB 2006/43), pág. 10.

comentario permite dar continuidad a otros esfuerzos previamente adoptados, suponiendo otro avance hacia la garantía de igualdad retributiva.

3. PRINCIPIO DE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR

Como es sabido, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor vincula a todas las empresas, con independencia del número de trabajadores, y a todos los convenios y acuerdos colectivos (art. 4 RDIR). Pese a que se trata de un principio de larga vigencia en el tiempo, cuya base normativa se encuentra, esencialmente, en la CE y en el ET, son cuantiosas las quebras del mismo. Y es que son muchas las circunstancias que inciden en la prestación de servicios que son susceptibles de provocar discriminaciones retributivas, muchas de las cuales han sido identificadas, destapadas y corregidas por los Tribunales de Justicia. Entre ellas, interesa destacar las discriminaciones indirectas por la incorrecta valoración de los puestos de trabajo, para cuya detección es fundamental conocer el concepto de trabajo de igual valor, a lo que ha contribuido notablemente el RDIR.

3.1. Manifestaciones de discriminaciones retributivas, en especial, la incorrecta valoración de puestos de trabajo

Como se ha dicho, son variadas las causas que producen la brecha retributiva entre mujeres y hombres, algunas de las cuales carecen, no sólo de explicación y justificación, sino incluso de base normativa que la sustenten. Y es que son varios los aspectos de una relación laboral que adquieren mayor susceptibilidad a las discriminaciones retributivas, de la misma forma que son también variadas las circunstancias, incluso personales y familiares, que inciden en la prestación de servicios, pudiendo producir igualmente discriminaciones retributivas.

Así, por lo que respecta a los aspectos de una prestación de servicios que pueden producir situaciones de discriminación retributiva, se destacan dos. Por un lado, la promoción profesional con repercusión retributiva, que ha de ajustarse a “criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres” (art. 24.2 ET). Pese a esta exigencia legal, en las empresas se han aplicado criterios y sistemas de promoción profesional que han sido declarados discriminatorios por los Tribunales de Justicia⁷.

Y, por el otro, la modalidad contractual, que asimismo puede tener incidencia en la retribución, actuando como una circunstancia que arrastra situaciones

⁷ Algunos de los motivos por los que se ha llegado a la declaración de discriminación indirecta son, a modo de ejemplo, los siguientes: la existencia de una práctica no reglada de recomendaciones

discriminatorias indirectas. En concreto, especial repercusión tiene la contratación a tiempo parcial, habiendo descartado el TC que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo sólo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas (STC 22/1994, de 27 de enero). Aunque las diferencias salariales obedezcan a un menor número de horas trabajadas, este factor diferencial recae en un porcentaje muy alto sobre la mano de obra femenina, por lo que resulta necesaria una mayor justificación en este tipo de contrato mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del tiempo de trabajo inferior⁸. Sin duda, entiende el TC, el número de horas trabajadas afectará al salario total a percibir, pero no a la aplicación misma de las pautas convencionales sobre retribución del trabajo⁹.

Se trata, pues, de aplicar el principio de igualdad retributiva de las personas trabajadoras a tiempo parcial, las cuales tienen los mismos derechos, incluidos los retributivos, que las personas trabajadoras a tiempo completo. Al respecto, el art. 11 del RDIR exige, a los efectos de aplicar el principio de proporcionalidad en las retribuciones, dos requisitos: por un lado, que así lo requiera la finalidad o naturaleza del concepto retributivo de que se trate; y, por el otro, que se disponga en una disposición normativa, sea ley, reglamento o convenio colectivo. Sin que, según jurisprudencia del TJUE, el principio *pro rata temporis* sea aplicable a la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a un componente de la

que beneficiaba a los hombres (STS de 1 de junio de 1999, RJ 1999/5057); el secretismo en el procedimiento de promoción profesional, que actúa como indicio de discriminación, con una supuesta mayor disponibilidad de jornada de los hombres, que no puede ser causa justificada de la diferencia (STS 18 de julio 2011, RJ 2011/6560); y la antigüedad en cuanto criterio preferente a tener en cuenta en el sistema de promoción profesional establecido en el convenio colectivo, debido al posible impacto adverso por la tardía incorporación de la mujer a la empresa y a la falta de justificación del factor antigüedad como esencial a los efectos de promoción (STSJ de Cataluña, de 16 de diciembre de 2013, AS 2014/218). Sobre todas estas sentencias que declaran prácticas discriminatorias en el proceso de promoción profesional puede verse a Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181/2015, parte Estudios, Aranzadi, versión online (BIB 2015/167286), págs. 7 y 8.

⁸ Al respecto, puede verse a Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., pág. 9; y Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo...”, op. cit., pág. 6.

⁹ En el convenio colectivo aplicable al supuesto planteado ante el TC, al regularse la tabla salarial, no se establecían diferencias por razón del menor número de horas trabajadas, de ahí que pueda implícitamente considerarse existente un mandato equiparador de los trabajadores en materia salarial, con el sólo respeto del principio de proporcionalidad entre tiempo de trabajo y retribución.

retribución, en la media en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador¹⁰.

Por su parte, en relación con las circunstancias, familiares y personales, que pueden incidir en la prestación de servicios provocando discriminaciones retributivas, se destacan, por un lado, el embarazo y la maternidad, y, por el otro, el ejercicio de otros derechos de conciliación de la vida laboral y personal. Así, el embarazo y la maternidad de la trabajadora pueden ser causa de discriminación por razón de sexo, habiendo sido los Tribunales de Justicia los que en cuantiosas ocasiones han detectado y declarado tales discriminaciones¹¹. Así, por poner un par de ejemplos, la STC 66/2014, de 5 de mayo, calificó como discriminación directa la pérdida salarial originada porque no promociona como consecuencia de la maternidad; y la STC 162/2016, de 3 de octubre, que otorga el amparo constitucional en un supuesto de denegación a una magistrada del reconocimiento de derechos económicos y profesionales que le correspondían hasta que no tomase posesión del nuevo destino al que había concursado por encontrarse disfrutando del permiso por maternidad¹².

En esta línea, se encuentran sentencias del TS que constituyen claros exponentes de su aportación a favor de la igualdad retributiva por razón de sexo, tales como la STS de 24 de enero de 2017 (RJ 2017/1615), que reconoce la percepción de complementos salariales vinculados al puesto de trabajo cuando se produce la adaptación del mismo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; y la STS de 10 de enero de 2017 (RJ 2017/38), que considera el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad o por riesgo durante el embarazo como tiempo trabajado a los efectos de devengar retribución variable¹³.

Igualmente, los derechos de conciliación pueden ser también origen de discriminaciones retributivas. En concreto, y también a modo de ejemplo, se ha

¹⁰ Esta antigüedad se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación, por lo que, en virtud del principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, la duración de la antigüedad a tener en cuenta, a los efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio, se ha de calcular para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo. Véase la STJUE de 10 de junio de 2010, Asunto Bruno y otros, apartado 66. Siguiendo esta doctrina, puede verse también el ATJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados n° C-439/18 y C-472/18.

¹¹ Una recopilación de pronunciamientos judiciales de interés al respecto puede verse en Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., págs. 9 y 10.

¹² Sobre esta sentencia del TC puede verse a González González, C.: “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad ...”, op. cit. págs. 8 y ss.

¹³ Un análisis detenido de estas dos sentencias del TS puede verse en Aragón Gómez, C.: “El imparto de la maternidad en la retribución no consolidable...”, op.cit. Asimismo, sobre este mismo

considerado discriminatoria una prima salarial de presencia abonada en cuantía fija a los trabajadores que no superen un límite de inasistencias, abonándose en cuantía proporcional a su jornada reducida a los trabajadores con reducción de jornada por motivo de cuidados familiares. Se considera que este abono en cuantía proporcional encierra una discriminación pues dicho plus está ligado a la actitud ante la puntualidad, por lo que no se ha de aplicar la reducción proporcional (STSJ de Cataluña, de 11 de abril de 2000, AS 2000/1915)¹⁴.

Asimismo, junto a estas discriminaciones retributivas, los Tribunales de Justicia también han venido destapando discriminaciones directas por razón de sexo, tales como dobles escalas salariales. Así, puede citarse la STC 145/1992, de 13 de octubre, que determinó discriminación directa pues al segregar los sexos en dos categorías profesionales diferentes (una para los hombres y otra para las mujeres), las diferencias salariales venían dadas por el sexo del trabajador. También se han considerado discriminatorias determinadas prácticas como el abono de un complemento salarial personal cuyo promedio era de cuantía inferior para las mujeres trabajadoras en comparación con los hombres, sin justificación alguna (STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2013, AS 2013/2704), y la absorción de un complemento salarial sólo a las mujeres trabajadores, y no a los hombres (STSJ de Madrid, de 26 de febrero de 2007, AS 2007/2622)¹⁵.

Pero, sin duda, a los efectos que interesan, atendiendo a la finalidad esencial del RDIR objeto de análisis, conviene destacar y denunciar las discriminaciones indirectas por la incorrecta valoración de los puestos de trabajo derivada de la consideración de factores o criterios no neutros, basados en estereotipos de sexo y/o género. Al respecto, se ha tener presente que el sexo, como factor de desigualdad, hace referencia a condiciones biológicas que puedan provocar diferencias de trato entre hombres y mujeres, como es el embarazo; pero también otras condiciones

asunto, puede verse a González González, C.: “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad,...”, op. cit; y a López Vidal, P.: “Discriminación por razón de sexo en los sistemas incentivos. Nota a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de enero de 2017”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927/2017. Thomson Reuters.

¹⁴ En esta misma línea, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 27 de enero de 2014 (AS 2014/808) conoce de una situación en la que, de una parte, todo el personal del que se deja constancia que ha reducido su jornada de trabajo por guarda legal en el centro de trabajo de la empresa son mujeres, y, de otra parte, la empresa no les reconoce a las mismas ni el exceso teórico de jornada anual, ni por tanto su compensación con días libres, a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores que no gozan de jornada reducida por guarda legal. Sin que existan trabajadores masculinos, en igualdad de circunstancia contractual que las mujeres mencionadas, también con jornada reducida, que estén en la situación de falta de compensación de exceso de jornada. Sobre esta sentencia, puede verse a Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., pág. 10.

¹⁵ Sobre estos ejemplos y otros más puede verse a Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., págs. 3 y 4.

biológicas son tuteladas, como el hecho de que, en términos generales, hombres y mujeres tienen una diferente complejidad y fuerza física. Es diferente el concepto de género, que como factor de desigualdad protege frente a estereotipos sociales que pueden incidir generalmente de manera negativa en la valoración del trabajo de la mujer. De ahí que los estereotipos sociales puedan provocar una diferente valoración del trabajo por el hecho de ser hombre o mujer.

Al respecto, pronunciamientos judiciales, a todos los niveles, han identificado y destapado discriminaciones indirectas de carácter retributivo por incorrecta valoración de puestos de trabajo. Es lo que sucedió con las diferencias retributivas entre limpiadoras y peones, enjuiciada por la STC 145/1991, de 1 de julio, que consideró discriminatoria una diferencia retributiva establecida en convenio colectivo entre la categoría de peón (mayoritariamente hombres) y la categoría profesional de limpiadores (mayoritariamente mujeres) cuando ambas categorías realizaban trabajos de igual valor. Como se analiza con detenimiento en el siguiente apartado, con esta sentencia se dio un paso importante desde el criterio de igual salario por igual trabajo, a igual salario por trabajo de igual valor, abarcando la prohibición de discriminación no sólo las discriminaciones directas sino también las indirectas en cuanto tratamientos formalmente no discriminatorios pero que provocan un trato desfavorable a colectivos, como el de las mujeres¹⁶. Pero también es relevante este pronunciamiento del TC porque analiza el esfuerzo físico como factor de diferenciación, que se ha utilizado en muchas ocasiones para la diferenciación retributiva; factor que en la citada STC 145/1991, de 1 de julio, se consideró discriminatorio por tratarse de una ventaja para los trabajadores varones que se correspondía única y exclusivamente con un estándar del trabajador varón.

Sin embargo, en la STC 58/1994, de 28 de febrero, se admitió, como factor de diferenciación retributiva, aunque de forma restrictiva, cuando el esfuerzo físico es un elemento esencial en la actividad de que se trate y siempre que se combine dicho criterio con otros más neutros; doctrina de difícil aplicación cuando el trabajo a valorar consista prácticamente en esfuerzo físico¹⁷. Asimismo, la STC 250/2000, de 30 de octubre, entendió que un intenso esfuerzo físico con riesgo dorsolumbar justificaba las diferencias retributivas en tareas masculinizadas¹⁸. Sin embargo, es cierto que otro factor, como la peligrosidad, se ha admitido para asignar una

¹⁶ Véase al respecto a Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo...”, op. cit., pág. 6.

¹⁷ Sobre esta compleja cuestión puede verse a Montoya Melgar, S.: “Convenio colectivo y tablas salariales de trabajos de hombres y mujeres; una disgregación económica sobre la determinación del valor trabajo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 108/2001, parte Jurisprudencia. Editorial Civitas, versión online (BIB 2001/1744), págs. 2 y 3.

¹⁸ Por el contrario, en relación con un plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad abonado sólo a los trabajadores, pero no a las trabajadoras de su igual categoría profesional, el criterio del esfuerzo físico como único explícito y relevante para justificar la diferencia salarial, por no ir

mayor retribución, sin necesidad de conjugarlo con otro criterio de carácter neutro, siempre que los trabajos se desarrollen con los riesgos o con las incomodidades no inherentes al puesto de trabajo¹⁹.

Otros factores de diferenciación retributiva que han sido enjuiciados por Tribunales de Justicia son: responsabilidad y concentración en la realización de tareas, que sirvió para justificar la superior retribución del departamento de producción, ocupado por hombres, frente al departamento de empaquetado, ocupado por mujeres (STC 286/1994, de 27 de octubre); grado de iniciativa, autonomía, mando, responsabilidad, experiencia y formación, que justificaron un salario diferente, sin considerarse la diferencia discriminatoria (STS de 27 de marzo de 1996, RJ 1996/2498). Si bien es cierto que la autonomía y responsabilidad, como justificación de diferencias salariales entre departamentos integrados sólo por mujeres frente a departamentos integrados sólo por hombres, según ha señalado el TS, son deberes de los trabajadores de conformidad con las reglas de buena fe y diligencia, y no obligaciones concretas de un puesto de trabajo (STS de 14 de mayo de 2014, RJ 2014/2808). Otros factores más han sido objeto de valoración por los Tribunales de Justicia en cuanto justificación o no de diferencias retributivas entre mujeres y hombres, tales como solución de problemas, iniciativa, colaboración, innovación y dedicación. Éstos, si no son medidos con arreglo a criterios objetivos, sino puramente subjetivos de la dirección de la empresa, siendo inferiores para las mujeres trabajadoras, se han considerado discriminatorios (STSJ de Cataluña, de 14 de septiembre de 1992, AS 1992/4340).

De esta forma, cuando se aprecie un trabajo de igual valor y la diferencia retributiva no presente una justificación suficiente, se considera que existe una práctica discriminatoria, siendo esencial, pues, que se acredite que el trabajo es de igual valor. Y, precisamente, en ello radica la complejidad de la presente cuestión pues en no pocas ocasiones se ocultan prejuicios de género, minusvalorándose el trabajo desempeñado por mujeres, bajo el caparazón de otras razones que pretenden justificar la diferencia retributiva, tales como: la diferencia, meramente formal, de funciones; criterios subjetivos adoptados por la empresa; la diferencia de categorías; el compromiso de igualdad; o la viabilidad de la empresa²⁰.

De ahí la relevancia que adquiere la detección y eliminación de las incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, lo que ocurre cuando desempeñado un trabajo

acompañada de una prueba cualificada, se ha considerado irrelevante para justificar la diferencia de trato, considerándose, pues, discriminatoria (STSJ de Las Palmas, de 25 de febrero de 2014, rec. 1304/2013).

¹⁹ STC de 28 de noviembre de 1994 (RTC 286/1994) y STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2010 (AS 2010/1007)

²⁰ Una recopilación de argumentos analizados por Tribunales de Justicia que no se han considerado justificativos de la diferencia retributiva puede verse en Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., págs. 5 y ss.

de igual valor se perciba una retribución inferior “sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios” (art. 3.2 RDIR). El RDIR no ha aportado mayor concreción acerca de la justificación objetiva que permita salvar la diferencia retributiva de la calificación de discriminatoria, a diferencia de lo que ha hecho en relación con la delimitación y concreción del concepto de trabajo de igual valor, por lo que se ha tener presente, a los efectos de justificar la diferencia, la doctrina del TJUE y del TC sobre el canon o control de mínimos como punto de partida para examinar si se vulnera el principio de igualdad y no discriminación²¹.

Es cierto que algunas orientaciones o criterios de mayor concreción, como la antigüedad, la formación profesional y la flexibilidad, se han barajado a modo de justificación de la diferencia retributiva (STJCEE de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss); sin embargo, en nuestra opinión, más que una justificación de la diferente retribución, se trata de factores o condiciones a tener en cuenta a los efectos de abordar la compleja tarea de determinar si el trabajo es de igual valor, que constituye, pues, la premisa de partida. Y es que, si la justificación se halla en la existencia de condiciones o factores diferentes entre los trabajos que se están comparando, a nuestro juicio, no es que esté justificada la diferencia retributiva, sino que los trabajos no son de igual valor, por lo que no tienen que retribuirse de igual forma. En este sentido, uno de los grandes avances en la garantía de igualdad retributiva que ha llevado a cabo el RDIR se manifiesta en el desarrollo y concreción del concepto de trabajo de igual valor, que es fundamental para detectar discriminaciones retributivas por la incorrecta valoración de puestos de trabajo.

3.2. Trabajo de igual valor: concepto y criterios de valoración

Como es sabido, los conceptos de igualdad retributiva y trabajo de igual valor se han construido mediante pronunciamientos de TJUE y del TC, como los dictados por la STJCE de 13 de mayo de 1986 (C-170/84) *Bilka*, STC 145/1991, de 1 de julio de 1991 o la STC 58/1994, de 28 de febrero²²; todos ellos, ya referidos con anterioridad. Antes del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, los preceptos

²¹ En este sentido, la STJCEE de 13 de mayo de 1986, Asunto *Bilka*, introduce algunos criterios interpretativos al señalar que “cuando el Juez nacional constate que los medios elegidos por *Bilka* responden a una efectiva necesidad de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo que ésta persigue y son necesarios a tal fin, la circunstancia de que las medidas de que se trate afecten a un número muy superior de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos no será suficiente para llegar a la conclusión de que implican una infracción del artículo 119”.

²² Otras sentencias de interés en las que se aborda la discriminación salarial por razón de sexo en la realización de trabajos diferentes, pero de igual valor, son la STC 286/1994, de 27 de octubre y la STC 147/1995, de 16 de octubre.

del ET que trataban la garantía de igualdad retributiva eran pocos y escasamente desarrollados²³.

Precisamente, el citado Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha supuesto importantes avances en la materia, entre los cuales interesa destacar los siguientes. Primero, una mayor precisión en relación con la propia definición del grupo profesional, como se extrae de la relevante frase que nos indica la necesidad de realizar un análisis correlacional entre “sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones” (art. 22.3 del ET); definición de los grupos profesionales que, como se analiza más adelante, tanta relevancia adquiere a los efectos de garantizar la ausencia de discriminación retributiva entre mujeres y hombres. Segundo, una mayor concreción del concepto trabajo de igual valor, precisando los diversos factores y condiciones que deben considerarse. Y tercero, una regulación más inclusiva de los diferentes conceptos retributivos, de manera que el empresario ha de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, “satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial” (art. 28.1 del ET).

Podría decirse que de estos tres avances en la garantía de la igualdad retributiva uno de ellos, la concreción del concepto de trabajo de igual valor, es el elemento clave, del que deriva una consecuencia (cuál es la igualdad retributiva) y que favorece la correcta, desde el punto de vista de la ausencia de discriminación entre mujeres y hombres, definición de los grupos profesionales. Y es que la mayor precisión de la definición del grupo profesional contribuye de forma notable a garantizar la igualdad retributiva, debiendo ajustarse a los criterios y sistemas previstos en el art. 28.1 del ET a los efectos de determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro; mientras que la regulación más inclusiva de los conceptos retributivos actúa como consecuencia derivada de la determinación de un trabajo de igual valor, en cuanto que ha de ser igualmente retribuido. En definitiva, tres avances, conectados unos con otros, que pretenden hacer efectivo el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Por ello, es necesario comenzar con la determinación del concepto de trabajo de igual valor, contenido en el art. 28.1, párrafo segundo, del ET. A tenor de la letra este precepto, son cuatro los aspectos o elementos que se han de analizar para determinar si un trabajo tiene igual valor que otro: la naturaleza de las funciones o tareas; las condiciones educativas, profesionales o de formación; los factores relacionados con el desempeño del trabajo; y las condiciones laborales en las que se realiza la actividad. Pese a la diferenciación, al menos desde un punto de vista teórico, de estos cuatro aspectos, lo cierto es que no es fácil identificar y diferenciar,

²³ Concretamente, el art. 4.2. ET realizaba una alusión general a la igualdad retributiva; el art. 17 del ET incidía sobre la discriminación; el art. 22.3 del ET que lo proyectaba al grupo profesional; y el art. 28 que disponía el respecto a la igualdad retributiva.

sobre todo, los factores estrictamente relacionados con el desempeño del trabajo de las condiciones laborales en las que se lleva a cabo la actividad de que se trate. Siendo, además, muy complejo diferenciar estos dos últimos elementos desde un punto de vista práctico. Ante la necesidad de aportar certeza y seguridad jurídica sobre el alcance del concepto de trabajo de igual valor, el RDIR viene a desarrollarlo y concretarlo. Así, el art. 4.2 del RDIR desarrolla, en las letras a) a d), qué se ha de entender por cada uno de los elementos recién señalados que han de ser tenidos en cuenta a los efectos de determinar si un trabajo tiene igual valor que otro.

1.- Naturaleza de las tareas o funciones.- En concreto, la letra a) dispone que se entiende por naturaleza de las funciones o tareas “el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada”. Así, el primero de los rasgos o características de un trabajo que se ha de analizar, a los efectos de conocer si se trata de un trabajo de igual valor que otro con el que se está comparando, es, pues, “el contenido esencial de la relación laboral”; pese a que, como se ha dicho, el RDIR ha venido a dar certeza y seguridad jurídica al concepto de trabajo de igual valor, lo cierto es que no es tarea fácil concretar cuál es el “contenido esencial” de una relación laboral y delimitar, sobre todo en la práctica, qué forma parte del contenido esencial de la relación y qué va más allá de dicho contenido. Esta otra parte del contenido de una relación laboral, al no conformar su contenido esencial, implicaría que no se considerase trabajo de igual valor que otro y, en consecuencia, podría quedar justificada una distinta retribución.

Para conocer el contenido esencial, no basta con atender sólo a lo dispuesto en la ley o convenio colectivo que sea de aplicación en cada caso, sino que se ha de tener presente la efectiva actividad desempeñada, tal y como el art. 28.1 del ET exige, al disponer que se han tener en cuenta las funciones o tareas “efectivamente encomendadas”. Se trata, pues, de un criterio que debe tener en cuenta, sobre todo, lo dispuesto en el convenio colectivo que sea de aplicación, pues se ha de conectar esta valoración con la definición de los grupos profesionales establecida en la norma convencional, aunque debiéndose atender, como se ha dicho, a las tareas efectivamente encomendadas.

Así ya se indicaba en la STC 145/1991, de 1 de julio, en relación con la discriminación indirecta, que rechazaba la adscripción formal a una categoría como justificación para la diferencia de trato²⁴. No es admisible, pues, una clasificación

²⁴ Puede verse otras sentencias de interés al respecto, como la STSJ Castilla y León, de 19 de junio de 2006 (AS 2006, 2079), según la cual no basta justificar la diferencia salarial con la artimaña de la diferenciación de categoría cuando en realidad se están realizando idénticas funciones; y la STSJ del País Vasco, de 11 de mayo de 2004 (AS 2004, 2678), según la cual no vale justificar la diferencia salarial con la mera diferenciación de categoría y de funciones, si se desconoce el motivo por el que el empresario ha asignado ciertas categorías y funciones solo a los varones. Véase a

meramente formal que no atienda al igual valor material del trabajo realizado por los grupos que se estén comparando pues ello podría encubrir, como ya se expuso, una discriminación indirecta por incorrecta valoración de puestos de trabajo²⁵. De la misma forma que, en principio, las mismas definiciones en relación con las mismas categorías profesionales debería hacer pensar que se trata de trabajos de igual valor, por lo que la existencia de dos grupos, uno mejor retribuido (grupo masculinizado) respecto del otro (grupo feminizado), podría encubrir una posible discriminación retributiva, salvo que en realidad se tratase de dos grupos que realizan una actividad distinta y con distinta cualificación profesional²⁶.

De esta forma, es muy importante que la definición de los grupos profesionales contenida en los convenios colectivos, “se ajuste a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribución, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres” (art. 22.3 ET). Debiendo dichos criterios y sistemas cumplir con lo dispuesto en el art. 28.1 del ET en cuanto a los criterios a tener en cuenta para la determinación de un trabajo de igual valor que otro. Son, pues, dos previsiones normativas que se complementan y se necesitan mutuamente para cumplir su cometido: evitar las discriminaciones por razón de género.

De manera que, para determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro, se ha de atender al convenio colectivo aplicable y, en concreto, a la definición de los grupos profesionales; definición que, a su vez, ha de hacerse con ausencia

Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo...”, op. cit., pág. 7.

²⁵ En este sentido, puede verse la STSJ de Andalucía, Málaga, de 29 de diciembre de 1995 según la cual “el menor salario percibido por las trabajadoras actoras frente a los trabajadores que realizan un trabajo equivalente o de igual valor (se deriva de su clasificación) no como limpiadoras sino como mozos, sin que medie una justificación objetiva y razonable de la desigualdad salarial”. También es el caso de la STSJ de País Vasco de 1 de julio de 1999, donde “nos encontramos con dos especialistas, de primera (ocupada por mujeres) y de segunda (ocupada por hombres), con el mismo salario base, y que sin embargo perciben importes retributivos distintos por prima de producción (y) el estamento de primera, a su vez, cobra igual que los aprendices y peones (categoría inferior ocupada por hombres)”. Ambas sentencias son analizadas, como ejemplos de pronunciamientos judiciales en los que la diferencia de categoría profesional, meramente formal, no es una justificación suficiente de la diferente retribución entre las mujeres trabajadoras y los hombres, por Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit., pág. 6.

²⁶ Sobre un asunto así se pronunció la STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2009/383), que denegó la existencia de discriminación retributiva en las tablas salariales del convenio estatal del sector de la conserva de pescados, donde, con las mismas definiciones en relación a las mismas categorías profesionales, se contemplan dos grupos, uno mejor retribuido (el de personal de oficios varios, masculinizado) respecto al otro (el trabajo propio de la conserva, feminizado).

de criterios discriminatorios pues, si no, la valoración del puesto de trabajo será igualmente discriminatoria. De ahí la relevancia de la utilización de criterios neutros en cuanto al género en la definición de los grupos profesionales y en la evaluación de los puestos de trabajo, adquiriendo un papel fundamental al respecto los negociadores de convenios colectivos, que han de estar debidamente formados en la materia. Todo ello, se insiste, sin obviar el contenido efectivo de la actividad desempeñada que no puede servir para encubrir, bajo la formal adscripción a una categoría o grupo profesional, una discriminación retributiva basada en estereotipos de género y en la infravaloración de trabajos desempeñados mayoritariamente por mujeres.

2.- *Condiciones educativas, profesionales o de formación.*- Junto a la naturaleza de las tareas o funciones efectivamente encomendadas, otra de las características que ha de tenerse en cuenta para determinar si un trabajo tiene igual valor que otro se refiere a las “condiciones educativas, profesionales o de formación” exigidas para el ejercicio del trabajo. A los efectos de concretar qué se ha de entender por dichas condiciones, el art. 4.1 del RDIR diferencia, por un lado, las condiciones educativas, que son las que se corresponden “con la cualificación reglada” pero siempre que “guarden relación con el desarrollo de la actividad”. De manera que, pese a la diferente condición educativa, sea del nivel académico que sea, si la misma no guarda relación con el desarrollo de la actividad, no puede servir para justificar una diferencia retributiva.

Y, por el otro, las “condiciones profesionales y de formación”, entendiéndose por tales aquéllas que puedan servir para “acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada”, siempre que, igualmente, tenga “conexión con el desarrollo de la actividad”. Por lo que tampoco una diferente condición profesional y de formación, si no tiene incidencia en el desempeño de la actividad, puede servir para justificar una retribución diferente²⁷.

3.- *Factores y condiciones laborales.*- Como se dijo, el art. 28.1 del ET, al determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro, atiende también a los factores estrictamente relacionados con el desempeño del trabajo y a las condiciones laborales en las que las actividades se llevan a cabo; sin que, como ya se advirtiera, resulte fácil diferenciar dichos factores de las condiciones laborales. Es, quizás por ello, por lo que el art. 4.1 d) del RDIR regula de forma conjunta qué se entiende por tales condiciones laborales y factores; pero lo hace con una definición de carácter residual, en el sentido de que se ha de entender por dichas condiciones laborales y por tales factores “aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad”. De esta forma, no se ofrece una especificación de

²⁷ En todo caso, es, pues, necesario, que las condiciones educativas, profesionales o de formación estén relacionadas con la actividad, como ya recogían la STC 511/1999, de 22 de marzo, y la STS de 4 de mayo de 2000 (RJ 4266/2000).

qué se ha de entender por condiciones laborales y factores; pero sí se insiste en la necesidad de que, en todo caso, “sean relevantes en el desempeño de la actividad”. Si no, tampoco podrá servir de excusa para justificar una distinta retribución²⁸.

Pero la ausencia de una mayor especificación de estos dos elementos a valorar para determinar el valor de un trabajo se suple con la enumeración, en una lista no cerrada, de cuantiosos factores y condiciones. Así, con carácter no exhaustivo, podrán ser relevantes, entre otros, “la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización”.

Se trata de un listado de factores y condiciones laborales que en muchas ocasiones caracterizan trabajos realizados mayoritariamente por mujeres, sin que se haya hecho referencia expresa a otros factores que han generado conflictividad judicial, como el esfuerzo físico o la resistencia muscular, que son predominantes en los hombres y considerados discriminatorios, salvo que sean necesarios para el desempeño de la actividad concertada por el empresario, tal y como ya se expuso con anterioridad²⁹. Basta con recordar el caso enjuiciado en la STC 145/1991, de 1 de julio, donde se presuponía una “mayor penosidad y esfuerzo físico” a los peones, mientras que las limpiadoras tenían menor retribución porque no se consideraban, según la Sala, factores como “atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad”.

Por ello, se puede entender que la gran aportación del RDIR en esta materia radica en el llamamiento expreso a la visualización y correcta valoración de condiciones laborales y factores que son relevantes en el desempeño de la actividad laboral y que, en muchas ocasiones, se aprecian en trabajos feminizados, permaneciendo ocultos o infravalorados. Lo que acarrea incorrectas valoraciones de puestos de trabajo y, con ello, discriminaciones retributivas. Nos remitimos, pues, al análisis realizado en el apartado anterior, en el que, siguiendo diversos pronunciamientos judiciales, se examinaron distintos factores y condiciones laborales en relación con la valoración de los puestos de trabajo. Lo que ha servido para destapar dobles escalas salariales y desmontar artimañas de discriminaciones

²⁸ A modo de ejemplo, puede verse la STSJ de Canarias, de 30 de junio de 2008 (AS 2008/2188) que destapó la existencia de discriminación en un plus voluntario, por no estar vinculado a circunstancias laborales, que era abonado en diferentes cuantías a camareros y cocineros.

²⁹ STJCE de 1 de julio de 1986 (C-237/85), Gisela Rummler; STJCE de 17 de octubre de 1989 (C-169/88), Danfoss; STJCE de 7 de febrero de 1991 (C-184/89), Nimz; STC de 1 de julio de 1991 (RTC 145/1991); STC de 28 de febrero de 1994 (RTC 58/1994); STC de 27 de octubre de 1994 (RTC 286/1994); STC de 16 de octubre de 1995 (RTC 147/1995); STC de 3 de diciembre de 1996 (RTC 198/1996); STC de 30 de octubre de 2000 (RTC 250/2000).

indirectas, abonándose una mayor retribución a los trabajadores varones, pese al desempeño de trabajos de igual valor que los realizados por las trabajadoras.

Precisamente, sobre esta relevante cuestión profundiza el RDIR, en el sentido de que exige que todos estos factores y condiciones laborales, así como, en general, la correcta valoración de los puestos de trabajo, se haga aplicando tres criterios: adecuación, totalidad y objetividad, señalando en el apartado 3 de su art. 4, qué implica cada uno de estos criterios.

En primer lugar, la adecuación “implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurran en la misma, incluyendo la formación necesaria”. Se trata de un criterio que se incluye en la propia definición de todos los elementos a tener en cuenta para determinar cuándo un trabajo tiene igual valor que otro pues, como se ha expuesto, tanto la naturaleza de las funciones o tareas, como las condiciones educativas, profesionales y de formación, así como las demás condiciones y factores que se han de valorar, han de tener, según los términos empleados por el art. 4.1 del RDIR, “conexión”, “relación” o han de ser “relevantes en el desempeño de la actividad”. Si no es así, la condición o factor en cuestión no se ha de tener en cuenta para la valoración del puesto de trabajo de que se trate; o, en otras palabras, su utilización carece de justificación, lo que puede hacerse para encubrir una discriminación retributiva, valorando de diferente forma los puestos de trabajo objeto de comparación sin una razón, siguiendo el término literal de este primer criterio, “adecuada”.

El segundo criterio para proceder a una correcta valoración de los puestos de trabajo es la totalidad que “implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore”. Manifestación práctica de la aplicación de este criterio puede ser también el caso resuelto en la referida STC 145/1991 de 1 de julio, donde, al presuponerse una mayor penosidad y esfuerzo de los peones, se infravaloraban o se invisibilizaban otros factores, como la atención, cuidado, asiduidad y responsabilidad que caracterizaban al trabajo de las limpiadoras y que, por ello, recibían una menor retribución. Como se ha dicho, precisamente, con esta clara intención de evitar la invisibilización o infravaloración de determinados factores o condiciones laborales se ha aportado un listado, a modo de ejemplo, de tales factores o condiciones que pueden ser relevantes a los efectos de determinar cuándo un trabajo es de igual valor que otro. E, igualmente, como ya se dijo, para conocer otros muchos ejemplos o manifestaciones prácticas de la aplicación de este criterio nos remitimos al análisis de discriminaciones indirectas por incorrecta valoración de puestos de trabajo que, a tenor de pronunciamientos judiciales recaídos al respecto, se hizo en el apartado anterior.

Y, en tercer lugar, la objetividad, como criterio de aplicación para la correcta valoración de puestos de trabajo, que implica “que deben existir mecanismos

claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género” (art. 4.4 RDIR). Así, son múltiples las sentencias que han detectado discriminación en ciertos pluses asignados a trabajadores, o en mayor cuantía a éstos, sin criterios conocidos, ni justificaciones objetivas, como determinó la STSJ Andalucía, de 18 de diciembre de 2009 (JUR 2009/143721). También se puede destacar la STSJ de Castilla y León de 19 de junio 2013 (AS 2013/2704), que entendió que era discriminatorio un complemento personal que, atendiendo al promedio abonado a las trabajadoras, era inferior al promedio abonado a los trabajadores, sin justificación objetiva, por parte de la empresa, de la diferencia de criterios. Sin que tampoco valga justificar la diferencia salarial con la mera diferenciación de categoría y de funciones, si se desconoce el motivo por el que el empresario ha asignado ciertas categorías y funciones sólo a los varones, tal y como concluyó la STSJ del País Vasco, de 11 de mayo de 2004 (AS 2004/2678)³⁰.

En definitiva, se puede concluir que, en términos generales, el art. 4 del RDIR viene a recoger las reglas elaboradas por el TJCE, que hace ya tiempo fueron sintetizadas por el TC, recogiénolas en tres grupos de reglas, que integran las diversas facetas de este complejo juicio de igualdad. Entre estas tres reglas, en estos momentos interesa recordar dos de ellas: una, en virtud de la cual, el parámetro de igualdad en la materia referida “no es la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo, único elemento que es relevante a estos efectos para captar la razonabilidad o no de una diferencia retributiva”; y dos, en la valoración del trabajo “deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos, salvo que en circunstancias excepcionales y por razón de la específica naturaleza del trabajo, se requieran criterios diversos para la referida evaluación. Todo ello porque la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro (STC 145/1991; Directiva C.E. 75/117 cit. art. 1, párrafo 2)”.

Ahora bien, la aportación del RDIR, en el impulso a la garantía de igualdad retributiva, va más allá. Así, siendo conscientes de la complejidad de la tarea de proceder a la correcta valoración de puestos de trabajo, la disposición final primera del RDIR se remite al desarrollo de esta materia por medio de una orden ministerial referente al procedimiento de valoración de los puestos de trabajo. Habrá, pues, que esperar para conocer este desarrollo normativo, que de tanta utilidad puede ser para el correcto cumplimiento de esta difícil tarea. Sí se anticipa, aunque sea

³⁰ Todas estas sentencias, a modo de ejemplos de discriminaciones retributivas, pueden verse en Miguel Niño, M.A., Guadián Delgado, R. y Alonso Gómez, R.: “La brecha salarial. Prohibición de discriminación por razón de sexo...”, op. cit., págs. 7 y 8.

a modo de propuesta y no de imposición, cuál puede ser una de las virtudes del cumplimiento de tal procedimiento de valoración de los puestos de trabajo, en el sentido de que la orden podrá prever que la valoración de los puestos de trabajo efectuada cumple con los requisitos formales exigidos en el RDIR, cuando para su realización se haya aplicado el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo. Importante, pues, esta precisión, sobre todo de cara a la demostración de que la valoración de los puestos de trabajo se ha ajustado a lo dispuesto en la norma, lo que, en consecuencia, debería presuponer, aunque no concluir, la ausencia de discriminación retributiva.

3.3. Trabajo de igual valor, trabajo de igual retribución

Si, tras la compleja tarea consistente en la valoración de puestos de trabajo, se concluye que los trabajos en cuestión tienen igual valor, la consecuencia inevitable es que dichos trabajos han de tener igual retribución. Es, pues, obligación del empresario pagar por la prestación de un trabajo de igual valor “la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella” (art. 28.1 ET).

Se comprenden, pues, todas las percepciones, ya retribuyan “directa” o “indirectamente” el trabajo realizado, ya se trate de percepción “salarial” o “extrasalarial”. Lo que, en definitiva, afecta al salario base, al cálculo de las horas ordinarias y extraordinarias, al trabajo a tiempo completo y al parcial, comprendiendo los complementos salariales, que es, como se ha expuesto, donde se origina la parte más importante de la brecha retributiva. Asimismo, abarca también a otras percepciones, como incentivos o los beneficios sociales que se incluyen, en el apartado de retribuciones, en la hoja estadística del plan de igualdad (Anexo 2.V del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, que regula los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo de 2010, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo).

De esta forma, la obligación empresarial de pagar igual retribución por un trabajo de igual valor tiene un amplio alcance, abarcando todos los conceptos retributivos, sean salariales o no. Esta perspectiva amplia, que deriva del empleo del término “retribución” pretende evitar que se puedan ocultar diferencias retributivas, quedando encubiertas determinadas partidas salariales, como si fuera extrasalariales, que es lo que sucedería si no se hubiesen incluido, en el contenido de esta obligación empresarial, las partidas de esta naturaleza. Es, pues, muy importante hacer un control riguroso y efectivo de las diferencias retributivas, para lo cual el RDIR ha arbitrado unos instrumentos que, en aras de la transparencia retributiva, han de permitir identificar y destapar diferencias retributivas y, en su caso, detectar posibles discriminaciones, especialmente las que derivan de una incorrecta valoración de puestos de trabajo.

Ahora bien, esta ecuación, trabajo de igual valor, trabajo de igual retribución, presenta una quiebra en los supuestos en los que se ejercen derechos derivados del embarazo y maternidad; quiebra que adquiere plena justificación puesto que, con ella, precisamente, lo que se persigue es evitar que el ejercicio de estos derechos pueda producir discriminaciones retributivas. En este sentido, son cada vez más los pronunciamientos judiciales, incluidos los del TS, que contribuyen a conformar lo que se puede llamar indemnidad retributiva ante el ejercicio de estos derechos relacionados, sobre todo, con la maternidad³¹. De manera que, para evitar una merma retributiva derivada de la gestación o, en su caso, del cuidado del lactante, contribuyendo a reducir el impacto de la maternidad en la retribución, se ha considerado que se han de mantener determinados complementos que remuneran el ejercicio de funciones específicas, tales como guardias, nocturnidad y días festivos (y también obviamente, los complementos inherentes a la condición, cualificación y categoría profesional, cuyo abono es indiscutible), pese a que la prestación de servicios no responde a tales funciones. Es, pues, la prohibición de discriminación retributiva lo que justifica esta quiebra del principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Igualmente, para poder detectar estas posibles discriminaciones retributivas, cuya superación exigiría una quiebra o ruptura del principio de trabajo de igual valor, trabajo de igual retribución, el RDIR ha arbitrado instrumentos de transparencia retributiva, los cuales, pese a que, como se analiza a continuación, tienen como objetivo directo identificar las incorrectas valoraciones de los puestos de trabajo, también van a permitir detectar otro tipo de diferencias retributivas, como las vinculadas al embarazo y maternidad, a partir de cuya detección se tendrá que analizar si están o no justificadas y, en su caso, si constituyen o no discriminaciones retributivas por razón de sexo.

4. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA Y SUS INSTRUMENTOS

Junto al principio de igual retribución por trabajo de igual valor, el otro principio clave sobre el que se sustenta el RDIR es el principio de transparencia

³¹ A modo de ejemplo, se destaca la STS de 24 de enero de 2017 (RJ 2017/1615), que reconoce la percepción de complementos salariales vinculados al puesto de trabajo cuando se produce la adaptación del mismo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia naturales, reconociéndose el derecho a percibir la misma cantidad que recibía antes, pese a la no realización de guardias médicas. Un análisis detenido de esta sentencia del TS puede verse en Aragón Gómez, C.: “El imparto de la maternidad en la retribución no consolidable, ...”, op. cit. Asimismo, sobre este mismo asunto, puede verse a González González, C.: “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, ...”, op. cit; y a López Vidal, P.: “Discriminación por razón de sexo en los sistemas incentivos. Nota a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de enero de 2017”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927/2017. Thomson Reuters.

retributiva; ambos principios están estrechamente conectados, hasta el punto de que el objeto del principio de transparencia retributiva requiere y exige una correcta aplicación del concepto de trabajo de igual valor. O, dicho con otras palabras, para aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igual retribución, con la finalidad de luchar contra las discriminaciones retributivas, se ha de integrar y aplicar el principio de transparencia retributiva a través de diversos instrumentos.

4.1. Significado y objeto del principio de transparencia retributiva

El art. 3.1 del RDIR especifica qué significado tiene el principio de transparencia retributiva, entendiéndose como un principio “que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se atribuye a dicha retribución”. En la propia definición del principio de transparencia retributiva se contiene su principal cometido, cual es obtener información, que ha de ser suficiente y significativa (para lo cual se regulan varios instrumentos, que se analizan más adelante), sobre el valor que se atribuye a la retribución de las personas trabajadoras. Asimismo, se señala su ámbito de aplicación, cual es la retribución y sus diferentes elementos, en sentido amplio, en los términos ya referidos en relación con el contenido de la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución. La finalidad última parece clara: evitar discriminaciones retributivas.

En efecto, insistiendo en el cometido del principio de transparencia retributiva, el apartado 2 del art. 3 del RDIR, determina que su objeto es “la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo...”, lo que concurre cuando desempeñando un trabajo de igual valor, se perciba una retribución inferior sin que, como se analizó, dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. De ahí, la relevancia de conocer cuándo un trabajo tiene igual valor que otro en aplicación de los ya considerados criterios de adecuación, totalidad y objetividad.

La transparencia salarial ha de permitir conocer las estructuras salariales de una empresa y, en su caso, detectadas discriminaciones retributivas, poder adoptar las medidas necesarias para, en última instancia, reducir la brecha retributiva entre mujeres hombres³². Este principio de transparencia salarial adquiere relevancia en

³² Según la Resolución de la CES sobre la Directiva relativa a la transparencia salarial entre hombres y mujeres, adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 22-23 de octubre de 2019, la transparencia salarial significa “que los sesgos y la discriminación de género, incluso inconscientes, son eliminados, ya que todo el mundo puede ver sus efectos numéricamente dispuestos a plena luz. La transparencia salarial significa que los trabajadores y sus sindicatos reciben información sobre

la lucha contra las diferencias salariales entre mujeres y hombres, contribuyendo a poner de manifiesto la menor valoración del trabajo desempeñado por mujeres, bien sea en puestos de trabajo concretos, bien sea en sectores de actividad. En este sentido, la transparencia salarial puede desempeñar “un papel fundamental para garantizar que se produzcan progresos significativos cuando se aborde la brecha salarial de género, ya que ayuda a poner de manifiesto la infravaloración del trabajo de las mujeres y a subrayar la segmentación generalizada del mercado de trabajo, en particular mediante el uso de herramientas que proporcionan criterios objetivos para una evaluación y una comparabilidad neutrales en cuanto al género del valor del trabajo en diferentes empleos y sectores”³³.

Se trata, pues, de un principio que, en buena lógica, han de integrar y aplicar no sólo las empresas sino también los convenios colectivos, lo que enlaza con la relevancia de la correcta definición de los grupos profesionales, que ha de ajustarse a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres. De ahí la importancia de la negociación colectiva como instrumento de relevancia para superar desigualdades retributivas, tal y como se analiza en el siguiente apartado.

4.2. Los instrumentos de transparencia retributiva

Como recuerda la Exposición de Motivos del RDIR, la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, establece que los Estados deben optar por, al menos, una de las siguientes medidas: una, derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género a requerimiento del trabajadora o trabajadora; dos, atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio de las personas trabajadoras y de sus representantes, en las empresas de al menos cincuenta personas trabajadoras; tres, obligación de que las empresas de al menos doscientos cincuenta personas trabajadoras elaboren auditorías salariales que deben ponerse a disposición de los y las representantes; y cuatro, garantía de que la cuestión de igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado a la negociación colectiva³⁴. El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, ha configurado en

todos los salarios, primas y beneficios adicionales pagados en toda la organización, proporciona información sobre las tareas y habilidades relevantes para la evaluación de los puestos de trabajo con el fin de establecer la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, garantiza que los trabajadores son libres de discutir sus salarios y que no existen las cláusulas mordaza y las amenazas contra los trabajadores que hablan de sus salarios”.

³³ En estos términos se pronuncia el considerando O) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género.

³⁴ En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género, tras manifestar su satisfacción con el compromiso de la presidenta de la Comisión y de la Comisaria de Igualdad de presentar propuestas para la introducción de medidas de

España un sistema que mejora la referida recomendación, combinando varias de las opciones recién señaladas. Pero este marco necesitaba de un desarrollo que concretase sus presupuestos y que determinase el contenido de determinadas obligaciones en diferentes aspectos.

En este sentido, el capítulo III del RDIR desarrolla los instrumentos que hacen posible el principio de transparencia retributiva, para lo cual se divide en tres secciones; pese a ello, dicho principio se aplicará, al menos, a través de cuatro instrumentos: los registros retributivos, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que sea de aplicación y el derecho de información de las personas trabajadoras. Son, pues, cuatro los instrumentos de transparencia retributiva, pero regulados en tres secciones, puesto que la regulación del último de los señalados, el derecho de información de las personas trabajadoras, se integra en la sección primera, relativa al registro retributivo, si bien en este trabajo se va a analizar aparte, como un instrumento más de transparencia retributiva.

4.2.1. Registro retributivo

El art. 28.2 del ET determina quién está obligado a llevar un registro retributivo (el empresario, sin mayor precisión), así como el contenido (valores medios de los salarios, complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla) y la forma de hacerlo (valores medios desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías o puestos de trabajo iguales o de igual valor). Estas tres precisiones legales han sido desarrolladas por el RDIR, que regula las normas generales sobre el registro retributivo, así como las peculiaridades que rigen para las empresas que lleven a cabo auditorías retributivas. Por lo que respecta a las normas generales, el art. 5 del RDIR determina quién el sujeto obligado a llevar el registro retributivo; cuál es el objeto del mismo; cuál es el contenido y cómo ha de organizarse; cuál es el período de referencia temporal del registro retributivo; y, finalmente, aporta una precisión acerca de su procedimiento de elaboración.

transparencia salarial vinculantes en los primeros cien días del mandato de la Comisión, solicita a la Comisión que considere la posibilidad de adoptar medidas concretas basada en la su Recomendación, de 7 de marzo de 2014 tales como: a) la definición clara de criterios para evaluar el valor del trabajo, b) sistemas no sexistas de evaluación y clasificación de empleos, c) auditorías e informes sobre la igualdad salarial entre hombres y mujeres para garantizar la igualdad salarial, d) el derecho de los trabajadores a solicitar información completa sobre el salario y el derecho a una reparación, y e) unos objetivos claros para el rendimiento de las empresas en materia de igualdad. Así mismo, pide a la comisión que la futura legislación sobre transparencia salarial promueva el papel de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva a todos los niveles (nacional, sectorial, local y empresarial). Sin embargo, en la observación general 6 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género, se lamenta que la propuesta de medidas vinculantes de transparencia salarial no se introdujera en el año 2020, tal y como estaba previsto.

Así, en primer lugar, el art. 5.1 del RDIR dispone que “todas las empresas” han de cumplir con la obligación de tener un registro retributivo. De manera que “el empresario”, en cuanto sujeto obligado, es cualquier empresa, con independencia, pues, del número de trabajadores y al margen, por tanto, de su tamaño.

Dicho registro tiene por objeto “garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones, de manera fiel y actualizada, y un adecuado acceso a la información retributiva de las empresas”. A tal efecto, el registro retributivo tiene que tener, por exigencia legal, un determinado contenido: los valores medios de los salarios, complementos salariales y las percepciones extrasalariales de toda la plantilla de la empresa. Se trata de un contenido amplio desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, en cuanto a los valores medios que se han de registrar, debiendo incluirse todas las partidas retributivas, sea cual sea su naturaleza. De ahí, la denominación del registro, que no es “salarial”, sino “retributivo”. Y, por el otro, en cuanto a que se han de incluir dichos valores medios de todos los trabajadores, “incluido el personal directivo y los altos cargos”. Se han de registrar, pues, los valores medios de toda la plantilla, al margen del tipo de relación laboral, tipo de contrato de trabajo o del grupo o categoría profesional. Si bien en caso de contrato a tiempo parcial o contrato con jornada reducida, pese al silencio de la norma, en nuestra opinión, se deberá dejar constancia expresa del tiempo de trabajo en cada supuesto o, en su caso, hacer un cálculo proporcional al tiempo trabajado, para poder obtener una información ajustada a la realidad.

Para cumplir con las exigencias antes señaladas, sobre la forma “fiel y actualizada” de la configuración de las percepciones retributivas y, asimismo, de concretar qué ha de entenderse por “valores medios”, el RDIR exige que se elabore un documento de los datos promediados y desglosados por sexo. De manera que en el registro retributivo de cada empresa ha de establecerse “convenientemente desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable” (art. 5.2, párrafo 2º RDIR). Son varias las precisiones que requieren las líneas transcritas: una, la media aritmética es el promedio de lo recibido y la mediana consiste en separar el valor más alto del más bajo; dos, tal media aritmética y mediana se obtienen de lo “realmente percibido”, debiendo atenderse, pues, a la retribución efectivamente percibida (y no a la corresponda en aplicación de la ley y del convenio colectivo de aplicación); y tres se ha de diferenciar detallando según el sistema de clasificación que resulte de aplicación.

Pero no es suficiente con el desglose por sexos, sino que esta información ha de estar desagregada en atención a la naturaleza de la retribución, debiendo especificarse, “de modo diferenciado”, cada percepción, incluyendo, como se ha dicho, salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales. Con lo que se pretende evitar discriminaciones salariales que se ocultan bajo el

reconocimiento de percepciones de carácter no salarial, de ahí el contenido amplio del registro retributivo.

De esta forma, atendiendo al contenido del registro retributivo, así como a la forma de organizarlo, y siguiendo las exigencias previstas en el art. 5.2 del RDIR, los valores medios de las retribuciones han de venir desglosados, primero, por sexo y, segundo, desagregados en atención a la naturaleza de la retribución. Así se ha de entender de la redacción de este precepto, así como de la expresión “a su vez”, una vez hecho el desglose por sexo. Lo relevante, atendiendo al contenido y estructura del registro, es que ofrezca una información real y fiel de las percepciones retributivas efectivamente percibidas por la plantilla de la empresa, que permita con facilidad detectar diferencias retributivas según el sexo y, en consecuencia, poder descubrir posibles discriminaciones ocultas.

El “período temporal de referencia” del registro retributivo es, con carácter general, el año natural. De manera que, a partir de esta previsión, se entiende que los datos incluidos en el registro toman como referencia el año natural, debiendo actualizarse a medida que se retribuyan determinadas partidas, sobre todo de carácter extraordinario, pues sólo así se deja constancia de las percepciones retributivas que ofrezcan una información, en palabras del RDIR, “fiel y actualizada”. Desde esta necesaria actualización de datos se ha de entender, aunque el supuesto genera ciertas dudas, la precisión del inciso final del art. 5.4 del RDIR, según la cual, dicho período de referencia es el año natural, “sin perjuicio de las modificaciones que fuesen necesarias en caso de alteración sustancial de cualquiera de los elementos que integran el registro”. Puede que se esté haciendo referencia a modificaciones de datos que conforman el registro derivadas de incorrecciones previas que la empresa corrige, a iniciativa propia o a partir de actuaciones administrativas o, en su caso, judiciales. A nuestro, es necesaria una mayor claridad al respecto.

Finalmente, las dos últimas precisiones que el art. 5 del RDIR contiene sobre el registro retributivo son referentes, una, al documento en que ha de constar el registro, que “podrá” (por lo tanto, no tiene que ser así necesariamente) tener el formato establecido en las páginas web oficiales del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad. Y dos, sobre el procedimiento de elaboración del registro, debiendo ser consultada la representación legal de las personas trabajadoras, con una antelación de al menos diez días, con carácter previo a la elaboración del registro. Igualmente, se ha de cumplir con dicha obligación de consulta cuando el registro sea modificado en caso de alteración sustancial de cualquiera de sus elementos.

Junto a las referidas normas generales del registro retributivo, el art. 6 del RDIR contempla dos especialidades que presenta el registro de las empresas que llevan a cabo auditorías retributivas. En tal caso, el registro retributivo ha de contener, además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo, aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación

profesional. De manera que, aunque formalmente se trate de puestos de trabajo adscritos a diferentes categorías profesionales, si son trabajos de igual valor, en aplicación del concepto de trabajo de igual valor y de los criterios de adecuación, totalidad y objetividad que contribuyen a hacer una correcta valoración de los puestos de trabajo, en el registro se han de reflejar también las medias aritméticas y las medias de las agrupaciones de tales trabajos de igual valor. Esta información ha de ofrecerse igualmente desglosada por sexo y desagregada en atención a la naturaleza de la retribución. Con esta específica y relevante información se pretende detectar diferencias retributivas ocultas bajo una formal (e incorrecta) adscripción a determinadas categorías, que responden a una errónea, intencionada o no, valoración de puestos de trabajo, especialmente, de trabajos feminizados.

Y la segunda especialidad es referente a la necesaria inclusión en el registro de la justificación prevista en el art. 28.3 del ET cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales de la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro sexo en, al menos, un veinticinco por ciento. Una justificación que se exige a las empresas con al menos cincuenta trabajadores (las mismas que han de elaborar un plan de igualdad en el que han de incluir una auditoría retributiva) y que sirve para justificar que la diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras. Esta especialidad contribuye, en buena lógica, a detectar discriminaciones retributivas, siendo necesario que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, siendo los medios para alcanzar tal finalidad adecuados y necesarios. A tal efecto, serán de utilidad los ya analizados criterios de valoración de los puestos de trabajo pues, como ya se ha dicho, es frecuente que su incorrecta aplicación esté en el origen de la diferencia retributiva de carácter discriminatorio.

4.2.2. Derecho de información de las personas trabajadoras

Otro de los instrumentos de transparencia es el derecho de información de las personas trabajadoras, cuya regulación se contiene en la sección 1ª del Capítulo III, conjuntamente con la regulación del registro retributivo. Y ello es así porque el art. 5.3 del RDIR ha concretado este derecho de información en el derecho de acceso al registro retributivo. Dicho derecho, sin mayor precisión en cuanto al alcance del contenido al que se puede acceder, se reconoce a la persona trabajadora en el art. 28.2 del ET. Ahora bien, tal precepto legal, aunque no concreta el contenido del registro retributivo al que puede acceder el trabajador, sí especifica que se ha de ejercer a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, con independencia de su número de trabajadores³⁵.

³⁵ Como se indica en la Exposición de Motivos del RDIR, el sistema español de registro mejora la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 pues permite el acceso de la representación legal de las personas trabajadoras a la información retributiva desglosada y promediada en todas las

Sin embargo, el desarrollo de este derecho de acceso al registro retributivo se hace diferenciando según exista o no representación legal en la empresa de que se trate. Así, por un lado, cuando se solicite el acceso al registro por parte de la persona trabajadora por inexistencia de representación legal, la información que se facilitará por parte de la empresa no serán los datos promediados respecto de las cuantías efectivas de las retribuciones que consten en el registro, “sino que la información a facilitar se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable”. No se informa, pues, de las cuantías efectivamente percibidas que consten en el registro, sino sólo de las diferencias porcentuales de las retribuciones entre hombres y mujeres. Sin embargo, en el caso de empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras, el acceso al registro se facilita a tales personas a través de la representación legal, teniendo derecho a conocer el contenido íntegro del mismo.

De esta forma, el conocimiento, íntegro o no, del contenido del registro retributivo, en cuanto forma de ejercitar el derecho de información de las personas trabajadoras, depende de si la empresa tiene o no representación legal. Siendo más limitado el alcance de este derecho en el caso de que el acceso al registro se solicite directamente por la persona trabajadora. De manera que la falta de representación legal, en cuanto cauce fijado por la ley para el ejercicio del derecho de acceso al registro, no es impedimento para conocer su contenido, aunque sea limitado. Al margen de las razones que hayan llevado a establecer esta diferencia en cuanto al nivel de información del contenido de las retribuciones archivadas en el registro retributivo³⁶, en nuestra opinión, lo relevante es detectar la diferencia retributiva entre hombres y mujeres y, a partir de ahí, determinar si es o no discriminatoria. Para ello, puede bastar con conocer la diferencia porcentual en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres.

4.2.3. Auditoría retributiva

El art. 46.6 de la LOI dispone que reglamentariamente se desarrollarán, entre otros aspectos relevantes del contenido de los planes de igualdad, las auditorías salariales. Y es que, como es sabido, entre las materias que ha de contener el diagnóstico negociado, que se ha realizar con carácter previo para la elaboración de un plan de igualdad, destaca, a los efectos que ahora interesan, “las condiciones

empresas, y no sólo en aquellas con al menos cincuenta personas trabajadoras, tal y como establece la referida recomendación.

³⁶ Entre ellas puede que se encuentre, en relación con la cultura del secretismo de este tipo de información, la dimensión reducida de la empresa, con pocos trabajadores que, además, se conocen entre ellos.

de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres” (art. 46.2 e) LOI). En cumplimiento, pues, del mandato contenido en el art. 46.6 de la LOI, desarrollando el concepto y contenido de la auditoría retributiva, los arts. 7 y 8 del RDIR regulan este otro instrumento de transparencia retributiva. En este sentido, en la Sección 2ª del Capítulo III del RDIR se regula la auditoría retributiva, en concreto, se determina quiénes son las empresas obligadas a elaborarla, se concreta cuál es su objeto y su período de vigencia, así como su contenido.

Así, en el art. 7 del RDIR se determina, en primer lugar, quiénes son las empresas que tienen que elaborar una auditoría retributiva, las cuales son, precisamente, las mismas que tienen que elaborar un plan de igualdad. Éstas, tras la aplicación paulatina que se prevé en la disposición transitoria décima segunda de la LOI, serán las empresas de cincuenta o más trabajadores, siendo aplicable lo dispuesto en dicha disposición a los efectos de lo previsto en el RDIR referente a la auditoría retributiva (Disposición transitoria única del RDIR). De manera que, transcurrida esta aplicación paulatina, las empresas de cincuenta o más trabajadores han de elaborar un plan de igualdad, en el cual se incluye la auditoría, como una de las materias que conforman el contenido del diagnóstico negociado que previamente se ha de elaborar.

En segundo lugar, el art. 7 del RDIR determina cuál es el objeto de la auditoría retributiva, siendo tres las finalidades que persigue: una, obtener la información necesaria para comprobar si se cumple o no con el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres; dos, conocer las necesidades a las que se ha de atender para garantizar la igualdad retributiva; y tres, asegurar la transparencia y seguimiento del sistema retributivo de la empresa. En última instancia, estas tres finalidades confluyen en el fin último, que da sentido y contenido a la auditoría salarial, que no es otro que la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia retributiva.

Y, en tercer lugar, el art. 7.2 del RDIR especifica cuál es la vigencia de la auditoría retributiva, que es la misma que tenga el plan de igualdad. Ahora bien, dicho precepto permite que se determine otra vigencia inferior, sin que se concrete o mencione el motivo o motivos que podrían justificar la reducción de la vigencia. De esta forma, en buena lógica, con carácter general, la auditoría retributiva tendrá la vigencia del plan de igualdad en el que se integra, sin perjuicio de que, si se considera conveniente, pueda tener una vigencia inferior (y no superior, pues la norma sólo permite reducir el período de vigencia). En nuestra opinión, dicha reducción del período de vigencia puede estimarse necesaria en atención al diagnóstico de la situación retributiva de la empresa o, en su caso, como parece más probable, en atención al plan de actuación que se establezca en la propia auditoría retributiva (en función de algunas concretas actuaciones, que puedan requerir un menor tiempo de implantación o seguimiento).

De esta forma, a partir de estos tres aspectos que regula el art. 7 del RDIR, y en conjunción con los arts. 45 y 46 de la LOI, se puede aportar una definición de la auditoría retributiva que, como tal, pese al título de dicho precepto reglamentario, éste no ofrece. Así, la auditoría retributiva, en cuanto instrumento de transparencia retributiva, es un documento de carácter temporal que forma parte del contenido de los planes de igualdad, integrándose en el diagnóstico que, con carácter previo, ha de negociarse, y que tiene como objeto cumplir con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución.

Para la consecución del objeto de la auditoría retributiva, ésta tiene un determinado contenido que, según se prevé en el art. 8 del RDIR, requiere del cumplimiento de concretas obligaciones para la empresa. Así, las obligaciones que ha de cumplir la empresa y que dan contenido a la auditoría retributiva son dos.

Por un lado, la realización del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa, que requiere la evaluación de los puestos de trabajo, debiendo hacerse tanto en relación con el sistema retributivo como en relación con el sistema de promoción. La valoración de los puestos de trabajo tiene por objeto “realizar una estimación global de todos los factores que concurren o pueden concurrir en un puesto de trabajo”. Para proceder a hacer dicha estimación, el RDIR aporta algunas pautas a seguir en relación con los factores a tener en cuenta, así como en relación con el proceso de valoración: una, tener presente cómo inciden los factores en el puesto de trabajo, para lo cual incluso se ha de cuantificar dicha incidencia, asignando una puntuación o valor numérico; dos, objetividad de los factores que concurren en los puestos de trabajo (aplicación del criterio de objetividad); tres, vinculación “necesaria y estricta” de los factores con el desarrollo de la actividad laboral (aplicación del criterio de adecuación); y cuatro, la valoración ha de referirse a cada una de las tareas y funciones de cada puesto de trabajo de la empresa, ha de ofrecer confianza respecto de sus resultados y ser adecuada al sector de actividad, tipo de organización de la empresa y otras características que puedan ser significativas, con independencia de la modalidad de contrato de trabajo con el que vayan a cubrirse los puestos de trabajo (aplicación conjunta del criterio de totalidad y adecuación).

Estas pautas vienen a insistir en cómo hacer una correcta valoración de los puestos de trabajo, para lo cual se han de aplicar, tal y como se analizó en detalle en el apartado tres de este trabajo, los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, a los que expresa o implícitamente se alude en las referidas pautas. La valoración de los puestos de trabajo, cuya realización correcta es la base para el cumplimiento de la obligación empresarial de igual retribución por trabajo de igual valor, se vuelca en la auditoría retributiva, siendo, pues, una parte importante del contenido de la misma.

Junto a la evaluación de los puestos de trabajo, el diagnóstico de la situación retributiva en la empresa requiere que se deje constancia de otros aspectos. Primero,

de la relevancia de otros factores desencadenantes de la diferencia retributiva (como podrían ser, a modo de ejemplo, la modalidad contractual o la reducción de jornada), los cuales, en principio, no tendrían por qué ser discriminatorios y podrían servir para explicar y justificar la diferencia retributiva; pero que, de ahí la necesidad de que se destaque en el diagnóstico retributivo de la empresa, podrían servir para ocultar posibles discriminaciones retributivas. Segundo, se ha de dejar constancia en el diagnóstico de las posibles deficiencias o desigualdades que pudieran apreciarse en el diseño o uso de las medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa que, en la misma línea antes indicada, permitan identificar y destapar posibles actuaciones discriminatorias. Y tercero, las dificultades que las personas trabajadoras pueden encontrar en su promoción profesional o económica derivadas de otros factores como las actuaciones empresariales discrecionales en materia de movilidad o las exigencias de disponibilidad no justificadas (éstas, en muchas ocasiones, vinculadas a situaciones de embarazo y cuidado de hijos); actuaciones empresariales que, como se analizó en el apartado tres de este trabajo, al carecer de justificación y de la necesaria adecuación y razonabilidad, serían discriminatorias.

Y, por otro lado, la otra obligación de la empresa, que conforma la segunda parte del contenido de la auditoría retributiva, es el establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas. Dicho plan de actuación ha de tener un determinado contenido: determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento. Asimismo, ha de contener un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos. Se trata, pues, de un contenido similar al de los planes de igualdad en los que, como se ha dicho, se integra la auditoría retributiva. Lo que quizás resulte menos coherente es que la auditoría retributiva se integra en el diagnóstico que se ha de realizar antes de la elaboración de un plan de igualdad, a pesar de lo cual también contiene medidas y actuaciones concretas. Coherente con la ubicación de la auditoría retributiva es la primera parte de la misma, esto es, el diagnóstico de la situación retributiva de la empresa; pero no tanto el otro componente de la auditoría puesto que el plan de actuación parece que encajaría mejor entre las medidas y acciones que se contengan en el plan de igualdad en materia retributiva. De ahí que, al margen de que el contenido de la auditoría deba respetar estas dos partes que lo conforman, se entiende que las medidas contenidas en el plan de actuación de la auditoría retributiva, por exigencia del art. 46 de la LOI, también se han de contemplar en el propio plan de igualdad.

4.2.4. La transparencia en la negociación colectiva: el sistema de valoración de puestos de trabajo

En la Sección 3ª del Capítulo III del RDIR se regula el último de los instrumentos de transparencia retributiva, cual es la transparencia en la negociación colectiva, con la que se hace referencia al sistema de valoración de puestos de

trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo de aplicación. Pese a la relevancia que adquiere este otro instrumento de transparencia retributiva, si se parte de que el convenio colectivo se puede considerar como el instrumento práctico por excelencia para la determinación del valor de cada puesto de trabajo³⁷, tan sólo un precepto, el art. 9 del RDIR, regula este instrumento. Ahora bien, esta mínima regulación en esta sección concreta del RDIR no quita que, como se indica a continuación, gran parte de lo previsto en otra parte de esta norma reglamentaria le resulte de aplicación.

En efecto, según se dispone en el art. 9 del RDIR, de acuerdo con lo previsto en el art. 22.3 del ET, en relación con los criterios y sistemas a los que se ha de ajustar la definición de los grupos profesionales, con el objetivo de comprobar que dicha definición se ajusta a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, “las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de trabajo de igual valor...”.

El mandato a los negociadores de los convenios colectivos es claro, aunque no nuevo³⁸: comprobar y asegurar que la evaluación de los puestos de trabajo se hace aplicando criterios neutros en cuanto al género, atendiendo a factores y condiciones de trabajo para cuya correcta valoración se han de aplicar los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. De ahí la relevancia de traer a colación todo cuanto se expuso en el apartado tres del presente trabajo, al que se hace una remisión.

La negociación colectiva es, pues, un ámbito muy apropiado para la efectiva puesta en práctica del principio de igualdad de trato y no discriminación en materia

³⁷ Así se califica la labor del convenio colectivo en este ámbito en Montoya Melgar, A.: “Convenio Colectivo y tablas salariales de trabajos de hombres y mujeres; con una digresión económica sobre la determinación del valor del trabajo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 108/2001, parte Jurisprudencia. Editorial Civitas, versión online (2001/1744), pág. 3.

³⁸ A modo de ejemplo lejano en el tiempo, ya el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (ANCE-2005) proponía, entre otros asuntos, la implantación de sistemas de valoración de puestos de trabajo a través de los que se evalúe periódicamente el encuadramiento profesional. Recientemente, y a nivel comunitario, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género, se pide a la Comisión que considere la posibilidad de adoptar medidas concretas basadas en su Recomendación de 2014, como, por ejemplo: la definición clara de criterios para evaluar el valor del trabajo; y los sistemas no sexistas de evaluación y clasificación de empleos. Asimismo, se pide a la Comisión que en la futura legislación sobre transparencia salarial promueva el papel de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva a todos los niveles (nacional, sectorial, local y empresarial).

retributiva entre mujeres y hombres. Para lo cual es fundamental, teniendo en cuenta la dificultad técnica que presenta el proceso de valoración correcta de los puestos de trabajo, la adecuada y ajustada formación en materia de género de quienes formen parte de las mesas negociadoras de los convenios colectivos o, en su caso, de quienes asesoren sobre el asunto. Pero, igualmente, es relevante el papel de la Administración Pública al ejercer el control de legalidad de los convenios colectivos, que, a los efectos que interesan, ha de ser riguroso en materia de igualdad retributiva.

5. ALCANCE DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

El último de los capítulos del RDIR, el Capítulo IV, regula, en su art. 10, el alcance de la tutela administrativa y judicial en la materia que nos ocupa. En concreto, en su apartado primero dispone que la información retributiva o la ausencia de la misma derivada de la aplicación del RDIR podrá servir para llevar a cabo las acciones administrativas y judiciales oportunas, sean individuales o colectivas. Para ello, obviamente, es imprescindible que concurren los presupuestos necesarios previstos, según el caso, en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS, en adelante), o en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS, en adelante).

Así pues, la gran aportación del RDIR es facilitar, a partir del efectivo cumplimiento o, en su caso, incumplimiento empresarial de las obligaciones que derivan de esta norma reglamentaria, información retributiva suficiente o, en su caso, insuficiente, para poder determinar si una actuación es discriminatoria, directa o indirectamente, y, en consecuencia, constitutiva de infracción administrativa³⁹. Lo relevante es que el cumplimiento o, en su caso, el incumplimiento de las obligaciones previstas en el RDIR permita obtener, o no, información retributiva a partir de la cual se pueda determinar la comisión de una infracción muy grave en el caso de discriminación, directa o indirecta, favorable o adversa, en materia de retribuciones, tal y como se tipifica en el art. 8.12 de la LISOS. Y, si fuera el caso, poder iniciar el procedimiento preferente y sumario regulado en los arts. 177 a 184 de la LRJS e incluso el procedimiento de oficio del art. 148 c) del mismo texto legal.

Asimismo, el apartado 2 del art. 10 del RDIR, viene a concretar y despejar las dudas que habían surgido en relación con el alcance de la obligación de justificación del art. 28.3 del ET. Se trata, como es sabido, de un indicador en

³⁹ El art. 8.12 de la LISOS tipifica, como infracción muy grave, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas, favorables o adversas en materia de retribuciones.

virtud del cual cuando exista una descompensación superior al 25 por ciento entre el promedio de las retribuciones que perciben los trabajadores de uno y de sexo, las empresas con al menos cincuenta trabajadores deben incluir en el registro retributivo “una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras”. Al respecto, el RDIR aclara que dicha obligación empresarial “tiene exclusivamente” el alcance previsto en el art. 28.3 del ET, “sin que puede aplicarse para descartar la existencia de indicios de discriminación”. Lo relevante, pues, es que exista una justificación adecuada y objetiva de las diferencias retributivas, sin que el solo cumplimiento de dicha obligación empresarial sirva siquiera para descartar la existencia de indicios de discriminación.

Se pueden hacer varias precisiones al respecto. La primera de ellas, referente a la redacción del art. 28.3 del ET, pero que tiene su reflejo en el alcance de la obligación prevista en el mismo. En concreto, se trata de que la justificación de que no concurren factores relacionados únicamente con “el sexo de las personas trabajadoras” parece insuficiente y sería más correcto que se hubiera indicado que la obligación empresarial alcanza a incluir una justificación en atención al “sexo” y al “género”.

La segunda es que sería conveniente que las empresas con menos de cincuenta trabajadores estén atentas a esta descompensación, aunque, como no están obligadas, no es necesario que incluyan la justificación. De ahí que se pueda diferenciar la vigilancia (para todas las empresas) y la justificación (para las empresas con cincuenta o más trabajadores). Y es que la descripción del trabajo no es suficiente en los juicios de discriminación, siendo necesario valorar los criterios empleados⁴⁰, por lo que una política retributiva transparente favorece la prueba en el juicio, como ya señalaran la STJUE de 17 de octubre de 1989, asunto *Danfoss*, y numerosos pronunciamientos judiciales españoles⁴¹. De hecho, la ausencia de

⁴⁰ STC de 28 de febrero de 1994 (RTC 58/1994). En esta sentencia se recuerdan las reglas que el TJCE ha elaborado en materia de discriminación salarial, debiendo destacarse uno de los tres grupos de reglas, en virtud del cual “en los supuestos en que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde plenamente al empleador de la carga de poner de manifiesto los citados criterios, para excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia (Sentencia del TJ CE caso ENDERBY, de 27 octubre 1993)”.

⁴¹ STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011/6560) aprecia la discriminación por el secretismo de los criterios de selección, cifrando este secretismo en que el proceso se realiza “sin que las plazas se oferten, ni sean conocidas por los sindicatos o por los trabajadores cuya asistencia a los cursos de formación depende del poder discrecional de la empresa”. En la misma dirección «si los criterios empleados son transparentes y se han aplicado de manera correcta, el empresario podrá romper el panorama indiciario sobre la discriminación aportado por el demandante, justificando en consecuencia la diferencia de trato» [STC de 14 de diciembre de 1992 (RTC 229/1992)].

plan de igualdad, así como la carencia de políticas de empresa relacionadas con la igualdad constatada en el caso concreto, como quedó reflejado en la STSJ de Madrid, de 23 de febrero de 2018 (AS 2018/676), hacen igualmente que la posición del empresario, en relación con la carga de probar el respeto del derecho fundamental a la no discriminación laboral, sea más compleja, actuando como una presunción más de que el comportamiento fue contrario al ordenamiento jurídico.

Finalmente, respecto de los indicios de discriminación, también debe tenerse en cuenta que la justificación que realice el empresario podrá basarse en las condiciones y factores relacionados con el desempeño del trabajo, algunos de los cuales se enumeran en el art. 3.3 del RDIR, siempre teniendo en cuenta, para la correcta valoración de los puestos de trabajo, los criterios de adecuación, totalidad y objetividad.

6. CONCLUSIONES

Son dos los principios que sustentan y sobre los que se erige el RDIR: el principio de igual retribución por trabajo de igual valor y el principio de transparencia retributiva, estando, ambos, están estrechamente vinculados, puesto que, para conseguir el relevante objetivo del principio de transparencia retributiva, cual es identificar discriminaciones, directas e indirectas, sobre todo las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, es imprescindible la correcta aplicación del principio de igual retribución por trabajo de igual valor. A su vez, a los efectos de contribuir al efectivo cumplimiento de estos dos principios, el RDIR, por un lado, desarrolla el propio concepto de trabajo de igual valor y define tres criterios clave (adecuación, totalidad y objetividad) a aplicar para la correcta valoración de los puestos de trabajo. Y, por el otro, el RDIR desarrolla cuatro instrumentos de aplicación del principio de transparencia retributiva, a partir de los cuales se puede obtener información retributiva de las empresas y, en su caso, detectar y corregir incorrectas valoraciones de puestos de trabajo que oculten discriminaciones retributivas.

En la consecución de este importante cometido que permita hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva, que es, en definitiva, la finalidad última del RDIR, sin duda, juega un papel central la negociación colectiva y, en concreto, la adecuada definición de los grupos profesionales, que ha de ajustarse a los criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación entre mujeres y hombres. La aplicación de criterios neutros en cuanto al sexo y al género, así como la eliminación de evaluaciones de puestos de trabajo basadas en la infravaloración de trabajos feminizados son cuestiones fundamentales, tal y como se ha expuesto y analizado en este trabajo siguiendo cuantiosos pronunciamientos judiciales. Pero, además, la adecuada definición de los grupos profesionales también tiene su incidencia y reflejo en dos de los instrumentos de transparencia retributiva, el registro retributivo y la auditoría

retributiva, contribuyendo a su mayor efectividad en cuanto a su finalidad esencial. O, dicho con otras palabras, la no adecuada definición de los grupos profesionales, sin que se ajuste al principio de igual retribución por trabajo de igual valor, tendrá su irradiación en el registro y auditoría, de manera que a partir de la información que se vuelque en los mismos se podrán identificar y corregir irregularidades en materia retributiva.

De la misma forma que estos instrumentos de transparencia retributiva arbitrados por el RDIR, pese a que tienen como objetivo directo identificar las incorrectas valoraciones de los puestos de trabajo, también van a permitir detectar otro tipo de diferencias retributivas, como las vinculadas al embarazo y nacimiento de hijos, a partir de cuya detección se tendrá que analizar si están o no justificadas y, en su caso, si constituyen o no discriminaciones retributivas por razón de sexo.

Así descrita la estructura RDIR, sólo queda destacar algunas de las características de esta norma reglamentaria que, sin duda, aporta un nuevo impulso a la garantía de igualdad retributiva. Estos rasgos característicos son la complejidad y dificultad técnica que requiere la correcta valoración de los puestos de trabajo (que es la base para la definición adecuada de los grupos profesionales) y la realización de las auditorías retributivas, lo que permite entender los dos encargos que hace el RDIR: uno, la elaboración de una guía técnica con indicaciones para la realización de auditorías retributivas con perspectiva de género; y, dos, aprobación de una orden ministerial sobre el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo.

Junto a la complejidad y dificultad técnica, otros dos rasgos particulares del RDIR son, por un lado, la necesidad de que exista una voluntad real y efectiva por parte de las empresas de cumplir con las obligaciones que esta norma les impone, debiendo evitarse que el formal cumplimiento de las mismas permita ocultar discriminaciones retributivas por razón de sexo o de género, a cuyo fin puede ayudar el RDIR. Y, por el otro, la imperiosa necesidad de la aprobación de una norma como la que se ha examinado, por cuanto pueda contribuir, por su aportación al diseño de políticas retributivas transparentes, a hacer efectivo el derecho a la igualdad de trabajo y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva.

UN ESTÁNDAR SUPERIOR DE PLANES DE IGUALDAD: MÁS EMPRESAS, CONTENIDO Y CONTROLES EN LA NUEVA REGULACIÓN*

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Planes de igualdad, diagnóstico de situación, indicadores de igualdad, programas de auto-cumplimiento normativo, Auditorías Retributivas

El artículo 1 del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en la ocupación, modificó los artículos 45 y 46 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en adelante LOI, que introdujeron los Planes de Igualdad, en lo sucesivo PI, en nuestro ordenamiento jurídico. En la misma senda de reforzarlos, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, incide en las empresas obligadas, en su contenido y en los mecanismos de control y de seguimiento, apuntando hacia un estándar superior de PI, gracias a la incorporación de instrumentos propios de los programas de auto-cumplimiento normativo y de la Auditoría Retributiva. Todo lo que previsiblemente realce su efectividad y eficacia. Y sitúe a las empresas que ignoren las actuales previsiones en una situación procesal difícil en los juicios sobre la tutela del derecho fundamental a la no discriminación laboral por razón de sexo o de género, como se sostiene en este trabajo.

ABSTRACT

Keywords: Equality Plan, equality diagnosis, equality check-list, Compliance, Audit Remuneration

Article 1 of RD-Law 6/2019, of 1 March, of urgent measures to ensure equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, he amended Articles 45 and 46 of LO 3/2007 of 22 March for the effective equality of women and men, hereinafter LOI, which introduced the Equality Plans, hereinafter PI, into our legal order. On the same way to reinforce them, Rule 901/2020 of 13 October affects the obligated companies, their content and the control and monitoring mechanisms, pointing towards a higher standard of Equality Plans, thanks to the incorporation of instruments specific to compliance programmes and Audits Remuneration. Anything that is expected to enhance its effectiveness and effectiveness, or cause a worst position for companies that ignore current forecasts in a possible Trial about the protection of the fundamental right to non-discrimination for sex or gender ground, as supported by this work.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto PAIDI: “La ciudadanía en la empresa: los derechos fundamentales en el lugar de trabajo (SEJ 464)”. Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía. Investigador responsable: Prof. Dr. D. Santiago González Ortega.

ÍNDICE

1. LA EXTENSIÓN DE LA OBLIGATORIA NEGOCIACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS PI
 - 1.1. El alcance general de la obligación de negociar medidas de igualdad y las particulares exigencias de los nuevos PI
 - 1.2. La empresa, o también ahora el grupo de empresa, como referente de los nuevos PI
 - 1.3. Las reglas del cómputo de los trabajadores: especiales previsiones para empresas con alta temporalidad, empleo parcial y picos de actividad
 - 1.4. La excepcional extensión del PI a trabajadores de otras empresas: las ETT y la necesidad de reflexionar sobre otros supuestos de descentralización productiva
 - 1.5. Los plazos máximos de la negociación del PI como garantía de su conclusión y de su revisión, aunque sea sin acuerdo de las partes
2. EL REFORZAMIENTO DEL CONTENIDO MÍNIMO DE LOS PI
 - 2.1. Un mayor grado de concreción del diagnóstico de situación: indicadores cuantitativos y cualitativos en la evaluación de las singularidades de la empresa
 - 2.2. El contenido más detallado de los nuevos PI: en especial, el reforzamiento del control interno y la incorporación de la Auditoría Retributiva
3. EL REGISTRO DE LOS PI COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA EMPRESARIAL Y DE PUBLICIDAD
 - 3.1. La obligatoriedad de registrar los PI con independencia de su naturaleza jurídica
 - 3.2. El procedimiento de registro de los PI: solicitud, legitimación, plazos y forma
4. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

1. LA EXTENSIÓN DE LA OBLIGATORIA NEGOCIACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS PI

Desde la incorporación de la obligación de negociar y de implementar los PI introducida por los artículos 45 y ss. de la LOI, se había discutido el alcance general de esta previsión jurídica, que excluía a un buen número de empresas del tejido productivo español, ya que la primera redacción de la LOI únicamente imponía la obligación de negociarlos a las empresas con más de 250 trabajadores, a las que se encontrarán obligadas como consecuencia de lo previsto en convenio colectivo o a las que decidieran impulsarlos para sustituir una sanción accesoria en materia de igualdad por la elaboración de un PI (artículo 45.2 de la LOI, en la redacción anterior al RDL 6/2019)¹. Sin perjuicio de que algunas empresas han adoptado los PI de forma totalmente voluntaria, con el fin de obtener incentivos o premios convocados por el Estado, las CCCA o los Entes Locales; de mejorar su ventaja competitiva en los concursos de licitación pública; o de potenciar su imagen corporativa.

El Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los Planes de Igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, en adelante RPI, amplía considerablemente la obligación de negociarlos, como ya lo había

¹ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: “Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa”, *Actualidad Laboral*, nº 9, 2008, pp. 1073 y ss.

hecho el RDL 6/2019, incidiendo en el alcance de la preceptiva negociación de los PI, en la elección de la empresa como unidad de negociación básica y en la posibilidad de que puedan elaborarse PI de grupos de empresa, en las reglas sobre el cómputo de los trabajadores a partir del que nace la obligación de negociarlos y en la excepcional extensión de los PI a otras empresas distintas, como se analiza a continuación.

1.1. El alcance general de la obligación de negociar medidas de igualdad y las particulares exigencias de los nuevos PI

El RPI confirma la exigencia general de que todas las empresas con trabajadores laborales a su cargo, con independencia del número de empleados o de que exista obligación convencional al respecto sobre la necesaria elaboración de un PI, respeten la igualdad de trato en materia laboral, así como adopten medidas, previa consulta o negociación colectiva, para prevenir la discriminación laboral entre hombres y mujeres, así como el acoso sexual y por razón de sexo; en este último caso arbitrando procedimientos para prevenir y para dar cauces a las denuncias o a las reclamaciones (artículos 2.1 y 2.3 del RPI). Lo que ya se disponía en los artículos 45 y 48 de la LOI, tanto en la redacción anterior como posterior del RDL 6/2019, aunque de una forma más desordenada y quizás aparentemente menos taxativa por ello. Y supone, en lo que aquí interesa destacar, una importante extensión de la obligación de negociar medidas de igualdad, lo que previsiblemente acabe generando una dinámica facilitadora de la elaboración de los PI, incluso en las empresas que no se encuentran obligadas a la negociación e implementación de los PI.

En el caso además de aquellas empresas con 50 o más personas trabajadoras y en las referidas anteriormente que también se encuentran obligadas a la negociación y a la efectiva implementación de un PI, se dispone adicionalmente que esta negociación debe encaminarse necesariamente a culminar con la elaboración de un PI (artículo 2.2 del RPI). Expresamente señala esta disposición reglamentaria, con el “alcance” y con el “contenido” previsto en el RPI, lo que guarda coherencia con un cambio relevante en el propio concepto de lo que se entiende por PI, que podría haber ya iniciado el RDL 6/2019. Pues, como se había advertido, la obligación de negociar los PI, tras esta reforma, parecería centrarse exclusivamente en la obligatoria negociación del diagnóstico de situación, por el tenor literal del nuevo artículo 46.2 de la LOI².

² Pues este precepto define a los PI de las empresas como “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo”. Todo lo que requeriría de una mayor precisión y aclaración. Puede consultarse, a este respecto, Ballester Pastor, M.A.: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de

Concretamente, el cambio se produce porque el artículo 11 del RPI admite el registro de los PI concluidos, con o sin acuerdo, de las partes. Todo lo que supone una importante novedad frente a lo previsto en los artículos 45 y 46 de la LOI, que inciden especialmente en que el PI sea el resultado de la negociación colectiva, como hemos apuntado. Lo que había planteado opiniones distintas antes de la adopción del RPI, como consecuencia de que la LOI carece de mecanismos alternativos cuando la negociación colectiva se frustra, salvo en el caso de que el PI hubiese venido motivado con la finalidad de sustituir una sanción accesoria en materia de igualdad, donde el artículo 45.4 de la LOI admite que se concluya con la “negociación” o con la “consulta” a los representantes de los trabajadores desde su redacción inicial, lo que permite, en atención al término “consulta”, que la empresa adopte el PI, cuando la negociación se frustre, siempre que la consulta sea realizada de forma correcta³. Por lo que el fracaso en la negociación, tanto en el caso de las empresas obligadas a negociarlos en atención al volumen de empleo (artículo 45.2 de la LOI) como en el supuesto de que viniesen obligadas por convenio colectivo (artículo 45.3 de la LOI), parecía legitimar que la empresa careciese de PI y posiblemente de medidas de igualdad, aunque la empresa estuviera obligada a negociar el PI y a implementarlo.

Sin bien, debe tenerse en cuenta la obligación de intentar la negociación colectiva en el caso de las empresas anteriormente indicadas, puesto que podría alegarse la lesión del derecho fundamental a la libertad sindical (artículo 28 de la CE), cuando se ignore completamente a los representantes de los trabajadores, en atención a lo previsto en el artículo 45 de la LOI y en el actual artículo 46.2 de la LOI⁴. Desde luego, el cambio normativo supone una ampliación de las empresas que podrán, incluso cuando se frustre la negociación, contar con un PI. Aunque será necesaria la interpretación jurídica del alcance real de la obligación de negociarlos tras la previsión de que puedan registrarse también los PI concluidos sin acuerdo, prevista en el artículo 11.1 del RPI.

oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Temas Laborales*, n° 146, 2019, p. 22.

³ Interpretación que se extrae del artículo 45.4 de la LOI: “Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo”. En este sentido, Fabregat Monfort, G.: *Los Planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 15.

⁴ STS de 13 de septiembre de 2018 (rec. cas. n° 213/2017) sobre la vulneración del derecho a la libertad sindical, por transgresión del deber de buena fe, debido respectivamente a la fijación por decisión unilateral del PI de la empresa, cuando existe obligación de negociarlos, en atención a las reglas dispuestas en la LOI.

Pues si bien la reforma del RDL 6/2019 permitiría sostener que la obligación de negociar alcanzaba indudablemente al diagnóstico de situación y a las medidas contenidas en el PI (artículo 45.1 y 46.2 de la LOI). Ahora, la previsión introducida por el artículo 11 del RPI de que puedan registrarse los PI concluidos sin el acuerdo de las partes parece admitir el registro de aquellas medidas y de aquellos procedimientos adoptados con otros sujetos distintos a los determinados en el “procedimiento de negociación” del capítulo II del RPI, o decididos de manera unilateral por el empresario. Lo que debe entenderse condicionado, en todo caso, a que se haya realizado al menos el intento de negociación con los representantes de los trabajadores designados en el “procedimiento de negociación” del capítulo II del RPI.

Esto amplía, en definitiva, la excepción de la obligatoria negociación prevista en el artículo 45.4 de la LOI para los PI que resulten de la sustitución de una sanción accesoria en materia de igualdad, sobre los que se admite que concluyan con la consulta, a los otros dos supuestos: empresas obligadas a negociarlos en atención al volumen de empleo (artículo 45.2 de la LOI) y empresas obligadas a negociarlos por lo previsto en el convenio colectivo de aplicación (artículo 45.3 de la LOI).

Esta conclusión se extrae de la redacción literal del artículo 11 del RPI, que permite el registro de los PI concluidos con acuerdo (debiendo entenderse que estas partes son exclusivamente las previstas en el “procedimiento de negociación” en el capítulo II del RPI) o sin “acuerdo entre las partes”, lo que puede provocar, a falta de una mayor concreción, que sean calificados como PI sin acuerdo, tanto en el caso de que se haya concluido sin el acuerdo de la representación de los trabajadores prevista en el capítulo II del RPI, como en el supuesto de que sea concluido exclusivamente por el empresario. También de otras previsiones que guardan concordancia con ésta⁵.

En consecuencia, para mayor certeza y para una mayor seguridad jurídica de todas las partes que intervienen en el proceso de elaboración de los PI, pues ello contraviene de manera expresa la regla general prevista en la LOI de que los

⁵ Concretamente de la redacción de la pregunta nº 2.2 de la hoja estadística del PI regulada por el RD 713/2010, que recaba la información sobre si el plan “se ha pactado con la representación de las personas trabajadoras”, siendo una de las opciones que “el plan no ha sido pactado”, aunque es cierto que no se especifica si es la representación de los trabajadores prevista en el “procedimiento de negociación” del capítulo II del RPI. También se extrae la misma idea de otros preceptos. Así, en el caso de las empresas obligadas a negociarlos en atención al volumen de empleo, también podría concluirse lo mismo en atención a la definición del PI, contenida en el artículo 2.2 del RPI, como un conjunto de medidas diseñadas con el “alcance” (capítulo I del RPI: “disposiciones generales”) y con el “contenido” (capítulo III del RPI: “contenido”) previsto en el RPI, y en consecuencia, sin cumplir con el procedimiento de negociación del capítulo II. 4) y en cualquier caso, debe de tenerse en cuenta que el artículo 5.1 del RPI dispone, en relación con el procedimiento de negociación de los PI, que “sin perjuicio de las previsiones distintas acordadas en convenio colectivo”, los

PI sean negociados⁶, sería necesario revisar este criterio de admitir el registro de los PI concluidos sin el acuerdo de las partes previstas en el “procedimiento de negociación” del capítulo II del RPI, salvo en el caso de las empresas que puedan sustituir la sanción accesoria en materia de igualdad por la elaboración del PI, donde el artículo 45.4 de la LOI prevé la posibilidad de que se concluya con la consulta desde su origen, en una situación ciertamente excepcional.

En este sentido, hubiese sido más coherente incluir a este tipo de negociación en el catálogo de medidas de igualdad negociadas, sin otorgarles la calificación de PI, cuando hubiesen intervenido otra representación a la prevista en el procedimiento de negociación del capítulo II del RPI, como confirma la STS de 26 de enero de 2021 (rec. cas. nº 50/2020), que rechaza la negociación del PI con una comisión ad hoc, incluso en el caso extremo de que existieran serias dificultades para llevar a cabo el proceso de negociación del PI. También hubiese sido más coherente denominar a esta facultad empresarial de concretar medidas en materia de igualdad, cuando la empresa está obligada a la implementación de un PI y el texto no cuenta con la conformidad de los representantes de los trabajadores previstos en el “procedimiento de negociación” del capítulo II del RPI, de una manera distinta. Con ello se conseguiría afianzar la vinculación entre los PI y la negociación colectiva.

Al mismo tiempo que también hubiese sido necesario que se les hubiese exigido a los empresarios obligados a implementar un PI, cuyo proceso de negociación con los representantes de los trabajadores previstos en el “procedimiento de negociación” en el capítulo II del RPI haya fracasado, la acreditación de que se ha producido la frustración del intento negociador, pero se ha cumplido con la remisión de la documentación en el tiempo y en la forma que permita la participación de los sujetos llamados a negociar. También sería recomendable que se exigiese la realización de un diagnóstico de situación donde se garantizase la veracidad de la información recabada a través de la intervención de un tercero independiente, así como se asegurase que el diagnóstico de situación tiene el contenido mínimo estipulado en el artículo 7 y en el anexo del RPI. Y que los objetivos, las medidas y los procedimientos introducidos para alcanzar la igualdad en la empresa, así como para erradicar la discriminación y para prevenir el acoso laboral por razón de sexo o de género, son coherentes con la información recogida en el diagnóstico de situación, lo que igualmente podría garantizarse mediante el informe de un tercero independiente.

PI deben ser objeto de negociación, incluido el diagnóstico de situación, con la representación legal de las personas trabajadoras. Lo que parecería incluso admitir previsiones excepcionales vía convencional.

⁶ Resalta especialmente el carácter negociador de los PI, Alfonso Mellado, C.L.: “Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido”, *Femeris*, vol. 5, nº 2, p. 43.

De esta forma podría compatibilizarse la loable finalidad de que los empresarios obligados a la negociación de un PI, que se ha frustrado en el intento negociador con los representantes de los trabajadores previstos en el “procedimiento de negociación” del capítulo II del RPI, adoptasen al menos medidas de auto-cumplimiento que asegurasen de forma efectiva y de manera eficaz la consecución de la garantía de la igualdad en la empresa. Unas medidas de auto-cumplimiento en materia de igualdad que deberían entenderse jurídicamente vinculantes para estas empresas⁷, aunque el texto no debería denominarse PI, pues ello contraviene el propio concepto de lo que debe ser un PI, por quedar fuera de la negociación colectiva⁸.

En todo caso, cabe precisar que los beneficios reputacionales que pueden reportarles a las empresas la consecución del distintivo de igualdad suponen un impulso para que se evite el fracaso de la negociación del PI. Pues, se tendrá en cuenta, a los efectos de la valoración del artículo 10.1.f del RD 1615/2009, de 26 de octubre, que regula la concesión y la utilización del distintivo de igualdad, si el PI “ha sido negociado y en su caso acordado”, según la disposición adicional cuarta del RPI.

En otro orden de ideas, cabe igualmente destacar que las empresas no obligadas a negociar o a aplicar un PI pueden realizarlo de forma totalmente voluntaria, si quieren. No obstante, será preceptiva la negociación (artículo 2.4 del RPI), o al menos la consulta (artículo 45.5 de la LOI y artículo 2.4 del RPI), para que puedan concluir un PI. Además, la elaboración e implantación del PI deberá respetar lo previsto en el RPI, según determina el artículo 2.4 del RPI, “cuando así resulte de su contenido”. De lo que puede deducirse que será preciso al menos respetar las previsiones del capítulo III del RPI, titulado “contenido”, que se refieren al diagnóstico de situación, al contenido mínimo obligatorio del PI, a la vigencia, al seguimiento, a la evaluación y a la revisión del PI (artículos 7, 8 y 9 del RPI). Aunque hubiese sido necesario una mayor aclaración.

Todo lo que nuevamente nos refiere a un importante ensanchamiento de la obligación de negociar los PI. Por cuanto, las empresas que adopten un PI, especialmente tras las novedades incorporadas por el RPI en relación con los obligatorios mecanismos de seguimiento y de revisión de los PI, seguramente queden comprometidas a futuro, como veremos cuando analicemos estos mecanismos de control, a adoptar de forma negociada y obligatoria un nuevo PI.

⁷ Por analogía, STSJ del País Vasco 12 de abril de 2016 (rec. supl. nº 512/2016), por lo que se refiere al carácter vinculante para la empresa de un Código Ético, que fue adoptado de forma voluntaria y unilateral por la empresa.

⁸ Alfonso Mellado, C.L.: “Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido”, ob. cit., p. 50.

1.2. La empresa, o también ahora el grupo de empresa, como referente de los nuevos PI

Otras de las novedades del RPI es que los nuevos PI son ya claramente medidas, negociadas o no negociadas, de una empresa o de un grupo de empresas. En lo que hace a la afirmación de que son un conjunto de medidas de una empresa, se extraía de los artículos 45 y 46 de la LOI esta idea. Pero ahora es mucho más evidente, por las previsiones del artículo 2 del RPI, en relación con la empresa como unidad de negociación, así como lo cierto de todo el RPI, que se refiere al diagnóstico de situación y a la fijación de indicadores para poder evaluar la realidad de la empresa. Todo lo que impediría, en principio, la calificación como PI de las medidas de negociación que se adopten en los convenios colectivos o en los acuerdos colectivos sectoriales. Lo que se había hecho, como se sabe, antes del RPI.

Además de esta necesaria aclaración, la novedad de la regulación introducida por el RPI reside, sobre todo en este punto, en la posibilidad de concluir PI de grupos de empresas (artículo 2.6 del RPI). Pues, se habían suscitado igualmente dudas en torno a si podían realizarse PI de grupos de empresas, como aclara expresamente ahora el RPI, aunque también se habían venido adoptando este tipo de PI, como se sabe.

En todo caso, se trate de PI de empresa o de PI de grupos de empresas, la obligación de negociar los nuevos PI alcanza a toda la empresa en su conjunto, sin perjuicio de las peculiaridades que deban establecerse, en su aplicación, respecto de los centros de trabajo que precisen de medidas específicas (artículo 46.3 de la LOI y artículo 2.5 del RPI). También debe entenderse que, cuando el PI sea de un grupo de empresas, pueden existir peculiaridades, en su aplicación, respecto de algunas empresas, como se deduce del artículo 2.6 del RPI.

A estos efectos, el RPI establece además previsiones concretas para aclarar cómo se conforma la unidad de negociación, siendo la unidad de negociación básica la empresa, como se extrae de los artículos 2 y 3 del RPI, que se refieren respectivamente a las empresas obligadas y a la cuantificación del número de personas trabajadoras en las compañías que deben realizarlos de forma obligatoria en atención a la dimensión de su plantilla. Se descarta así que el centro de trabajo sea la unidad de negociación. Lo que guarda coherencia con las normas sobre la negociación colectiva de los artículos 87 y 88 del ET, donde se identifica igualmente a la empresa como unidad de negociación básica. Al margen de que se pueda seguir la negociación del PI en ámbitos distintos, como veremos a continuación.

El RPI también determina cómo deberá realizarse la negociación de los PI en los grupos de empresa. Así establece que podrá realizarse un PI para todas las empresas del grupo, o bien podrá efectuarse un PI para parte de las empresas del grupo (artículo 2.6 del RPI). Y, en el caso de que se opte por la elaboración del

PI solo para algunas de ellas, las restantes empresas del grupo, que se encuentren obligadas a negociarlos y no se encuentren afectadas por el PI del grupo de empresa, mantendrán la obligación de negociar un PI de empresa que sea propio (artículo 2.6 del RPI).

También cabe destacar que el RPI vincula las reglas de negociación de los nuevos PI con las dispuesta en el ET, concretando en este sentido lo establecido en el artículo 45.1 de la LOI, cuando se refiere a que el PI se “deberá negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores”, lo que habría que realizar, como se había venido interpretando y ahora se aclara, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 87 y 88 del ET⁹.

En el caso de las empresas sin representación legal en los términos anteriormente expresados, el RPI establece además reglas específicas para solucionar los cada vez más frecuentes problemas de la negociación de las empresas sin representantes de los trabajadores con capacidad para llevar a cabo la negociación colectiva estatutaria (artículo 5.3 párrafo 1º del RPI), lo que igualmente contribuye a que sean cada vez más empresas las que finalmente tengan un PI negociado. Así, en las empresas sin representación legal, se creará una Comisión Negociadora, con un máximo de 6 miembros por cada una de las partes, integrada por los representantes de la empresa, así como por los representantes de los trabajadores, pertenecientes a los sindicatos más representativos y representativos del sector, en proporción a la representación que ostenten en el sector y garantizando la participación de los sindicatos que muestren el interés en el plazo de 10 días (artículo 5.2 párrafo 1º del RPI).

Si existen unos centros de trabajo con representación legal de los trabajadores conforme a lo dispuesto en el artículo 5.2 del RPI y otros centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores, la Comisión Negociadora, con máximo de 13 miembros por cada una de las partes, se constituirá, en lo que hace al banco social: de un lado, conforme a las reglas previstas en el artículo 5.2 del RPI, en los centros de trabajo con representación legal; y de otro lado, en atención a las reglas dispuestas para la Comisión Sindical, por lo que se refiere a los centros de trabajo sin representación legal (artículo 5.3 párrafo 2º del RPI). Asimismo, el RPI ordena

⁹ Así el RPI determina que los sujetos legitimados para la negociación serán los Delegados/a de Personal, el Comité de Empresa o las Secciones Sindicales, en su caso, si las hubiere, y siempre que sumen en su conjunto la mayoría de los miembros del Comité (artículo 5.2 párrafo 1º del RPI), llevándose a cabo por las Secciones Sindicales anteriormente mencionadas cuando así se acuerde, siempre que sumen la mayoría de los miembros del Comité de Empresa, o de las Delegadas o Delegados de personal (artículo 5.2 párrafo 2º del RPI). En el caso de que existan varios centros de trabajo, el RPI dispone que la negociación se llevará a cabo mediante el Comité Intercentros, cuando existiera este órgano de representación y tuviera competencias para llevar a cabo la negociación del PI (artículo 5.2 párrafo 5º del RPI). En el caso de la elaboración de los PI de grupos de empresa, el RPI establece que se regirá por lo dispuesto en el artículo 87 del ET (artículo 2.5 párrafo 6º del RPI).

que la Comisión Negociadora se forme, como máximo, por 13 miembros, en este caso (artículo 5.3 párrafo 2º del RPI). Lo que puede comprometer su operatividad, por el elevado número de componentes que participarán en la negociación del PI.

Junto a lo anterior, el RPI dispone también, lo que debe entenderse como una forma de facilitar el encauzamiento de las negociaciones, la posibilidad de que la Comisión Negociadora cuente con el apoyo y con el asesoramiento externo de especialistas en materia de igualdad laboral, que “intervendrán” en las reuniones de la Comisión Negociadora, con voz, pero sin voto (artículo 5.3 párrafo 3º del RPI). Lo que debe entenderse que sucederá a petición de la Comisión Negociadora en su conjunto, de cualquiera de las partes que la integran o de cualquiera de las representaciones de los miembros que la forman, aunque hubiese sido necesario una mayor aclaración y concreción sobre este criterio.

1.3. Las reglas del cómputo de los trabajadores: especiales provisiones para empresas con alta temporalidad, empleo parcial y picos de actividad

Otra de las importantes novedades concernientes a la extensión de la obligación de negociar los PI en cada vez más empresa, se encuentra relacionada con las reglas de cómputo del número de los trabajadores a partir de las que nacería la obligación de negociar los PI.

Antes del RDL 6/2019, se encontraban obligadas a negociarlas aquellas empresas que hubiesen quedado comprometidas por la negociación colectiva, las que hubiesen optado por cambiar una sanción accesoria en materia de discriminación por la elaboración de un PI, así como aquellas empresas con una plantilla superior a 250 trabajadores, como se indicó. En este último aspecto, el RDL 6/2019 redujo el umbral de trabajadores a partir del que las empresas quedaban obligadas a iniciar el procedimiento de negociación y de aplicación del PI, pasando de 250 trabajadores a 50 trabajadores, con los períodos transitorios establecidos, que acabarán el 8 de marzo de 2022, cuando se cumpla el plazo de los tres años desde la publicación del RDL 6/2019 en el BOE, dispuesto para su entrada en vigor (artículo 1 del RDL 6/2019, que introduce la disposición transitoria 12ª en la LOI).

De manera que se irá ampliando progresivamente el número de empresas obligadas a negociar y a implementar los PI en atención a la dimensión de la plantilla, hasta que finalmente queden obligadas las empresas con 50 o más trabajadores¹⁰.

¹⁰ Así, según la disposición transitoria 12ª de la LOI, actualmente tienen obligación de negociarlas empresas “de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas”. A partir del 8 de marzo de 2021, esta obligación descenderá a empresa “de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras”.

Lo que incluirá a un buen número de corporaciones de tamaño medio, aunque es cierto que seguirán quedando muchas empresas exentas de esta obligación¹¹.

En esta misma línea de ampliar cada vez más el número de empresas obligadas a negociar y a implementar un PI, se establecen previsiones concretas relativas a cómo debe computarse el umbral de los 50 trabajadores a partir del que nacería esta obligación empresarial de negociar y de implementar los PI, así como a cuándo debe efectuarse este recuento. Concretamente, el artículo 3 del RPI aporta soluciones a esta conocida problemática, que acaban contribuyendo a la extensión de la obligación de negociarlos y de aplicarlos a cada vez más empresas, como se comprobará a continuación.

A estos efectos, el RPI dispone que deberá tenerse en cuenta la totalidad de la plantilla de la empresa para efectuar el cómputo de los trabajadores, con independencia del número de centros de trabajo y con independencia del tipo de contrato de trabajo (artículo 3.1 párrafo 1º del RPI). A mayor abundamiento, el RPI precisa que se incluyen los “contratos fijos discontinuos”, los “contratos de puesta a disposición” y los “contratos a tiempo parcial” (artículo 3.1 párrafo 1º y 2º del RPI), computando cada una de estas contrataciones como una persona trabajadora más, aunque la norma únicamente lo aclare para los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

El RPI ordena también que computarán los “contratos de duración determinada”, estableciendo una previsión respecto de los contratos temporales extinguidos, que exige diferenciar si los contratos de trabajo se encontraban vigentes en los períodos de referencia marcados en el RPI o se habían extinguido antes de ese momento (artículo 3.1 párrafo 1º y 2º del RPI)¹². Con ello, el RPI trata

¹¹ Alfonso Mellado, C.L.: “Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido”, ob. cit., p. 43 y 50.

¹² De esta regla, cabe deducir que cada uno de los contratos de trabajo de duración determinada vigentes computará como una persona trabajadora más, a falta de previsión al respecto y por analogía con las anteriores reglas comentadas. Los contratos de trabajo de duración determinada que no se encuentren vigentes en la fecha en la que se haya efectuado el cómputo de los trabajadores, pero lo hayan estado en los seis meses anteriores a comprobar si se alcanza el umbral de trabajadores determinado en la norma para el nacimiento de la obligación de negociar y de aplicar un PI, también sumarán a los efectos de calcular el umbral de las 50 personas trabajadoras, aunque deberá tenerse en cuenta los días trabajados. Concretamente, cada 100 días trabajados o fracción, se computará como una persona trabajadora más (artículo 3.1 párrafo 3º del RPI). Esta previsión de que también computen los contratos extinguidos en el período antes referido únicamente se considerará para los contratos de duración determinada, sin que sea aplicable a los contratos indefinidos, a los contratos fijos-discontinuos o a los contratos de puesta a disposición, como antes se indicó.

de evitar que las empresas con picos de actividad en momentos puntuales del año queden exentas de la obligación de negociar y de implementar un PI¹³.

Junto con la forma en la que se realiza el cómputo de los trabajadores, el RPI también establece una importante aclaración, disponiendo cuándo debe efectuarse el cómputo de los trabajadores, lo que también contribuye a la extensión de la obligación de negociarlos a cada vez un número mayor de empresas, por cuanto se disponen diferentes momentos en los que debe realizarse de forma obligatoria este recuento de los trabajadores y de las horas trabajadas. A estos efectos, el artículo 3.2 del RPI concreta que debe realizarse, como mínimo, “el último día de los meses de junio y diciembre de cada año”. Lo que trata de evitar seguramente que las empresas con picos de actividad eludan la obligación de negociar y de aplicar los PI, computando a los trabajadores en períodos con menor volumen de empleo. Si bien es cierto que esta regla puede resultar poco impositiva para algunas empresas, sobre todo del sector turístico y de la hostelería, cuyos picos de actividad se concentran pasado el mes de junio.

También se dispone que se tendrá en cuenta toda la plantilla de la empresa para el cómputo del umbral a partir del que nace la obligación de negociar y de aplicar los PI, sin considerar si se cumple el número de personas trabajadoras exigidas en cada uno de los centros de trabajo. Lo que igualmente permite el nacimiento de la obligación de negociarlos y de aplicarlos en un mayor número de empresas. Pues, con independencia del tamaño de los centros de trabajo, cuando haya 50 trabajadores, en el conjunto de la empresa, nacerá la obligación de negociar y de aplicar el PI (artículo 3.1 del RPI).

Y, finalmente, el RPI establece una importante cláusula de cierre, que se inserta en la misma dirección de extender la obligación de negociar y de aplicar los PI a cada vez más empresas. Esta cláusula de cierre es que se mantiene la obligación de negociar el PI, una vez que se alcancen los 50 trabajadores, cuando se haya constituido la Comisión Negociadora, aunque el número de trabajadores

¹³ Lo que seguramente hubiese sucedido de prosperar el proyecto de borrador sometido a información pública sobre el desarrollo reglamentario de los PI. Pues se disponía allí que “el número de personas trabajadoras se corresponderá con la plantilla total de la empresa en cada momento, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que las vincule” (artículo 3.1 del borrador del RPI sometido a información pública). De tal manera que las empresas con alta temporalidad, en la redacción anterior a la contenida en el RPI, podrían quedar exentas de la obligación de negociar y de implementar un PI con más facilidad, realizando el cómputo en los períodos con poca actividad productiva. Sí que el borrador del RPI sometido a información pública trataba de evitar otro tipo de fluctuaciones, derivadas de la externalización de la actividad mediante Empresas de Trabajo Temporal, incluyendo de esta forma a los trabajadores de estas empresas para calcular el umbral a partir del que nace la obligación de negociar o de aplicar el PI en la Empresa Usuaria (artículo 3.2 del borrador del RPI sometido a información pública). Previsión que el actual RPI no incluye.

descienda y se sitúe por debajo de lo previsto en la norma de aplicación (artículo 3.3 del RPI). Obligación que se mantendrá durante el período de vigencia del PI, o en su caso, durante 4 años (artículo 3.3 del RPI).

1.4. La excepcional extensión del PI a trabajadores de otras empresas: las ETT y la necesidad de reflexionar sobre otros supuestos de descentralización productiva

Las peculiaridades inherentes a la negociación y aplicación de los PI, que exige conocer en detalle la situación en la que se encuentra la empresa en un momento determinado, impiden que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 92 del ET, en relación con los mecanismos de extensión y de adhesión aplicables a los convenios colectivos estatutarios, incluso en el caso de PI obligatorios que quedasen incluidos en tales convenios colectivos. Pues, los PI son, tal y como se recoge en LOI, que debe entenderse como una norma de carácter orgánico y especial en materia de PI, “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación” (artículo 46.1 de la LOI). Todo lo que impide como regla general la extensión a los trabajadores de empresas distintas a aquélla en la que se elabora el diagnóstico de situación.

De hecho, como se deduce del artículo 45 de la LOI y del artículo 2 del RPI, los PI se configuran como un instrumento de la negociación colectiva de la empresa, siendo excepcionales los PI de grupo de empresa, a los que se les exige la justificación de elegir esta opción negociada (artículo 2.6 párrafo 2º del RPI). Esta previsión jurídica se sustenta en la consolidación de los PI como una herramienta eficaz para combatir la desigualdad y para erradicar la discriminación laboral por razón de sexo y de género en las empresas, a partir del diseño de medidas específicas, que atiendan a su realidad particular. De hecho, la extensión de un PI de un grupo de empresas a una empresa del mismo grupo que no ha participado en su diseño, según se deduce del RPI, contraviene el propio concepto de PI. Pues, en la elaboración del PI que quiere extenderse a la empresa que no ha participado en el proceso, se habrá prescindido de información de relevancia y de interés para su correcto diseño, exigida además por el RPI de forma expresa para los PI de grupo de empresa.

Es más, cabe exigir que los PI establezcan medidas especiales para atender a las diferentes realidades que puedan concurrir en las empresas para las que particularmente se elaboran. Pues, el incumplimiento de la obligación de diseñar medidas específicas para atender a realidades o a situaciones particulares de los trabajadores de una empresa, puede comportar una discriminación directa¹⁴.

¹⁴ Como se deduce de las STJUE de 19 de octubre de 2017 (C-531/15) *Otero Ramos* y de 19 de septiembre de 2018 (C-41/17) *González Castro*. Así, el PI de una empresa es de aplicación a todos los trabajadores que prestan servicios en ella (artículo 10.1 del RPI), aunque deberán disponerse

Y, en la misma dirección, el PI es de aplicación a todos los centros de trabajo de la empresa, aunque podría preverse, como indica el artículo 46.3 de la LOI y el artículo 2.5 del RPI, la aplicación de determinadas medidas únicamente a ciertos centros de trabajo. Lo que resulta coherente también con la negociación colectiva y con la garantía de igualdad. Pues la empresa deberá tomar medidas especiales en atención a las singulares descompensaciones que puedan manifestarse en ciertos centros de trabajo (artículo 10.1 del RPI). Como también cabe establecer, cuando se trate de PI de un grupo de empresa, peculiaridades en atención a las singularidades de cada una de las empresas del grupo (artículos 2.6 y 10.1 del RPI). De tal manera que, una vez negociado el PI, como regla general, únicamente será de aplicación a la empresa, o en su caso, al grupo de empresa, según se trate de uno o de otro tipo de PI.

A este respecto, la única excepción que contiene el RPI sobre la extensión de un PI ya negociado a los trabajadores que prestan servicios para otra empresa, se refiere a las ETT (artículo 10.2 del RPI). Lo que debe entenderse como una ratificación del criterio judicial sentado en la SAN de 11 diciembre 2017 (rec. nº 278/2017) y en la STS de 13 de noviembre de 2019 (rec. nº cas. nº 75/2019), que reconocía la extensión de las medidas del PI a los trabajadores cedidos en el marco de una ETT durante el período de su prestación de servicios.

Esto garantiza la aplicación no solo de las medidas de la garantía de igualdad relativas a la no discriminación y a la acción positiva dispuestas en el PI, sino también de las medidas antiacoso laboral por razón de sexo o de género contenidas en los PI. Pues el artículo 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT, al que se remite el propio artículo 10.2 del RPI, dispone la aplicación de las mismas “condiciones esenciales de trabajo y empleo” de los trabajadores de la empresa usuaria. Lo que comprende “la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos”. También establece que los trabajadores de la ETT

medidas especiales para los trabajadores que presenten alguna particularidad, pese a que ni LOI ni el RPI lo indiquen de forma expresa. Puesto que tratar de la misma forma a quienes son distintos supone una forma de discriminación, teniendo derecho los trabajadores que son diferentes a recibir un trato distinto, sin que ello sea ni discriminatorio para el resto de los trabajadores, ni lesivo de la libertad sindical. De hecho, la introducción de previsiones específicas para ciertas categorías de trabajadores es conforme a la no discriminación y a la libertad sindical, salvo que esto provocase una exclusión injustificada de algunos de los trabajadores fundadas en una causa prohibida por el artículo 14 de la CE de las condiciones establecidas en el PI o se tratara de trabajadores sin capacidad de negociación STC de 7 de mayo de 1987 (RTC 52/1987) y STC de 22 de julio de 1987 (RTC 136/1987). En este sentido, Gómez-Millán Herencia, M.J.: “La exclusión de los profesores de religión del ámbito personal del convenio colectivo de la Comunidad Autónoma de Madrid: una manifestación más del recorte de sus derechos laborales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2005, págs. 523-544.

tendrán derecho a la misma protección que “las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual” (artículo 11.1 de la LETT).

Al margen de que podría darse el supuesto de que la ETT tuviese además un PI propio, en cuyo caso serían de aplicación ambos PI, el de la empresa usuaria y el de la ETT, a los trabajadores cedidos¹⁵. Con el fin de conseguir la efectividad de las medidas aplicables para alcanzar la igualdad y para erradicar las prácticas discriminatorias.

Para el resto de supuestos de descentralización productiva, debería entenderse de aplicación lo establecido en el artículo 46.1 de la LOI, en relación a que los PI son “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación”. Lo que impediría la extensión del PI a estas realidades empresariales, en sentido análogo y por aplicación de la regla general anteriormente referida de que los PI son de aplicación para las empresas que han procedido a su elaboración. Sucedería así respecto de la imposibilidad de extender el PI a las contratadas y subcontratadas. Pese a que también podría ser lógico aplicar las medidas de igualdad dispuestas, tanto de tutela antidiscriminatoria como de acción positiva¹⁶.

Del mismo modo, el RPI establece que será necesario revisar el PI, en lo que aquí interesa destacar, cuando se produzca cualquier modificación del estatus jurídico de la empresa, incluyendo los supuestos de fusión, de absorción o de transmisión de empresas (artículo 9.2.d del RPI). Lo que impediría igualmente la extensión del PI a realidades empresariales ajenas a las examinadas en el diagnóstico de situación y a las estudiadas con ocasión de la elaboración y de la aplicación del PI. Regla que resulta coherente con el sentido y con la finalidad de introducir las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la GI a través de los PI.

¹⁵ Romero Ródenas, J.: “Los trabajadores puestos a disposición (ETT) forman parte del ámbito de aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria: STS-SOC núm. 778/2019, de 13 de noviembre”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2, 2020, p. 6.

¹⁶ Ginès i Fabrellas, A.: “Externalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, nº 1, 2016, pp. 8 y ss.

1.5. Los plazos máximos de la negociación del PI como garantía de su conclusión y de su revisión, aunque sea sin acuerdo de las partes

Otra de las importantes previsiones del RPI es que marca un plazo máximo de tres meses para iniciar el procedimiento de negociación desde que nace la obligación de acordar el PI con los representantes de los trabajadores, que se materializará con la constitución de la Comisión Negociadora (artículo 4.1 del RPI). Lo que se aplica también cuando la obligación de negociar nace como consecuencia de lo dispuesto en convenio colectivo, cuando el texto negocial no haya previsto un plazo concreto (artículo 4.2 del RPI). En el caso de que la obligación de negociar el PI nazca como consecuencia de la sustitución de sanciones accesorias impuestas por la autoridad laboral, el plazo será, sin embargo, el fijado en el acuerdo de sustitución (artículo 4.3 del RPI).

También cabe destacar que “las empresas deben tener negociado, aprobado y presentada la solicitud de registro” del PI en el plazo máximo de un año desde que finalice los tres meses marcados para la constitución de la Comisión Negociadora (artículo 4.4 del RPI). Lo que colma nuevamente una importante laguna jurídica, especialmente en el caso de las empresas en las que nace la obligación legal de negociarlos. Y también contribuye a la misma finalidad de reforzar la negociación de los PI, que inspira el desarrollo normativo realizado por el RPI.

Por último, también concreta el RPI el periodo máximo de vigencia del PI, que deberá considerarse, al margen de lo que disponga la negociación colectiva para el nacimiento de la obligación de negociarlos. Por cuanto los PI quedarán condicionados al plazo máximo de los cuatro años dispuesto en el artículo 9.1 del RPI, salvo que sea necesario revisar el PI. Pues, en este caso, la obligación de revisar el PI nace de forma automática, con el fin de adecuar las medidas de igualdad a la realidad de la empresa. Lo que se extrae de la exigencia de que alcance al diagnóstico de situación realizado y a las medidas adoptadas, en el caso de que sea necesario (artículo 9.3 del RPI). Es más, se establece la posibilidad de que el PI se perfeccione durante su vigencia (artículo 9.3 del RPI), lo que resulta coherente con la finalidad de los PI y con los mecanismos de control y de seguimiento que son propios de los programas de auto-cumplimiento normativo que instauran las empresas para garantizar la observancia del ordenamiento jurídico. Pese al contraste que ello supone si se compara con la visión más estática de la negociación colectiva, especialmente del convenio colectivo estatutario, basada en la regla general de la inalterabilidad durante su vigencia, sin perjuicio de la posibilidad de revisarlo por los sujetos legitimados prevista en el artículo 86.1 del ET.

En el mismo sentido aquí comentado de impulso de la negociación colectiva en materia de igualdad, el RPI también establece la obligación de realizar al menos una evaluación intermedia del PI adoptado (artículo 9.6 del RPI), lo que igualmente contribuye a consolidar la dinámica de elaborar y de impulsar la negociación de los PI. Pues, las empresas con PI vigentes, obligadas a realizar esta evaluación

intermedia, tendrán que realizar un exhaustivo análisis y evaluación sobre el grado de cumplimiento normativo de la organización en materia de igualdad. Y al término de esta evaluación, seguramente redefinan los objetivos y adopten las medidas concretas, con independencia del volumen de empleo existente en la empresa. Y lo mismo puede decirse de la obligatoria revisión final, que ahora impone expresamente el artículo 9.6 del RPI, aunque podría deducirse también de la anterior regulación. Pues esta revisión final podría igualmente detectar un escaso grado de cumplimiento de la empresa en relación con la GI, lo que también obligaría a redefinir objetivos y a establecer medidas concretas, con independencia del volumen de empleo existente en la empresa.

De tal manera que, como cierre a las previsiones relativas a la extensión de la obligación de negociar y de aplicar los nuevos PI a cada vez más empresas, cabe afirmar que la propia configuración de los nuevos PI previsiblemente provoque la perdurabilidad de la obligación de negociar y de aplicar los PI en aquellas empresas que alguna vez estuvieron obligadas a realizarlos, por las razones que fueran. El descenso del umbral del número de los trabajadores a partir del cual nace la obligación de negociarlos, que se situará en 2022 en 50 trabajadores, es una de las previsiones que, sin lugar a dudas, ha contribuido y contribuirá a su extensión. Pero cabe igualmente poner en valor toda la reforma emprendida con el RDL 6/2019, a la que contribuye indudablemente el desarrollo reglamentario recientemente realizado por el RPI, en lo que hace a la realización de concienzudas evaluaciones antes de la implantación, al establecimiento de exigentes mecanismos de control y de seguimiento durante su vigencia, así como a la revisión en profundidad de PI cuando se acerque el período final de su aplicación. Además, debe tenerse en cuenta que la dimensión de la plantilla de la empresa es tan solo una de las causas que motivan el nacimiento de la obligación de negociar y de aplicar un PI. Pero existen otras, como que la empresa se haya obligado por convenio colectivo o que exista una sanción accesoria en materia de igualdad, que pueden igualmente motivar la obligatoria negociación e implementación de un PI en una empresa, en atención al artículo 45 de la LOI y al artículo 2 del RPI.

2. EL REFORZAMIENTO DEL CONTENIDO MÍNIMO DE LOS NUEVOS PI

Respecto de las empresas que se encuentran obligadas a adoptar e implementar los nuevos PI, debe tenerse en cuenta que resulta obligatorio, como se indica en el RPI y se ha hecho alusión antes, respetar “el alcance” y “el contenido” previsto en el artículo 46.1 de la LOI y en el artículo 8 del RPI (artículo 2.2 del RPI, en atención al artículo 45.2 de la LOI). Incluso para las empresas obligadas por convenio colectivo o a las que realicen el PI en virtud del acuerdo sancionador, a las que le resultará de aplicación con carácter general lo dispuesto en el RPI, salvo lo estipulado respectivamente en el convenio colectivo o en el acuerdo sancionado

(artículo 2.3 del RPI, en correspondencia con los artículos 45.3 y 45.4 de la LO). O para las empresas que voluntariamente lo realicen, en cuyo caso también deberán respetar lo dispuesto en el RPI, aunque el RPI permita que le sea de aplicación “cuando así resulte de su contenido” (artículo 2.4 del RPI).

O lo que es igual, existe un contenido mínimo de obligatoria negociación para que el texto alcance la calificación de PI, lo que ya en relación con la reforma introducida por el RDL 6/2019 fue valorado positivamente¹⁷, mereciendo las concreciones que introduce el RPI un balance igualmente positivo, aunque siga siendo necesario una aclaración sobre la extensión del alcance y del contenido de la negociación colectiva, como se ha indicado antes.

Junto con este contenido mínimo fijado en el artículo 46.1 de la LOI y en el artículo 8 del RPI, otras materias también pueden incorporarse al PI, aunque se siga para ello un proceso de negociación diferente, como indica el artículo 5.2 párrafo 4º del RPI, que se remite al artículo 89 del ET en este punto.

Así, el contenido mínimo de los PI, según la primera redacción del artículo 46.1 de la LOI que coincide con la actual, es el siguiente: a) el diagnóstico de situación, que es previo a la negociación colectiva sobre el propio PI, b) los “objetivos de igualdad” que pretenden alcanzarse en atención al diagnóstico de situación realizado previamente, c) las “estrategias y prácticas a adoptar” para alcanzar los objetivos de igualdad, puesto que el PI se define como un “conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico” (artículo 45.1 de la LOI) que debe enlazar con unas medidas concretas y que debe incorporar la forma de conseguir los objetivos marcados, d) los “sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”, que exigen la creación de Comisiones Paritarias para el control de las medidas adoptadas, así como la solución de los conflictos de aplicación y de interpretación que puedan originarse.

A lo que debe añadirse las precisiones realizadas por RPI que inciden, como veremos a continuación, en todos estos aspectos y en algunos más vinculados con la negociación de los convenios colectivos estatutarios, marcando unos mínimos de obligatorio cumplimiento para los nuevos PI, con bastante detalle en la regulación. Sobre todo, en comparación con el escueto régimen jurídico de la primera redacción de la LOI, incluso de la vigente tras los cambios introducidos por el RDL 6/2019, que incorporó, como nuevo y relevante rasgo, la evaluabilidad del PI (artículo 46.2 de la LOI).

Esta detallada regulación jurídica provocará, como se podrá comprobar una vez que se analicen los nuevos requisitos introducidos, que previsiblemente

¹⁷ Ballester Pastor, M.A.: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, ob. cit., p. 20.

los futuros PI tengan un contenido más amplio, suponiendo estos cambios una relevante disrupción frente a los anteriores PI.

Concretamente, interesa destacar que el RPI introduce también nuevas materias, que se conectan con las nuevas herramientas incorporadas para la consecución de la GI y que ya estaban previstas en el RDL 6/2019. Con la novedad de que concreta aún más su contenido, reforzando con ello también, como se podrá comprobar, la evaluación de los nuevos PI.

De hecho, todas estas concreciones tratan de corregir el conocido problema de que muchos PI adoptados están desconectados de la realidad de la empresa para la que fueron diseñados y en las que se aplican¹⁸, incidiendo especialmente el RDL 6/2019 en la evaluabilidad, sobre la que vuelve con bastante intensidad el RPI. Pues la incorrecta evaluación de la situación real de la empresa o la ausencia de evaluación es contraria al Derecho¹⁹.

Para ello, el RPI introduce como novedad un mayor detalle en el diagnóstico de situación que debe realizarse antes de fijar los objetivos y de diseñar las medidas de igualdad aplicables a la empresa, así como también desciende en términos generales a precisar el contenido de los nuevos PI con bastante detalle, incorporando para ello elementos de los programas de auto-cumplimiento normativo adicionales a los existentes antes del RDL 6/2019, así como nuevas formas de control y de evaluación de la GI, como la Auditoría Retributiva, tal y como tendremos ocasión de comprobar.

2.1. Un mayor grado de concreción del diagnóstico de situación: indicadores cuantitativos y cualitativos en la evaluación de las singularidades de la empresa

Desde la aprobación de la LOI, el diagnóstico de situación ha tenido una importancia fundamental en la elaboración de los PI, aunque la ausencia de una regulación específica sobre el alcance de la obligación de evaluar, el papel que jugaba la Comisión Negociadora del PI en la decisión sobre qué materias debían de

¹⁸ Ballester Pastor, M.A.: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, ob. cit., p. 20; Cabeza Pereiro, J.: “Los planes de igualdad: Balance y cambios normativos”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 12, 2020, p. 20.

¹⁹ Así puede deducirse de las STJUE de 19 de octubre de 2017 (C-531/15) *Otero Ramos* y de 19 de septiembre de 2018 (C-41/17) *González Castro*, sobre unas trabajadoras a las que se les deniega el permiso de riesgo durante la lactancia, como consecuencia de que el puesto de trabajo no había sido evaluado desde el punto de vista de las normas de prevención de los riesgos laborales. Ambos pronunciamientos judiciales concluyen que concurre discriminación directa, cuando la empresa incumple con la obligación de evaluar los riesgos laborales del puesto de trabajo. Pues esto facilita la denegación de los permisos solicitados.

evaluarse antes de iniciar incluso las negociaciones sobre el contenido del PI o la ausencia de un contenido mínimo de las materias a examinar, entre otros factores, habían mermado su importancia.

De hecho, las modificaciones introducidas por el RDL 6/2019 tratan de hacer frente a los conflictos y a las mejorables prácticas producidas en relación con el diagnóstico de situación, que se han realizado en muchas ocasiones de manera unilateral por parte de las empresas, como resultado de la ausencia de un marco regulador²⁰. Concretamente, el RDL 6/2019 impone la participación de los representantes de los trabajadores en su elaboración y en la fijación del contenido del diagnóstico de situación. Y, en la misma línea de mejorar las prácticas negociales, el RPI también introduce importantes concreciones, que se aplicarán a los nuevos PI²¹, regulando el concepto de diagnóstico de situación, el proceso para la determinación de los indicadores que facilitarán la evaluación del PI, el contenido mínimo del diagnóstico de situación, así como especifica el alcance que ha de garantizarse para que el diagnóstico de situación sea válido, como se analizará en las siguientes páginas.

2.1.1. El concepto de diagnóstico de situación: de la evaluación de los riesgos actuales a la inclusión también de los riesgos previsibles

El RPI define el concepto diagnóstico de situación, engarzándolo con la obligación de garantizar la evaluabilidad, que deben informar todo el proceso de elaboración y de diseño de los nuevos PI tras el RDL 6/2019. Así, el RPI define al diagnóstico de situación como el proceso de recogida y de análisis “detallado” de la información necesaria para “medir” y para “evaluar” las materias enumeradas en el artículo 46.2 de la LOI, que serán analizadas en otro apartado.

Este proceso de recogida de la información en materia de igualdad debe necesariamente perseguir un doble objetivo, como se extrae de la definición. De un lado, el diagnóstico de situación debe ocuparse de “estimar la magnitud” del grado de cumplimiento de la GI en la empresa que está iniciando el proceso de elaboración del PI, identificando para ello “las desigualdades, diferencias, desventajas, dificultades u obstáculos” existentes en la empresa (artículo 7.1 del RPI), que sería la imagen fija del grado de cumplimiento de la GI en un momento determinado.

²⁰ Cabeza Pereiro, J.: “Los planes de igualdad: Balance y cambios normativos”, ob. cit., p. 15.

²¹ Sin perjuicio de que, como sucedió en la SAN (Sala de lo Social) de 12 de noviembre de 2019 (rec. nº 195/2019), deba entenderse como válido el diagnóstico de situación elaborado con anterioridad al RDL 6/2019, cuando se realizara antes de la entrada en vigor y publicación de esta norma. O, en correspondencia con esta interpretación judicial, sea válido igualmente el diagnóstico de situación que sea elaborado antes de la entrada en vigor del RPI, siempre, en este último caso, que se adapte a lo previsto en el RDL 6/2019, si ya le fuera de aplicación.

Por otro lado, el diagnóstico de situación deberá también identificar las desigualdades “que pudieran existir” en la empresa (artículo 7.1 del RPI), que sería una imagen dinámica sobre grado de cumplimiento de la GI a lo largo de la vigencia del PI, basada en predicciones sobre la posible evolución de los datos recabados. Lo que realmente añade cierta complejidad al proceso de elaboración del diagnóstico de situación.

Estas pertinentes aclaraciones sobre el concepto de diagnóstico de situación deben informar todo el proceso de fijación previo de los indicadores del diagnóstico de situación y de recogida posterior de los datos de la empresa, como comprobaremos en los siguientes apartados.

2.1.2. El proceso de fijación de los indicadores del diagnóstico de situación

La recogida de datos efectuada mediante el diagnóstico de situación debe dirigirse a facilitar el diseño posterior de las medidas de igualdad “evaluables”, en coherencia con el cambio introducido en el RDL 6/2019. Esto exige que el diagnóstico de situación se realice sobre la base de unos indicadores “cuantitativos” y “cualitativos” (artículo 7.1 párrafo 1 del RPI), que persiguen precisamente facilitar la medición y la evaluación de los resultados obtenidos por la empresa con la implementación del PI. Lo que debería hacer más sencilla y más objetiva la valoración sobre el estado de la empresa en relación con el cumplimiento de la GI.

Estos indicadores deben introducirse, como es lógico y con el fin de evitar resultados sesgados sobre la información que se recabará, antes de elaborar el diagnóstico de situación en materia de igualdad de la empresa. Con el fin de que el proceso de recogida de los datos muestre una imagen real, fidedigna y completa del grado de cumplimiento de la igualdad en la empresa y de su previsible evolución, como exige el artículo 7.1 del RPI.

Los indicadores cuantitativos permiten determinar la magnitud de las diferencias existentes en la empresa en lo que hace a la participación femenina y masculina, facilitando que la evaluación sea objetiva y garantizando su medición fuera de las apreciaciones personales o sesgadas, pues facilita que los resultados obtenidos se traduzcan en una cifra o en un porcentaje concreto. También permite que puedan ordenarse las prioridades que tiene la empresa en relación con el cumplimiento de la GI, sobre la base de los resultados obtenidos en cada una de las materias examinadas durante el proceso de recogida y de análisis de los datos referidos a la situación de la empresa. Lo que exige el artículo 7.1 del RPI, cuando se refiere a que el diagnóstico de situación debe permitir la prioridad en la aplicación de las medidas de igualdad.

En lo que se refiere a los indicadores cualitativos, permiten determinar las diferencias existentes en relación con los factores de diferenciación que pueden incidir en los resultados y en atención a las distintas áreas de riesgo o materias

donde las situaciones de desigualdad pueden manifestarse. Concretamente, por lo que se refiere a los indicadores cualitativos de participación femenina y masculina, son las variables sexo, género y responsabilidad familiar, conectadas a la participación en el proceso de selección de personal, presencia en la contratación indefinida, participación en el empleo a jornada completa, disfrute de permisos o excedencias, entre otras.

El RPI le atribuye a la Comisión Negociadora del PI, en coherencia con la modificación que introdujo el RDL 6/2019 en el artículo 45.2 de la LOI, la facultad de diseñar el diagnóstico de situación de la empresa y de elaborar el preceptivo informe sobre los resultados extraídos del diagnóstico de situación efectuado (artículo 6.1 del RPI), para lo que se dispone la obligación empresarial de entregar la información necesaria (artículo 46.2 de la LOI). Lo que amplía claramente el contenido de la negociación colectiva, facilitando que posteriormente se pueda alcanzar un acuerdo entre las partes, que al menos ya habrán negociado los datos que deben recabarse antes de elaborar el PI. Si bien, esta negociación deberá efectuarse siempre en el marco del contenido mínimo que debe tener el diagnóstico de situación, según lo dispuesto en el artículo 7.1 del RPI, como se analizará a continuación.

2.1.3. El contenido mínimo obligatorio del diagnóstico de situación

Otras de las novedades relevantes introducidas por el RPI es la fijación de las materias mínimas que debe incorporar el diagnóstico de situación del PI de forma obligatoria (artículo 7.3 del RPI), que son todas aquellas recogidas en el artículo 46.2 de la LOI tras la reforma del RDL 6/2019 y que antes formaban parte del contenido orientativo de los PI, sin perjuicio de otras que puedan igualmente acordar los sujetos legitimados para negociarlos.

Estas materias son las siguientes: “a) proceso de selección y contratación, b) clasificación profesional, c) formación, d) promoción profesional, e) condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, f) ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, g) infrarrepresentación femenina, h) retribuciones, i) prevención del acoso sexual y por razón de sexo” (artículo 7.1 párrafo 3º del RPI).

A las que el anexo del RPI añade algunas más relativas a las “condiciones generales” de la empresa, que se refieren a factores internos y externos que pueden afectar al sistema de gestión empresarial, como veremos. Para cada una de estas áreas de riesgo o materias, el anexo del RPI recoge la información que debe recopilarse como mínimo durante el proceso de elaboración del diagnóstico de situación que se realice en la empresa (artículo 7.3 del RPI).

A este respecto, tal y como se extrae de las hasta 5 página del BOE dedicadas monográficamente a detallar cuál es el contenido obligatorio del diagnóstico de

situación y de los indicadores preceptivos de la GI laboral en materia de género, la información que debe recabarse de forma preceptiva es bastante amplia, siendo muchos y muy variados los indicadores fijados por cada una de las áreas de riesgo o materias anteriormente referidas en el artículo 46.2 de la LOI y en el artículo 7.1 párrafo 3º del RPI. Lo que igualmente corrobora la Guía del Ministerio de Igualdad publicada en enero de 2021, que contiene incluso herramientas para facilitar la elaboración, modelos para recoger la información y ejemplos de cómo realizar la recogida de datos de manera correcta²².

De hecho, la comparación entre la redacción originaria de la LOI y la actual permite extraer que se produce una ampliación respecto de las materias sobre las que versarán los PI, aunque algunas concreciones de estas materias resulten demasiado ambiguas²³. O existan algunas materias que debieran haberse incluido²⁴.

Entre las ampliaciones más relevantes cabe destacar las siguientes: En primer lugar, se especifica que el acceso al empleo incluye también el “proceso de selección”, lo que era pertinente aclarar, aunque ya se conoce que en esta fase también opera la GI²⁵. Puesto que la adopción de preferencias, como medida quizás más idónea para favorecer la presencia equilibrada de hombres y de mujeres en las empresas, es especialmente problemática cuando el empresario, lo que alguna vez ha sucedido, considera de manera separada esta medida y los criterios empleados durante el proceso de selección²⁶. Además, esta expresa alusión a que el diagnóstico de situación comprenda el proceso de selección refuerza también la información que debe recabarse para la elaboración del PI, afectando a la evaluación del contenido de las ofertas de empleo²⁷.

A ello cabe añadir, que se exige, en el caso de que se advierta de la existencia de desequilibrios en la composición de la plantilla de la empresa, la inclusión

²² https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/diagnostico/docs/Guia_pdi.pdf.

²³ Ballester Pastor, M.A.: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, ob. cit., pp. 20-21.

²⁴ Cabeza Pereiro, J.: “Los planes de igualdad: Balance y cambios normativos”, ob. cit., p. 16.

²⁵ Alameda Castillo, M.T.: *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi, 2013.

²⁶ A este respecto, la STJCE de 17 de octubre de 1995 (C-450/93), *Kalanke*, STJCE de 28 de marzo de 2000 (C-158/97), *Badeck* y STJCE de 6 de julio de 2000 (C-407/98), *Abrahamsson y Anderson*. Un análisis sobre esta cuestión, Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 122 y ss.

²⁷ En relación con las condiciones educativas innecesarias para el puesto de trabajo ofertado, STC de 22 de marzo de 1999 (RTC 511/1999) y la STS de 4 de mayo de 2000 (RJ 4266/2000).

de medidas de corrección para lograr la paridad, siendo “la infrarrepresentación femenina” en la empresa una materia de obligatorio análisis a través del diagnóstico de situación (artículo 7.4 del RPI). De hecho, el PI podrá introducir medidas de acción positiva dirigidas a corregir la segregación vertical u horizontal de los empleos desempeñados por las mujeres. O, lo que es igual, a incidir tanto en el “techo de cristal” como la feminización de tareas (artículo 7.4 del RPI). Lo que deberá evaluarse también en el diagnóstico de situación.

Previsiones que merecen una valoración positiva, aunque el RPI debería haber ampliado el análisis a la segregación que pueden sufrir indistintamente los hombres o las mujeres en el empleo²⁸, aunque generalmente la descompensación se produzca en relación con la participación de las mujeres en el empleo. E igualmente debería haber precisado que la introducción de estas medidas de acción positiva sería tan solo en condiciones de igualdad de méritos²⁹.

En segundo lugar, el RPI igualmente aclara que el diagnóstico de situación sobre las condiciones de trabajo incluye la evaluación de los puestos de trabajo y

²⁸ Hubiese sido más correcto que el RPI se hubiese referido, como el borrador del RPI sometido a información pública disponía, a que estas medidas de compensación se dirigiesen a corregir la “infrarrepresentación de personas de un sexo”, en “determinados puestos o niveles jerárquicos”, estableciendo de esta forma medidas para favorecer “el acceso de personas del sexo menos representado para dichos puestos o niveles”, sin especificar si ellas se dirigen a mujeres o a hombres. Y, por tanto, sin limitar ni el diagnóstico de situación ni las medidas exclusivamente a la situación de desigualdad de las mujeres. De esta forma, se podría incidir también en la masculinización de ciertos empleos. De hecho, esta interpretación sería más acorde con la hoja estadística que debe depositarse junto al PI, donde se recogen preguntas expresas sobre si se han introducido, en relación con el proceso de selección y de contratación, medidas de acción positiva para favorecer al candidato infrarrepresentado en caso de igualdad de condiciones de idoneidad (anexo estadístico del PI, preguntas 5.1.3 y 5.1.4). Y también sería más conforme con el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que realiza una configuración neutral de las medidas de acción positiva, sin limitarla exclusivamente a las mujeres.

²⁹ En efecto, como es conocido, la introducción de estas medidas de acción positiva para favorecer la participación laboral de las mujeres o de los hombres, aunque el texto no lo aclara, adoptaría la forma de preferencias, aplicables por tanto únicamente en caso de igualdad de méritos de los candidatos de diferente sexo, puesto que las cuotas únicamente pueden adoptarse para los discapacitados. Así puede extraerse de la llamada que realiza al 17.4 del ET, que las permite únicamente “en igualdad de condiciones de idoneidad”. Por lo que hubiese sido más correcto respetar la redacción del borrador de RPI sometido a información pública, que hacía una expresa mención a que estas medidas de acción positiva únicamente pueden establecerse “en igualdad de condiciones de idoneidad”, como igualmente impone el artículo 17.4 del ET y se extrae de los pronunciamientos judiciales que han interpretado esta cuestión, TJCE de 17 de octubre de 1995 (C-450/93) *Kalanke*, STJCE de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95) *Marschall*, STJCE de 28 de marzo de 2000 (C-158/97) *Badeck*, STJCE de 6 de julio de 2000 (C-407/98) *Abrahamsson*

las retribuciones de las personas trabajadoras mediante la Auditoría Retributiva. Lo que igualmente eleva el estándar de los PI, por la capacidad de evaluar el grado de integración de la igualdad en el “sistema general de gestión” de la empresa, como exige el artículo 7.2 del RPI.

En tercer lugar, en relación con el contenido mínimo obligatorio del diagnóstico de situación, se produce igualmente una ampliación respecto de la tutela de la responsabilidad familiar. Pues, en lugar de que se tenga en cuenta “la ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar”, se introduce, como contenido mínimo obligatorio del diagnóstico de situación, la valoración de los datos relativos al “ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral” (artículo 46.2 de la LOI antes y después del RDL 6/2019). Todo lo que implica el análisis de la influencia del tiempo de trabajo en el disfrute efectivo de estos derechos, así como comporta el estudio de otras variables que también pueden influir en el patente desequilibrio entre el número superior de permisos disfrutados por las mujeres que el disfrutado por los hombres, como son las desventajas que puedan comportar la solicitud de estas medidas o las condiciones que impiden el disfrute efectivo, entre otros.

Finalmente, el artículo 7.1 párrafo primero del RPI dispone que el diagnóstico de situación versará como mínimo sobre las materias listadas, lo que permite que puedan introducirse otras materias distintas a las previstas reglamentariamente, que se consideren de relevancia o de interés para asegurar el cumplimiento de la GI en la empresa, siempre que se deje constancia de ello en la hoja estadística que debe anexarse de forma obligatoria al PI, cuando se efectúe el registro ante la autoridad laboral competente (anexo 2.v del RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos trabajo).

De hecho, el artículo 8.2 del RPI establece que pueden incorporarse otras “medidas” diferentes a las señaladas anteriormente y a las previstas en la redacción actual del artículo 46.2 de la LOI. Pese a que estas materias son opcionales y la redacción se refiere a la inclusión de “medidas” de igualdad y no al contenido del diagnóstico de situación (artículo 8.3 y anexo del RPI), lo cierto es que seguramente acaben incorporándose al diagnóstico de situación de los nuevos PI, sobre todo cuando se integren como medidas de un PI que sean revisadas posteriormente por otro diagnóstico de situación. Se tratan, según se extrae literalmente del artículo 8.3 de la LOI, de las siguientes materias: “violencia de género, lenguaje y comunicación no sexista”. Para las que también será necesario identificar, como sucede con las restantes, los objetivos y las medidas evaluables.

y *Anderson*, STC de 29 de enero de 2008 (RTC 12/2008) y STC de 19 de enero de 2009 (RTC 13/2009).

Por la redacción del RPI, ello engarza especialmente, aunque no de forma exclusiva, con las medidas antiacoso por razón de sexo y de género en el ámbito laboral, que son objeto de obligatoria evaluación en el diagnóstico de situación de los PI, como acabamos de comprobar (artículo 46.3 de la LOI y artículo 7.1.i del RPI). Si bien, debe tenerse en cuenta que se tratará de controlar también al acoso laboral por razón de género, junto al acoso sexual y acoso por razón de sexo, como se ha indicado antes. Y que este análisis debe trascender necesariamente del ámbito estricto de la empresa, pues el acoso debe prevenirse más allá del centro o del lugar de trabajo, comprendiendo al ámbito de dirección del empresario en un sentido amplio, como se sostiene en distintos pronunciamientos judiciales³⁰.

2.1.4. El alcance del diagnóstico de situación

El análisis sobre la situación en la que se encuentra la empresa, en relación con el cumplimiento de la GI, debe dirigirse a detectar los posibles incumplimientos o riesgos de incumplir que pueden originarse en la correcta observancia de la GI como consecuencia de las deficiencias nacidas en la propia estructura de la empresa, como expresamente indica el artículo 7.2 párrafo 1º del RPI, cuando alude a que el diagnóstico de situación valorará la integración de la GI en el “sistema general de gestión” de la empresa.

A este respecto, el artículo 7.2 párrafo 1º del RPI exige que se analicen, con esta finalidad, “las actividades de los procesos técnicos y productivos”, “la organización del trabajo”, así como “las condiciones” en la que se presta el trabajo (artículo 7.2 párrafo 1º del RPI). En concreto, el RPI se refiere a que deben recabarse los datos sobre las condiciones que afectan al “trabajo habitual”, “a distancia” o presencial, en “centros de trabajo ajenos” o en el marco de “contratos de puesta a disposición”, así como, en general, las cuestiones relativas a la “prevención de los riesgos laborales” que puedan igualmente incidir en la correcta observancia de la GI (artículo 7.2, párrafo 1º, del RPI).

Además de recoger de forma exhaustiva toda la información anteriormente referida sobre los factores internos de la empresa que puedan incidir en la correcta observancia de la GI en materia de género. También debe incluirse el análisis sobre los factores externos de la empresa, como son la imagen corporativa o los

³⁰ STSJ de la Rioja (Sala de lo Social) de 22 de enero de 2016 (rec. nº 14/2006). Véase también, a este respecto, el artículo 3 del Convenio nº 190 de la OIT de 26 de junio de 2019 (pendiente ratificación) sobre violencia y acoso, que señala, como conductas de acoso laboral, aquellas que suceden “durante el trabajo”, “en relación con el trabajo” o “como resultado del mismo”, señalando que puede ocurrir “(...) donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios, c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo”.

canales de comunicación externos a la empresa, tal y como se extrae de la cláusula 1 del anexo del RPI, titulada “condiciones generales”, apartado 2. En este sentido, son muchas las alusiones, tanto directas como indirectas, que el RPI realiza a los programas y a los sistemas de auto-cumplimiento normativo que elaboran las empresas para garantizar la observancia del ordenamiento jurídico, en lo que hace al diagnóstico de situación, y como veremos en el siguiente apartado también, por lo que se refiere al contenido mínimo de los nuevos PI, como tendremos ocasión de comprobar cuando se analicen las previsiones relativas al seguimiento y a la evaluación.

Asimismo, el diagnóstico de situación debe comprender “todos los centros de trabajo de la empresa” (artículo 7.2, párrafo 1º, del RPI), como antes se ha indicado. En el caso de los PI de grupo de empresa, el diagnóstico de situación deberá referirse a cada una de las empresas, como se desprende del artículo 2, párrafo 6º, del RPI, e igualmente se destacó. Además, esta información sobre el estado de la empresa y la previsible evolución de los datos, en relación con la GI en materia de género, debe recogerse respecto de cada una de las áreas de riesgo o materias anteriormente indicadas, con la correspondiente desagregación, en atención al sexo, por grupo profesional, por categoría profesional, por nivel y por puesto de trabajo (artículo 7.2, párrafo 2º, del RPI), con indicación de la edad, la formación, el contrato de trabajo, la jornada y la antigüedad, entre otros elementos (anexo 1.1.b) de anexo del RPI). Lo que, en coherencia con la GI, exigirá que este informe sobre la situación de la empresa también comprenda el análisis del impacto de los sesgos de género. Pues, según se deduce del artículo 22.3 del ET, tras la modificación realizada por el RDL 6/2019, los grupos profesionales deben diseñarse teniendo en cuenta el “análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones”. Lo que además tiene una importante relevancia en lo referido a la GI retributiva, puesto que el artículo 4.4 del RD 902/2020 exige que la valoración de los puestos de trabajo se realice teniendo en cuenta “todas las condiciones que singularizan el desempeño del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore”.

A este respecto, el artículo 7.2 párrafo 1º del RPI exige algo más que una mera recogida de datos desagregados por razón de sexo, pues impone que el diagnóstico de situación incluya una “valoración” sobre los datos. Incluso exige que se analice la evolución de los datos relativos a la clasificación profesional, a la edad, a la formación, a la modalidad contractual, a la jornada laboral y a la antigüedad (anexo 1.1.b) de anexo del RPI). Todo lo que supone un proceso más complejo de reflexión, sobre el grado de integración de la GI en el sistema de gestión de la empresa y su tendencia a futuro.

Tan exhaustivo es este análisis que el RPI excepciona, a los efectos de cumplir con la obligación de registrar los PI, la publicación del informe completo

sobre el diagnóstico de situación³¹. Con ello, se persigue cierta protección a las empresas ante las altas exigencias de información impuesta de forma obligatoria por el RPI. Pues la publicación completa de todos los datos recabados del proceso de elaboración del diagnóstico de situación podría perjudicar gravemente a la empresa o ponerla en riesgo grave, por la posible revelación de información de interés para los competidores. O de relevancia para la imagen social de la empresa, como consecuencia, por ejemplo, de los desequilibrios que puedan recogerse en el diagnóstico de situación.

En definitiva, todo el proceso de recogida de información se dirige a descubrir el estado de situación de la empresa en materia de igualdad y su previsible evolución en los años de vigencia del PI, para tratar con ello de diseñar políticas empresariales que garanticen el cumplimiento de las exigencias relativas a la GI entre hombres y mujeres. Exigencia sobre el diseño de políticas empresariales que suponen, en el mismo sentido que las otras obligaciones impuestas en materia de elaboración de PI, un salto cualitativo frente a las impuestas antes del RDL 6/2019 y antes del RPI, como se ha venido destacando.

2.2. El contenido más detallado de los nuevos PI: en especial, el reforzamiento del control interno y la incorporación de la Auditoría Retributiva

Otra de las importantes modificaciones introducidas por el RDL 6/2019 afecta al contenido mínimo preceptivo de los nuevos PI, lo que resulta de aplicación tanto a los PI voluntarios como a los PI obligatorios, así como a aquellos que finalicen con o sin acuerdo de las partes. Pues, como se deduce de lo indicado anteriormente respecto del diagnóstico de situación y en general respecto de las modificaciones introducidas por el RDL 6/2019, los objetivos y todos los controles de evaluación y de seguimiento deberán tener un mayor detalle y concreción tras el RPI. Lo que justificaría el registro de los PI concluidos sin acuerdo de las partes, aunque hubiese sido mejor, como ya se indicó, que se hubiese denominado de otra forma.

En lo que ahora interesa destacar, las novedades sobre el contenido de los nuevos PI son las siguientes: la vinculación más fuerte del PI al contenido mínimo de los convenios colectivos, la introducción de nuevas materias, la incorporación de nuevos mecanismos de control, como son las Auditorías Retributivas, así como de nuevas exigencias sobre el diseño de los sistemas de evaluación y de seguimiento de los PI. Todo lo que será objeto de tratamiento en los siguientes apartados.

³¹ Se exige únicamente el depósito de un resumen del análisis y de las principales conclusiones que se desprendan de la información recogida durante la elaboración del diagnóstico de situación (artículo 7.3 del RPI), junto con la hoja estadística donde se proporciona también información sobre el proceso de negociación, los resultados obtenidos, el contenido de los acuerdos alcanzados, entre otros (anexo 2.V del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, que modifica el RPI).

2.2.1. Una vinculación más expresa con el contenido de los convenios colectivos

Uno de los problemas que tenían los PI negociados con anterioridad al RDL 6/2019 era su escasa vinculación con la negociación colectiva, especialmente a los convenios colectivos estatutarios, lo que la redacción del RDL 6/2019 no soluciona, pues se remite a una regulación posterior para la determinación de las reglas negociales³². Es cierto que muchos PI habían quedado incorporados a los convenios colectivos, aunque el contenido de los PI únicamente hacía referencia a la necesidad de establecer medidas negociadas, sin vincularlo expresamente a la negociación colectiva, a diferencia de lo que sucede con la nueva regulación dada por el RPI, donde se hace mención expresa a esta vinculación.

Concretamente, el artículo 8 del RPI, como consecuencia de la mayor vinculación con la negociación colectiva que inspira la nueva regulación de los PI tras el RDL 6/2019, impone que los nuevos PI incorporen previsiones específicas dirigidas a determinar las “partes que los conciertan” (artículo 8.2.a) del RPI). Lo que deberá relacionarse con las reglas de la elección de la unidad de negociación y con las reglas de legitimación previstas en el propio RPI. Si bien los PI pueden, como hemos indicado, concluir con el acuerdo de unos representantes de los trabajadores distintos a los previstos en el RPI. O sin el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Y, en todos los mencionados casos, cabría, en virtud del artículo 11 del RPI, registrarlos y alcanzar, en consecuencia, la denominación de PI.

Por otro lado, también impone que se determine el “ámbito personal” y “territorial”, que será la empresa o el grupo de empresa, según se trate de un PI de un tipo o de otro (artículo 8.2.b) del RPI). También deberá concretarse el ámbito “temporal”, de acuerdo con las reglas previstas en el propio RPI, con el máximo de cuatro años de duración (artículo 8.2.b) del RPI).

Finalmente, esta mayor vinculación a la negociación colectiva también se manifiesta, en relación con el contenido mínimo obligatorio de los nuevos PI, en la exigencia de que se establezca el “procedimiento de modificación, incluido el procedimiento para solventar las posibles discrepancias que pudieran surgir en la aplicación, seguimiento, evaluación o revisión, en tanto que la normativa legal o convencional no obligue a su adecuación” (artículo 8.2.k) del RPI).

2.2.2. Una mayor precisión de los objetivos y de las medidas: evaluabilidad, adecuación, concreción y prioridad

Junto a esta vinculación de los nuevos PI al contenido mínimo de los convenios colectivos, otro de los aspectos que conviene destacar también es que el RPI exige, como contenido mínimo de los nuevos PI, la concreción de los objetivos y de las

³² Cabeza Pereiro, J.: “Los planes de igualdad: Balance y cambios normativos”, ob. cit., p. 7.

medidas del PI, debiendo guardar correspondencia entre sí y exigiéndose ahora también una mayor concreción, respecto de lo que sucedía antes del RDL 6/2019.

En efecto, los PI debían fijar los “concretos objetivos de igualdad a alcanzar” desde la primera regulación, sin que se haya modificado esta exigencia por el RDL 6/2019 (artículo 46.1 de la LOI). Si bien el RPI impone ahora, como contenido mínimo del PI, que los objetivos se definan en forma de indicadores cuantitativos y cualitativos (artículo 8.2.e del RPI), en coherencia con las exigencias impuestas en relación con el diagnóstico de situación, que fueron analizadas anteriormente.

Esto supone un mayor esfuerzo en la definición del PI, que deberán fijar unos objetivos concretos cuantitativos y cualitativos, en atención a los resultados extraídos del diagnóstico de situación, facilitando con ello la fijación de unos estándares mínimos de cumplimiento en materia de igualdad en la empresa, que permitan evaluar más fácilmente el grado de consecución de los objetivos marcados. Pues es obvio que los sistemas de seguimiento, a los que posteriormente nos referiremos, deberán recabar la información sobre los resultados obtenidos en relación con los objetivos fijados en el PI.

Estos objetivos deberán ordenarse en atención a las prioridades de la empresa en materia de igualdad extraídas del diagnóstico de situación efectuado, siendo necesario que las medidas adoptadas tengan en cuenta la información recabada en el diagnóstico de situación, como expresamente disponía en artículo 46.1 de la LOI desde la primera redacción y se establece en el artículo 7.1 del RPI, donde se prevé esta correspondencia entre el diagnóstico de situación realizado y las medidas del PI adoptadas.

Las medidas deberán tener en cuenta también los objetivos cuantitativos y cualitativos fijados en el PI. Puesto que las medidas establecidas deben responder a la situación real de la empresa reflejada en el diagnóstico de situación realizado para la elaboración del PI, así como a las necesidades que tiene la empresa en materia de igualdad (artículo 8.4 del RPI). También deberán ser adecuadas para alcanzar las metas dispuestas y acordes con las posibilidades que tiene realmente la empresa de alcanzar los objetivos de igualdad marcados, como se deduce del artículo 8.4 del RPI, que impone la obligación de que las medidas de igualdad contribuyan a alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en la empresa.

De hecho, los objetivos y las medidas deberán orientarse a “eliminar posibles desigualdades y cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en el ámbito de la empresa” (artículo 8.3 del RPI). Lo que requerirá, cuando fuese necesario, la adopción de medidas relativas a la prevención de las conductas lesivas de la GI (tutela antidiscriminatoria), así como la introducción de medidas compensación para cumplir fielmente con la GI (acción positiva), como se deduce de la hoja estadística del PI anexo 2.v del RD 713/2010.

Además, las medidas deben fijarse de tal manera que permitan su evaluación (artículo 46.2 de la LOI y artículo 7.1 del RPI), como ya disponía el RDL 6/2019 y como ya se ha indicado, lo que supone también una mayor exigencia en el diseño de las medidas de los nuevos PI³³. Todo ello resulta coherente con la exigencia de establecer los objetivos del PI tanto de manera cuantitativa como de forma cualitativa, así como con la necesaria correspondencia entre los objetivos y las medidas finalmente dispuestas en el PI.

Como se extrae del tenor literal del artículo 8.2.f del RPI, que se refiere a la preceptiva “descripción de medidas concretas”, estas medidas deben de tener un cierto grado de detalle en la definición de las actuaciones, siendo necesaria la explicación de las medidas, la identificación de los responsables que las llevarán a cabo y la planificación de su ejecución en el tiempo (artículos 8.2.f y g del RPI). Lo que deberá atender a las propias prioridades que se extraigan del diagnóstico de situación realizado antes de la elaboración del PI. De hecho, se impone igualmente, como contenido mínimo del PI, que estas medidas se organicen de tal manera que se concreten las prioridades en su adopción y en su planificación temporal (artículos 8.2.f y 8.2.h del RPI), debiendo adecuarse, como es lógico, el calendario de ejecución y de evaluación de las medidas a la duración establecida en el PI, que será como máximo los cuatro años marcados en el RPI (artículo 9.1 del RPI). Todo lo que se refleja en el modelo de descripción de medidas publicado en la Guía del Ministerio de Igualdad³⁴.

Como cierre, es preciso subrayar que los objetivos y las medidas del PI pueden responder a un variado número de materias, que pueden ser las exigidas como contenido mínimo del diagnóstico de situación, o bien pueden tratarse de otras distintas, entre las que el artículo 8.3 del RPI menciona expresamente a la “violencia de género”, al “lenguaje” y a la “comunicación no sexista”. E incluso se ha apuntado la posibilidad de incluir otras diferentes, como medidas preventivas a los despidos discriminatorios³⁵ o la prioridad de permanencia en los despidos por causas económicas³⁶.

Sin perjuicio de que habrá de hacerse constar, en la hoja estadística del PI, la información relativa a la adopción o no adopción de determinadas medidas

³³ Ballester Pastor, M.A.: “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, ob. cit., p. 20.

³⁴ https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/diagnostico/docs/Guia_pdi.pdf.

³⁵ Fabregat Monfort, G.: *Los Planes de igualdad como obligación empresarial*, ob. cit., p. 71.

³⁶ Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, ob. cit., pp. 159. Medida de acción positiva que el artículo 51.5 del ET permite introducir mediante la negociación colectiva la prioridad de permanencia en la empresa, en lo que aquí interesa destacar, de los “trabajadores con cargas familiares”. Al margen de que la mujer, en relación con

relativas a la selección y contratación, la clasificación profesional, la formación, la promoción profesional, la conciliación, la retribución, el acoso sexual y por razón de sexo, la violencia de género, la comunicación, información y sensibilización, así como el seguimiento y la evaluación del PI (anexo 2.v del RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos trabajo). Todo lo que seguramente influya en la inclusión de todas estas materias, que ya aparecían como contenido de los PI en la primera regulación de la LOI, en los nuevos PI.

De hecho, la confirmación de que pueden incluirse otras materias de las previstas como obligatorias para el diagnóstico de situación y otras de las mencionadas anteriormente en el artículo 8.3 del RPI, se extrae particularmente del artículo 8.4 del RPI, donde se dispone que se adoptarán las medidas que sean necesarias en atención al diagnóstico de situación realizado. Todo ello supone confirmar la reforma introducida por el RDL 6/2019, que modificó la exigencia de que los PI tratasen sobre unas determinadas materias, desplazando esta obligación de contenido material mínimo del PI, como ya se destacó, al diagnóstico de situación, que sí debe abordar como mínimo todas las materias indicadas en el artículo 46.2 de la LOI y en el 7.1 del RPI³⁷.

2.2.3. La intensificación de los mecanismos de seguimiento y de control interno del PI

Además de los objetivos y de las medidas, los PI han debido establecer siempre “las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución”, así como contar con “sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados” (artículo 46.1 de la LOI antes y después del RDL 6/2019). En este punto, el grado de detalle de las exigencias que, como mínimo deben tener los nuevos PI, es muy elevado tras el RPI. Pues se dispone, en relación con el seguimiento y con el control de los objetivos establecidos y de las medidas adoptadas, “la identificación de los medios y recursos, tanto materiales como humanos, necesarios para la implantación, seguimiento y evaluación de cada una de las medidas y objetivos”, el calendario de seguimiento y evaluación, “el establecimiento de los sistemas de seguimiento, evaluación y revisión periódica”, así como “la composición y funcionamiento de la comisión u órgano paritario encargado del seguimiento, evaluación y revisión periódica de los planes de igualdad” (artículo 8.2. g), h) i) y j) del RPI). A ello será preciso añadir el mecanismo de control de las Auditorías Retributivas, introducido por el RDL 6/2019 y al que se refiere expresamente el artículo 8.2.d) del RPI, sobre el que han incidido tanto el RPI como el RD 902/2020, en los términos que

el embarazo, pueda quedar integrada en un despido colectivo, cuando tal extinción colectiva se encuentre justificada, como resolvió la STJUE de 22 de febrero de 2018 (C-103/16). Pues las Directivas Europeas no imponen esta medida de acción positiva.

³⁷ Cabeza Pereiro, J.: “Los planes de igualdad: Balance y cambios normativos”, ob. cit., p. 16.

se analizarán en otro apartado, con el fin de diferenciar los instrumentos de control interno de la empresa y aquellos instrumentos de control que seguramente acaben siendo externos a la empresa.

Por lo que se refiere al establecimiento de los sistemas de seguimiento de los nuevos PI, la primera redacción de la LOI ya lo preveía, como se deduce de la expresión de que los PI deberían de establecer “sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados” (artículo 46.1 de la LOI antes y después del RDL 6/2019). Por su parte, el RPI establece algunas concreciones de suma relevancia, que intensifican aún más el control interno del cumplimiento del PI durante su vigencia, como lo es: 1) la obligación de revisar las “medidas” del PI al menos dos veces, en ausencia de otra previsión más garantista en la negociación colectiva, que serían una revisión intermedia y otra final (artículo 9.6 del RPI). Hubiese sido aconsejable que el RPI hubiese impuesto que estas revisiones (o al menos la intermedia) comportasen una evaluación más general sobre el grado de cumplimiento en materia de igualdad de la empresa y de consecución en definitiva de los objetivos de igualdad fijados a los que contribuyen las medidas del PI.

2) la exigencia de que se revise cuando concurren causas extraordinarias, como sanciones o condenas relativas a la vulneración de la GI, así como de los cambios que puedan afectar a la empresa o al grupo de empresa, como se detalla ampliamente en el artículo 9.2 del RPI. Esta revisión implicará, según lo establecido en el artículo 9.3 del RPI, la actualización del diagnóstico de situación en materia de igualdad. También afectará a la revisión de las medidas adoptadas para alcanzar los objetivos de igualdad de la empresa, aunque el artículo 9.3 del RPI limita exclusivamente la revisión de las medidas a los casos en los que sea necesario. En este sentido, debería haberse previsto que se justifique, tanto la pervivencia como la supresión, de las medidas que conformasen el PI tras esta revisión. Del mismo modo, esta revisión también debería alcanzar a los objetivos fijados en el PI. Y, en coherencia con lo anterior, hubiese sido también conveniente que se hubiese concretado si esta revisión modifica la fecha fijada para el vencimiento del PI. O, por el contrario, es independiente. Y, por tanto, si la empresa estará obligada a la renovación del PI en el plazo de los cuatro años, con independencia de que se hayan producido revisiones intermedias exhaustivas, incluso cuando se haya alterado completamente el PI en fechas cercanas al vencimiento.

Por otro lado, el RPI permite (sin imponer) que se establezcan cambios en las medidas del PI durante su vigencia, con el fin de orientarlas o de inaplicar las vinculadas a los objetivos que se hayan conseguido, sin incidir, en consecuencia, en el resto del contenido del PI (artículo 9.4 del RPI). Esta revisión debería ser más amplia para permitir modificaciones también en el calendario de actuaciones o en las personas responsables de la ejecución de tales medidas. Es suficiente en este supuesto, a diferencia de lo que sucede en relación con las revisiones intermedias (artículo 9.6 del RPI) así como con la revisión por causas extraordinarias (artículos 9.2 y 9.3 del RPI), la modificación de las medidas de igualdad adoptadas, sin que sea preciso una evaluación más general del grado de cumplimiento de la igualdad

en la empresa o de la consecución de los objetivos fijados en el PI a los que atienden las medidas. Pues simplemente se tratará de realizar ajustes puntuales en aquellas medidas, que requieran, por las causas mencionadas, ciertos retoques en su configuración o hayan dejado de ser necesarias.

Junto con las obligaciones de seguimiento y de evaluación anteriormente referenciadas, el RPI ha introducido algunas previsiones sobre la preceptiva constitución de estos sistemas de seguimiento y de evaluación, que también se habían venido creando desde la primera redacción de la LOI. Concretamente, el RPI dispone que la función de seguimiento recaerá en una Comisión paritaria u Órgano paritario, con competencias de vigilancia y de seguimiento, en la que participarán la representación de la empresa y de las personas trabajadoras (artículo 9.5 del RPI). Esto impide que sea un órgano externo a la empresa el encargado de realizar estas funciones, aunque resultará especialmente difícil la creación de este órgano paritario en el caso de los PI realizados unilateralmente por la empresa. En todo caso, se trata de un criterio coherente con lo que se ha entendido y debe entenderse como PI. Pues esta previsión refuerza su carácter de medida negociada y encaminada a consolidar la negociación colectiva de las medidas de igualdad consensuadas y proyectadas en la empresa.

Dejando al margen esta cuestión, el RPI dispone que la composición y las funciones deberán determinarse en el propio PI (artículos 8.2.j y 9.5 del RPI). Con ello se trata de garantizar su correcto funcionamiento una vez adoptado el PI. Pues uno de los obstáculos que habían encontrado los PI era precisamente que la constitución de esta Comisión u Órgano paritario quedaba bloqueada, pese a su importancia, tras la elaboración del PI. Si bien, hubiese sido necesario que se concretarían al menos algunas de las funciones, así como seguramente sea preciso aclarar en el futuro sus relaciones con otras Comisiones que tengan funciones análogas, incluso con la Comisión Negociadora del PI, cuyas competencias determina ampliamente el artículo 6 del RPI³⁸.

La Comisión de Seguimiento tendrá las funciones indicadas de control interno del cumplimiento de las normas adoptadas que disponga el PI (artículo 9.5

³⁸ A este respecto, es preciso destacar que el artículo 6 del RPI establece las facultades de la Comisión Negociadora, entre las que interesa subrayar, en la reinterpretación que debe realizarse sobre su papel negociador junto con la empresa: 1º) la elaboración del diagnóstico de situación, así como del informe sobre el diagnóstico de situación, lo que debe realizarse de forma negociada (artículos 6.1.a y 6.1.b del RPI); 2º) la definición de las medidas, con la prelación de aquellas que son más importantes, así como los medios materiales y humanos que resultan necesarios para su puesta en marcha, lo que incluye los recursos y el cronograma de actuación, lo que igualmente debe efectuarse de manera negociada (artículo 6.1.b del RPI); 3º) la definición de los indicadores, así como de los instrumentos para la realización del seguimiento y de la evaluación, lo que también, aunque no se recoja de forma expresa, debe realizarse de manera negociada (artículo 6.1.e del RPI); 4º) el impulso de la implantación del PI (artículo 6.1.d del RPI); 5º) las primeras acciones

del RPI), sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47 de la LOI y en el artículo 64 del ET, que se refieren a las competencias relativas a la “evolución de los acuerdos sobre PI”, que le corresponda a la Comisión Paritaria de los Convenios Colectivos, cuando tengan atribuidas esta competencia (artículo 47 de la LOI), en el primero de los casos. O de las relativas a la vigilancia de la igualdad de trato, en particular en lo que hace al salario, o la colaboración y puesta en marcha con las empresas de las medidas de conciliación, que igualmente, entre otras cuestiones incluidas en los derechos de información y consulta, se le atribuye a los Comités de Empresa.

Como muchos de los PI se integran en los convenios colectivos, lo que sucederá previsiblemente más tras las modificaciones introducidas por el RDL 6/2019 y el RPI, hubiese sido necesario aclarar las relaciones entre la Comisión u Órgano paritario que nace de los PI, de un lado, y la Comisión Paritaria de los convenios colectivos, a la que se refiere el artículo 91 del ET, de otro lado. Pues, se impone expresamente, como contenido mínimo de los nuevos PI, la inclusión del “procedimiento para solventar las posibles discrepancias que pudieran surgir en la aplicación, seguimiento, evaluación o revisión”.

También hubiera sido conveniente aclarar la competencia en el caso de que existan discrepancias de carácter individual. Puesto que el artículo 2.1 del RPI impone que todas las empresas, aunque en el caso de las obligadas a negociar PI esta previsión será de obligatoria inclusión en el PI, deberán arbitrar “procedimientos específicos (...) para dar cauce a las denuncias o a las reclamaciones” relativas al acoso por razón de sexo y al acoso sexual. Esta obligatoria inclusión en el PI viene determinada porque se trata de una de las áreas de riesgo o materias que deben valorarse en la elaboración del diagnóstico de situación (artículo 7.1.i del RPI).

2.2.4. La Auditoría Retributiva como nuevo mecanismo de control

Otro de los mecanismos de control introducidos por el RDL 6/2019 en los PI como forma de asegurar la consecución de la GI ha sido la Auditoría Retributiva,

de información y de sensibilización a la plantilla (artículo 6.2 del RPI); 6º) cualesquiera otras atribuidas por ley, por convenio colectivo o por la propia Comisión negociadora, entre ellas, se indica expresamente la remisión del PI para su registro, depósito y publicación (artículo 6.1.f del RPI). De estas previsiones cabe destacar que la Comisión Negociadora carecerá de competencias para la vigilancia y el seguimiento del PI, aunque tenga competencia para el diseño e incluso del impulso del PI, que más bien debería corresponder a quienes hayan sido designados como responsables de su ejecución, bien la propia empresa, o bien responsables concretos de ella, o bien la Comisión de Seguimiento (artículo 6 del RPI). Y, según el criterio sostenido por la SAN de 26 de junio de 2019 (rec. nº 85/2019) y la STS de 11 de marzo de 2014 (rec. cas. nº 77/2013), será competente la Comisión Negociadora, y no la Comisión de Seguimiento, para acordar la prórroga del PI, salvo disposición en contrario; aunque esta previsión no se dispone en el artículo 6 del RPI y parece que exigirá en todo caso la puesta en marcha del proceso negociador y no la prórroga sin más del PI.

que será obligatoria en abril de 2021, cuando entre en vigor el RD 902/2020. A este respecto, el artículo 8.2.d del RPI establece que los nuevos PI deberán incluir la “vigencia y periodicidad” de la Auditoría Retributiva, respetando en todo caso lo establecido en el reglamento para la igualdad retributiva.

Como ya se indicó, la introducción de la Auditoría Retributiva como contenido obligatorio y mínimo del diagnóstico de situación contribuye a conseguir que el modelo o estándar del PI previsto legalmente sea superior, por su capacidad para verificar la integración de la igualdad en los “sistemas de gestión de la empresa”, así como para medir el grado de riesgo de que la empresa incumpla las obligaciones legales o los compromisos asumidos en atención al PI.

De hecho, su inclusión como materia obligatoria facilita el diseño de los indicadores, tanto cuantitativos como cualitativos, exigidos en el RPI, para elaborar el diagnóstico de situación y diseñar las medidas. Pues la Auditoría parte necesariamente de la fijación de unos indicadores (*check-list*), a partir de los que se valora el grado de cumplimiento normativo de la empresa en las áreas de riesgo o en las materias seleccionadas, con el fin de determinar los riesgos de incumplir sus obligaciones.

En el caso concreto de la Auditoría Retributiva, se valorarían los riesgos de la empresa en atención al cumplimiento de la GI en esta materia, lo que implicaría la valoración de si se alcanza la igualdad retributiva de trabajos de igual valor en la empresa, así como si existen diferencias de trato que sean susceptibles de generar discriminaciones por razón de sexo o por razón de género. Para lo que se tendrán que tener en cuenta aspectos como el diseño de los grupos profesionales y de los puestos de trabajo (artículo 22.3 del ET), la implantación y la recogida de datos realizada a través del Registro Retributivo (artículo 28.2 del ET), que introdujo el RDL 6/2019 y que el RD 902/2020 desarrolla, así como las posibles descompensaciones existentes entre las retribuciones percibidas por los hombres y por las mujeres (artículo 28.3 del ET), que incorporó también el RDL 6/2019.

A este respecto, el artículo 7.1 del RD 902/2020 precisa que la finalidad de la Auditoría Retributiva es “comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución”. Por lo que, como se indicaba, se trata con ello de detectar problemas de cumplimiento de la empresa en materia de igualdad, incidiendo en la instauración de mecanismos de control interno. Incluso, es más, la Auditoría Retributiva, como precisan los artículos 3.3. y 7.1 del RD 902/2020, es un instrumento de transparencia de la gestión empresarial.

Más allá de que se incorpore como un instrumento específico de control del grado de cumplimiento de la empresa en materia de igualdad, la previsión de que la Auditoría Retributiva sea obligatoria para las empresas que realicen un PI, supone un cambio en toda la gestión del Derecho del Trabajo en las empresas, que era previsible, por sus efectos beneficiosos, en relación con la imagen de la empresa,

con el incremento de la capacidad de implementar mecanismos de control más generales de cumplimiento del Derecho del Trabajo, e incluso con la prueba sobre la discriminación salarial en estos procesos, que la Auditoría Retributiva podría facilitar, sobre todo si se realiza por profesionales completamente independientes a la empresa³⁹.

El artículo 8.1 del RD 902/2020 dispone que la Auditoría Retributiva comporta dos obligaciones distintas para las empresas. De un lado, la realización de un diagnóstico de situación sobre la retribución, que afectará tanto al sistema de retribución como de promoción, siendo necesario que se realice en la forma que se determina en el artículo 8.1 del RD 902/2020. Sin perjuicio de que el encargo profesional pueda ampliarse para dar cumplimiento a las obligaciones que se deriven, en lo que nos interesa destacar, de la elaboración o del seguimiento del PI.

De otro lado, la Auditoría Retributiva también supondrá la fijación de un plan de actuación con el fin de corregir las desigualdades de la empresa, lo que engazará con las mismas previsiones que se realizan en relación con el contenido de los PI. Puesto que este plan de actuación, como se recoge de forma expresa en el artículo 8.2 del RD 902/2020, deberá contener “objetivos”, “actuaciones concretas”, “cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento”, así como “un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos”.

3. EL REGISTRO DE LOS PI COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA EMPRESARIAL Y DE PUBLICIDAD

Como última de las novedades destacables que introdujo el RDL 6/2019 en la LOI y que desarrolla el RPI, debe destacarse las previsiones relativas al Registro de los PI, que alcanzan, como veremos a continuación, a la determinación del Registro Público donde debe realizarse tal depósito, al procedimiento y al contenido mínimo que los PI deben respetar a los efectos de alcanzar plena validez.

³⁹ Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Tutela procesal de la no discriminación laboral por razón de sexo y de género en el orden social*, Aranzadi, pp. 218-221. Si bien, en contraste con la versión del borrador de igualdad salarial sometidos a información pública, el RD 902/2020 mantiene cierta libertad para elegir el tipo de Auditoría y el tipo de profesional que puede realizar estos encargos, que pueden ser profesionales con estos conocimientos que presten servicios para la empresa (auditoría interna), o bien profesionales externos, como el artículo 8.2 del borrador del RPI anteriormente citado exigía para las empresas obligadas a negociar un PI, que fueran completamente ajenos e independientes a la organización productiva (auditoría externa).

3.1. La obligatoriedad de registrar los PI con independencia de su naturaleza jurídica

Otra de las importantes novedades que introdujo el RDL 6/2019 fue la creación de un Registro de los PI, así como de la obligación de que las empresas registrarán de manera obligatoria los PI (artículos 46.4, 46.5 y 46.6 de la LOI). Con lo que se evita la publicación en la intranet de la empresa o en la página web corporativa del PI, que puede provocar problemas de accesibilidad a la información, e incluso de errores relacionados con la consulta de versiones del PI distintas a la negociada.

Es preciso destacar que la obligación de registrar los PI será para aquellos que no se incorporan al convenio colectivo estatutario. Pues los PI incorporados al convenio colectivo estatutario ya quedaban registrado con anterioridad al RDL 6/2019. De esta forma se unifica la manera en la que se da publicidad a los nuevos PI. Al margen que algunas CCAA se hayan planteado la creación de Registros de PI con la misma finalidad de darles publicidad, lo que permite el artículo 11.2 del RPI, siempre que sea en el ámbito de sus competencias.

En este sentido, el artículo 11.1 del RPI dispone que será objeto de inscripción obligatoria, lo que se realizará en el Registro Público habilitado a estos efectos, los PI, con o sin acuerdo, voluntarios u obligatorios. Por su parte, el artículo 11.4 del RPI establece, en lo que aquí interesa destacar, que el Registro del PI donde se efectuará el depósito será el Registro de convenios y acuerdos colectivos regulado en el Real Decreto 713/2010, dando de esta forma cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LOI, en la versión dada por el RDL 6/2019, que preveía la creación de un Registro de PI.

Sin incidir en toda la problemática que seguramente comporte la posibilidad de registrar un PI sin acuerdo, que ya fue tratada en el primer apartado del presente trabajo, este Registro también puede emplearse con otras finalidades distintas de depósito y de publicidad de los PI de las empresas que se encuentran obligadas a negociarlos y a implementarlos. De un lado, el artículo 11.1 del RPI permite que se registren los PI de las empresas no obligadas a negociarlos. Por su parte, el artículo 12 del RPI admite que se registren, de forma voluntaria, las medidas de igualdad, acordadas o no acordadas, que se realicen siguiendo los requisitos de los artículos 45.1 y 48 de la LOI. Por otro lado, el artículo 12 del RPI también permite que se registren, de forma voluntaria, las medidas relativas a la igualdad y al acoso sexual y por razón de sexo, concretamente se refiere el título de este precepto a los Protocolos, en coherencia a la posibilidad de depositar los acuerdos relativos a los Protocolos de prevención y de actuación ante situaciones de acoso sexual y por razón de sexo prevista en la disposición adicional 2ª del RD 713/2010, modificado precisamente por la disposición final 1ª del RPI. Seguramente esto evite los mismos problemas anteriormente referidos que provocaba la publicación en la intranet de la empresa o en la web de los PI anteriores al RPI.

3.2. El procedimiento de registro de los PI: solicitud, legitimación, plazos y forma

La solicitud de inscripción de los PI deberá acompañarse de la hoja estadística del PI, contenida en el anexo 2.v del RD 713/2010 (artículo 11.4 del RPI y artículo 6.3 del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI), que deberá cumplimentarse por la Comisión Negociadora (artículo 6.3 del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI). O en el caso de que el PI concluya sin el acuerdo de las partes, podrá cumplimentarlo directamente la empresa (artículo 6.3 del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI). También será preciso aportar el resumen del diagnóstico de situación y de sus principales conclusiones y propuestas (artículo 7.1 del RPI). Pues éste forma parte del contenido mínimo del PI. Igualmente será preciso aportar, junto con la solicitud de inscripción, el texto original del PI (artículo 7.a del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI). Por último, será necesario remitir el resultado de las negociaciones por escrito y firmado por las partes (artículo 5.6 del RPI), así como las actas de las distintas sesiones de la Comisión Negociadora (artículo 7.b del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI), aprobadas y firmadas (artículo 5.5 del RPI), incluyendo las actas de las sesiones referidas a la constitución de la Comisión Negociadora y de la firma del PI (artículo 7.b RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI).

A este respecto, el contenido de la hoja estadística es bastante amplio, constando de hasta seis apartados distintos, que se refieren a los datos de identificación de la empresa, del tipo de PI, de cómo se ha realizado el proceso de negociación y de si se ha concluido con acuerdo el PI, de cuál ha sido el resultado del diagnóstico de situación realizado, de qué medidas se van a adoptar y de qué mecanismos de control y de seguimiento se han introducido en el PI (anexo 2.V del RPI)⁴⁰.

Por otro lado, el RPI también determina la persona competente para presentar la solicitud de inscripción y de depósito del PI. Esta es la persona designada por

⁴⁰ En concreto, la información que debe aportarse de estos seis apartados son: 1) datos registrales de la empresa, donde será necesario identificar la empresa o las empresas afectadas (nombre o razón social, NIF, CNAE, distribución de los trabajadores por tipo de contrato indefinido o temporal o de puesta a disposición en una empresa usuaria, así como convenios colectivos de aplicación o en el caso de que ninguno se aplica la descripción detallada de la actividad económica), el tipo de PI cuya inscripción solicita (empresa, grupo de empresa, aplicable o no a todas las empresas), parte del contenido mínimo del PI (ámbito personal, territorial y temporal (artículo 8.2. b del RPI y artículo 6.2 del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª RPI, con la identificación de la ubicación geográfica de los diferentes centros de trabajo de la empresa) y los correos de los miembros de la Comisión Negociadora. 2) datos del plan de igualdad, con la identificación de si se trata de un PI voluntario u obligatorio, y en este último caso, si es obligatorio por disposición legal, convencional o por sustitución de sanciones accesorias; si ha concluido con o sin acuerdo de la representación de las personas trabajadoras, si es con la totalidad, con la mayoría o con una minoría; si se trata del primer PI; la vigencia y si se han pactado procedimientos de revisión del PI. 3) datos de la Comisión Negociadora, como son la fecha; la firma; quiénes han

la Comisión Negociadora del PI (artículo 6.1.a del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª RPI), cuando se le hubiera atribuido esta función a la Comisión Negociadora (artículo 6.1.f del RPI). O, en el caso de que el PI concluya sin acuerdo, la empresa será la competente para presentarlo (por analogía con el artículo 6.1 RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI).

La solicitud de inscripción del PI tiene que llevarse a cabo en los quince días siguientes a la firma del PI (artículo 6.1. del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI). Esta solicitud debe formularse por los medios electrónicos habilitados a estos efectos (artículo 6.1. del RD 713/2010, modificado por la disposición final 1ª del RPI).

4. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Desde la introducción de la obligación empresarial de negociar PI por la LOI, se ha logrado incorporar medidas específicas para corregir las diferencias aún existentes en la participación de los hombres y de las mujeres en el empleo en muchas empresas españolas. El RDL 6/2019 atiende a algunas de las deficiencias encontradas, extendiendo la obligación empresarial de negociarlos a más empresas, incidiendo en el contenido de los PI y en los mecanismos de control y de evaluación de la garantía de la igualdad, así como de publicidad frente a terceros. Y, en la misma senda de reforzarlos, el RPI, como se ha analizado en el presente trabajo, profundiza en todas las mejoras introducidas por el RDL 6/2019.

negociado en representación del empresario y de los trabajadores, con la desagregación por razón de sexo, así como quiénes han suscrito el PI, con la desagregación también por razón de sexo; si tenían o han recibido formación en materia de igualdad; si han tenido asesoramiento externo y si ha sido preciso acudir a la Comisión Paritaria del Convenio o a los órganos de solución autónoma de conflictos colectivos laboral para resolver las discrepancias suscitadas durante el proceso de negociación del PI. 4) datos relativos al diagnóstico de situación, como son las materias adicionales a las obligatorias, en su caso incluidas; si la Comisión Negociadora ha tenido acceso al Registro Retributivo y a la Auditoría Retributiva; si existió consenso sobre el diagnóstico de situación; las materias que han sido negociadas y no negociadas y sobre las que se han adoptado medidas; así como si lo que se incorpora a la solicitud de registro del PI es el diagnóstico de situación completo o el informe con las principales conclusiones. 5) medidas adoptadas en el PI, que se clasifican en atención a algunas de las materias sobre las que versa como mínimo el diagnóstico de situación (selección y contratación, clasificación profesional, formación, promoción profesional, conciliación, retribución, prevención del acoso sexual o por razón de sexo), sobre las que, como se ha indicado, únicamente será preciso adoptar medidas cuando el diagnóstico de situación haya detectado desequilibrios. También debe recogerse información sobre aquellas que pueden añadirse de forma voluntaria (violencia de género; comunicación, información y sensibilización). 6) instrumentos de seguimiento y evaluación del PI, como son si existen objetivos, indicadores para la evaluación, calendario, responsables del seguimiento, si se han detallado las funciones y composición del órgano de vigilancia y seguimiento, si se ha previsto el recurso a los sistemas de solución de conflictos laborales en caso de discrepancia sobre el cumplimiento; si existe un sistema específico de revisión de las medidas y si se prevé la realización de informes de seguimiento.

Así, por lo que se refiere a la obligación empresarial de negociar los PI para un número mayor de empresa, el RPI recuerda la obligación de negociar medidas de igualdad, aunque éstas no concluyan en la elaboración e implementación de un PI, para todas las empresas, lo que supone realzar la importancia de la igualdad como contenido de la negociación colectiva. Por otro lado, aclara que los PI deben diseñarse e implementarse en las empresas, o en su caso en los grupos de empresa, lo que limitará la práctica de que se realicen PI de sector, reforzando de esta forma su capacidad para corregir las deficiencias e incumplimiento en materia de igualdad en las empresas. Sin perjuicio de que el PI se aplique a los trabajadores de las ETT, lo que aclara en RPI, que debería, en este sentido y como se ha apuntado en el presente trabajo, ampliar la aplicación del PI a otros trabajadores que también colaboran con la empresa donde se ha diseñado e implementado los PI, como son todos aquellos que participan en la descentralización de las actividades productivas. También determina el RPI cómo se computa el número de trabajadores a partir de los que nace la obligación de negociarlos, lo que colma una relevante laguna, impone la obligación de negociarlos una vez que se alcance este número en el conjunto de la empresa, o dispone los plazos máximos para negociar el PI, entre otras previsiones.

Esta loable pretensión de que cada vez más empresas cuenten con PI también ha provocado la introducción de novedades que merecen, a nuestro juicio, una valoración menos positiva. De un lado, los PI deben contener medidas de igualdad negociadas por la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores. Por este motivo, la calificación como PI de textos realizados unilateralmente por las empresas, que sólo se entiende en el marco de lograr que todas las empresas cuenten con PI, introduce elementos importantes de confusión en la propia definición de los PI como instrumentos jurídicos que articulan medidas de igualdad negociadas. Por otro lado, el RPI introduce reglas para determinar la composición de la mesa negociadora, pero lo cierto es que siguen planteándose importantes problemas en aquellas empresas sin representación. Y conectado con lo anterior, las exigentes reglas impuestas en cuanto a los sujetos negociadores, que tiene como finalidad vincular los PI con la negociación de los convenios colectivos estatutarios, seguramente hagan que muchos PI acaben calificándose, por negociarse con unos representantes de los trabajadores distintos a los determinados en el RPI, como PI sin acuerdo. Y, en este sentido, esta equiparación entre PI realizados unilateralmente por la empresa y PI acordados con una representación distinta a la prevista en el RPI, en ambos casos calificados PI sin acuerdo como hemos apuntado, posiblemente hará que se opte por adoptarlos de manera unilateral, con el efecto adverso que esto provoca, en relación con la funcionalidad y el importante valor de reforzar la igualdad como contenido de la negociación colectiva.

En lo que hace al reforzamiento del contenido, de los mecanismos de control y de evaluación de la garantía de la igualdad, es otra de las importantes aportaciones del RPI, como hemos venido destacando, que introduce más

elementos de los sistemas y de los programas de control interno del cumplimiento normativo laboral, que cada vez son más frecuentes en las empresas españolas. En particular, cabe destacar la exigencia de que el diagnóstico de situación, que es previo a la elaboración del PI, así como las medidas, que deben responder a los objetivos marcados en atención al diagnóstico de situación, se diseñen en atención a indicadores cuantitativos y cualitativos. Y también resulta una aportación clave que el diagnóstico de situación deba atender a todas las áreas de riesgo y a todos los indicadores definidos en las hasta 5 páginas del anexo del RPI dedicadas a esta cuestión.

Estos importantes avances quedan un tanto deslucidos como consecuencia de que la opción legislativa ha sido espaciar en el tiempo la adopción de disposiciones esenciales, aplazando el desarrollo completo en largos plazos. Desde el 7 de marzo de 2019 que se publica en el BOE el RDL 6/2019, hay que esperar hasta el 13 de octubre de 2020, que se publican el RPI y en RD 902/2020 de igualdad salarial, con fecha de entrada en vigor respectivamente en enero de 2021 y en abril de 2021, para conocer las novedades de los textos y comenzar su proceso de integración en las empresas. Pero habrá incluso que esperar aún más tiempo, a la fecha de cierre de este trabajo, para conocer y para valorar criterios y reglas aún proyectadas que se integrarían en el conjunto de disposiciones destinadas a mejorar los PI y en general la GI.

Pues está aún pendiente de concreción aspectos de suma relevancia, como son la Guía Técnica de valoración de los puestos de trabajo, cuya publicación está prevista en seis meses desde el 14 de abril de 2021 (disposición final 1ª del RD 902/2020), siguiendo vigente hasta el momento la herramienta actualmente existente en el Ministerio⁴¹. Igualmente, está pendiente de aprobación el modelo de Registro Retributivo (artículo 5.5 del RD 902/2020), así como de publicación la Guía Técnica de Auditoría Retributiva (disposición adicional 3ª RD 902/2020). Y también lo está el descenso del umbral del número de trabajadores, que se fijará finalmente en 50 empleados en marzo de 2022, a partir del que nace la obligación de negociar los PI (disposición transitoria 12ª de la LOI).

Y también habrá que esperar a valor su impacto en las empresas, lo que puede estar condicionado por los beneficios que puedan obtener con su implantación, especialmente reputacionales o en formas de incentivos. Y también por los efectos adversos de realizar PI fuera del estándar proyectado en el RPI, que pueden traducirse en sanciones por incumplimiento de las normas. Y sobre todo puede depender del valor probatorio que se le otorgue, en lo que aquí interesa destacar, a los PI, al Registro Retributivo y a las Auditorías Retributivas, en un posible juicio de discriminación laboral por razón de sexo o de género.

⁴¹https://www.igualdadenlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/docs/Guia_Uso_Hrrta_SVPT.pdf

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA NUEVA REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE EL TELETRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ENTRE LAS NECESIDADES DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA IMPARABLE DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO *

MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad del País Vasco (UPV-EHU)

EXTRACTO

Palabras Clave: Teletrabajo, sector público, intimidad, protección de datos, desconexión digital

El trabajo se articula sobre la hipótesis de que la modalidad del teletrabajo puede favorecer la organización del trabajo en el ámbito público. Derechos fundamentales como la intimidad y la protección de datos personales tendrán un espacio privilegiado en cuanto pueden ser más alterados por esta modalidad en comparación con la presencial. Queda todavía mucho por regular y desarrollar, pero la investigación pretende recuperar las experiencias vividas, así como diversas regulaciones de ámbito europeo. Hasta cierto punto, la más extensa regulación del teletrabajo en el empleo privado podría ser válida; como sin duda lo podrá ser la futura negociación colectiva.

ABSTRACT

Keywords: Teleworking, public sector, right to privacy, data protection, digital disconnection

The work is articulated on the hypothesis that the modality of teleworking can favour the organisation of work in the public sphere. Fundamental rights such as privacy and the protection of personal data will have a privileged space insofar as they can be more altered by this modality in comparison with face-to-face work. There is still much to be regulated and developed, but the research aims to recover the experiences lived, as well as various regulations at European level. To a certain extent, the most extensive regulation of telework in private employment could be valid; as could undoubtedly may be collective bargaining.

* Este trabajo fue presentado como comunicación en el marco del Congreso Internacional on-line “Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización” celebrado en formato cíclico durante los meses de octubre y noviembre de 2020 y organizado por el Sub-Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER, así como, en lo relativo al Congreso, por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana. Asimismo, el trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Coordinado MINECO (DER2017-83488-CU-4-R) y Grupo UPV/EHU (GIU17/059).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL SERVICIO PÚBLICO, Y SUS DERIVADAS, COMO REFERENTES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
 - 2.1. La supeditación del teletrabajo a la satisfacción de las necesidades del servicio público
 - 2.2. La mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y de la evaluación del desempeño como objetivo del teletrabajo
3. LOS DERECHOS DE LOS TELE-EMPLEADOS: ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LA DESCONEXIÓN DIGITAL
 - 3.1. El derecho a la intimidad
 - 3.2. El derecho a la protección de datos personales
 - 3.3. El derecho a la desconexión digital
4. TELETRABAJO Y DESARROLLO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: POSIBILIDADES Y LÍMITES
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Una de las primeras medidas que adoptó el Gobierno de España tras la declaración del estado de alarma en marzo de 2020 fue la promoción del teletrabajo¹, que tendría carácter preferente ante la cesación temporal o reducción de la actividad y que el Real Decreto-Ley 15/2020² prorrogaría dos meses más, otorgándole al teletrabajo un carácter preferente. El objetivo prioritario de esta modalidad de prestación del trabajo descansaba en garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanudasen con normalidad tras la situación de emergencia sanitaria. Una vez alcanzada esa otra fase denominada de “nueva normalidad”, el Gobierno español ha acometido una regulación del trabajo a distancia en el ámbito privado³ que, por existente (art. 13 del Estatuto de los Trabajadores⁴, en adelante, ET), no era suficiente⁵ para responder a los grandes desafíos que plantea esta no nueva organización del trabajo - pero con visos de crecer. Seguramente por esas mismas razones, ha visto asimismo la luz en este nuevo curso político, otro Real

¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

² Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

³ Real-Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia. Actualmente su texto se ha incluido en el art. 13 ET.

⁴ 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.

⁵ Por todos, Thibault Aranda, J., *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, CES, 2000, p. 56.

Decreto-Ley dedicado al teletrabajo que se aplica en el sector público⁶ y que ha dado lugar al nuevo art. 47 bis del Estatuto Autónomo del Empleado Público (en adelante, EBEP)⁷.

En un lapso de tiempo muy breve, varios millones de empleados y, por tanto, de trabajos, han cambiado de los lugares de trabajo habituales a sus domicilios particulares. Sin embargo, la fuerte limitación del derecho a la libre circulación de personas en el estado de alarma ha demostrado que tanto las empresas privadas como las Administraciones Públicas⁸ estaban suficientemente preparadas para afrontar este reto. La digitalización rampante que hemos vivido estos años, los kilómetros “construidos” de fibra óptica, las operaciones telemáticas que pueden realizarse con la Administración, se han demostrado inversiones acertadas para que el teletrabajo se convierta en una realidad dominante y eficaz. Pero son muchas las transformaciones que puede provocar el teletrabajo, ya por el cambio del lugar en que se presta la actividad, ya por su conversión en trabajo decididamente digital. Por eso, son también muchas las dudas que se está planteando la sociedad acerca del mundo que seguirá a esta pandemia aunque respecto de un posible cambio en la organización del trabajo, un análisis positivo de su posible implantación y crecimiento había sido ya efectuado (véase la EM del RD-Ley 29/2020, Apdo. II).

Antes de acabar esta introducción, queremos indicar que somos conscientes de que la digitalización, con ser un tema en auge, no está presente en todos los puestos de trabajos, ni va a estarlo a pesar de que su recurso se generalice. En el ámbito de lo público, nadie desconoce que hay profesiones que debido a los bienes que protegen requieren desarrollarse físicamente, incluso durante las veinticuatro horas del día, por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a los servicios de protección civil. Sin embargo el teletrabajo se ha revelado como una modalidad de prestación de servicios idónea para el desempeño de aquellos puestos de trabajo que exigen una mayor cualificación, y éstos abundan en las Administraciones Públicas.

⁶ Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. El apartado de esta norma (art. 1) que modifica el art. 47 EBEP entraba en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, esto es, el 30 de septiembre de 2020 (Disp. Final 4^a). De todas formas, la Disp. Final 2^a indica que las Administraciones Públicas que deben adaptar su normativa a este RDL dispondrán de un plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor.

⁷ Estatuto Autónomo del Empleado Público Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁸ Sobre los planes estratégicos de digitalización de las distintas Administraciones Públicas véase, https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Biblioteca/pae_PlanesEstrategicos/pae_PE_ambito_Nacional.html (último acceso: 15 de octubre 2020).

No puede obviarse que el desafío impuesto por las circunstancias del COVID-19 y del estado de alarma sobre el teletrabajo se ha superado con creces, pero la más que certera impresión de que este cambio se pueda consolidar en un futuro próximo⁹, ha requerido de la intervención del legislador también en el espacio de lo público, que aunque plausible, no es completa, a pesar de su vocación de configurar un marco normativo básico¹⁰. Las circunstancias peculiares en las que se accede y se desenvuelve el empleo público y la condición de Administración Pública de la parte empleadora, así como la especial repercusión que esa modalidad del trabajo tiene sobre determinados derechos fundamentales -al combinar distancia con digitalización-, se hacen tributarias de esa regulación distinta en comparación con la aprobada en el sector privado. Se analizará esa normativa a continuación, deteniéndonos en algunos aspectos particulares relacionados con la incidencia de la distancia y de la digitalización en el desarrollo del empleo público, como la vocación de servicio público ínsito en la labor que prestan sus empleados, y la repercusión del teletrabajo en ciertos derechos fundamentales. El objetivo final se destina a realizar propuestas de desarrollo futuro, por lo que el examen de la potencialidad de la negociación colectiva en este ámbito tendrá también un lugar destacado.

2. EL SERVICIO PÚBLICO, Y SUS DERIVADAS, COMO REFERENTES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. La supeditación del teletrabajo a la satisfacción de las necesidades del servicio público

El nuevo art. 47 vis EBEP, introducido por el RDL 29/2020, define el teletrabajo como aquella “modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, *siempre que las necesidades del servicio lo permitan*, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación”¹¹. Antes de la regulación actual, el Acuerdo, de 7 de mayo de 2007¹², y la Declaración Administración-Sindicatos de Ratificación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Proyecto de Real

⁹ Anticipando lo que ha ocurrido, véase Cruz Villalón, J., “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 4, 2020, págs. 406-419.

¹⁰ Exposición de Motivos, apdo. IV.

¹¹ La cursiva es nuestra.

¹² La situación legal anterior al presente RDL, se encuentra en la propia EM del Real Decreto ley apartado II.

Decreto por el que se regulaba el Teletrabajo, de 8 de mayo de 2007¹³, recogían también la insoslayable condición relativa a la compatibilidad entre el servicio público a prestar y el teletrabajo. Sin embargo, en aquel Proyecto, quizás por la influencia de la recién aprobada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva mujeres y hombres (art. 44), se preveían varias referencias a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal¹⁴. La misma estela guió al Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, acuerdo también aplicable al sector público¹⁵. Tradicionalmente, por tanto, el acceso del empleado público al teletrabajo ha estado vinculado a la conciliación de la vida familiar y laboral¹⁶.

En la nueva regulación, el teletrabajo se plantea en otros términos, y el objetivo de la conciliación no se concibe en el articulado, si bien aparece en los antecedentes históricos que recoge la Exposición de Motivos. En efecto, el RD-Ley que abordamos indica en su frontispicio¹⁷ que se ha de garantizar “en todo caso la atención directa presencial a la ciudadanía”. El apdo. IV de la propia EM añade que la utilización del teletrabajo “deberá venir supeditada a que se garantice la prestación de los servicios públicos y, en todo caso, habrá de asegurarse el cumplimiento de las necesidades del servicio...” A pesar de la regulación vía exprés del teletrabajo, el legislador advierte de que la modalidad presencial seguirá siendo la modalidad ordinaria de trabajo (EM, apdo. IV)¹⁸, lo cual conlleva como efecto directo que la

¹³ Una vez concluida esta experiencia piloto del proyecto, los resultados alcanzados fueron traídos a colación para hacer extensiva la posibilidad de realizar este tipo de experiencias a otros Departamentos, mediante la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales

¹⁴ Villalba Sánchez, A., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, n. 36, 2017, p. 7. La autora hace también alusión a la publicación del Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado por el Ministerio de Administraciones Públicas. Aunque se trate de un documento informativo, carente de eficacia jurídica, sirve para confirmar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como objetivo primordial de la normativa estatal. Una mirada más reciente a ese binomio en, Herraiz Pérez, S., “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *RGDTSS*, nº 54, 2019.

¹⁵ El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo se firmó con los objetivos de modernizar la organización del trabajo en el sector público y para permitir conciliar la vida personal, laboral y familiar, a través del teletrabajo. Véase, Quintanilla Navarro, R.Y., *El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548615.pdf p. 2 (último acceso: 13 octubre 2020).

¹⁷ Véase Belzunegui Eraso, A. «Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración pública», *Revista Internacional de Organizaciones*, n. 1, 2008, 129-148.

¹⁷ Exposición de Motivos, EM, apdo. III.

¹⁸ En palabras de la Exposición de Motivos “En cualquier caso, la prestación de servicio a distancia mediante la modalidad de teletrabajo no será considerada como ordinaria. La diversa

modalidad del teletrabajo deba ser “expresamente autorizada, a través de criterios objetivos para el acceso y compatible con la modalidad presencial”. La diferencia entre la regulación del teletrabajo en las Administraciones Públicas (AAPP) con la regulación del teletrabajo en el sector privado es fundamental. La singular relación del empleado público con su empleadora, de sujeción especial, justifica que no se contemple el acuerdo entre las partes como ocurre en el sector privado¹⁹.

En efecto, los empleados públicos se rigen por un código de conducta (art. 52.1 EBEP) que les exhorta a desempeñar sus tareas con diligencia, y velar por los *intereses generales* con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Su labor será guiada y estará sometida a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, además del respeto a la igualdad entre mujeres y hombres. Los principios éticos que provee el art. 53 EBEP se nutren de los criterios del art. 52, entre otros, que los empleados públicos “cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia” (apdo. 10). El interés general y el principio de dedicación al interés público son estelas que guían el desempeño del trabajo desarrollado en el seno del sector público. A partir del tándem descrito, el EBEP bajo el rótulo “Principios de conducta” reproduce algunos deberes laborales en similares términos a los previstos en el art. 5 del Estatuto de los Trabajadores.

2.2. La mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y de la evaluación del desempeño como objetivo del teletrabajo

Con ser el teletrabajo voluntario para el empleado, la nueva regulación insiste en que esta modalidad de trabajo “deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento” (art. 47 bis 2 “in fine”). La propia EM (apdo. IV) se detiene

naturaleza de los servicios a la ciudadanía que las distintas Administraciones Públicas tienen encomendados, y en aras a garantizar la prestación de los mismos, hace necesario determinar que la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo no pueda ser absoluta [...]. Se garantiza en todo caso la atención directa presencial a la ciudadanía”.

¹⁹ Véase la Sección 2ª del RD-L 28/2020. En el caso de la empresa privada, en circunstancias normales, el cambio de trabajo presencial a teletrabajo o trabajo a distancia sería considerado como una novación contractual: el lugar de la prestación es un elemento sustancial del contrato de trabajo y su modificación debe ser objeto de acuerdo entre las partes. Sin embargo, durante el estado de alarma, las empresas no han precisado, del consentimiento de los trabajadores afectados dadas las circunstancias excepcionales en las que nos encontrábamos. Véase Casas Baamonde, M.E., “El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria”, *Derecho de las relaciones laborales*, Editorial, nº 7, 2020, p. 930.

algo más en la justificación del teletrabajo en el sector público: “Al tratarse de la regulación de una modalidad de trabajo y flexibilización de la organización de carácter estructural para las Administraciones Públicas ha de servir para la mejor consecución de los objetivos de la administración en su servicio a los intereses generales”.

Distintos documentos públicos²⁰ apoyan la digitalización del sector público a fin de superar los corsés con los que se desenvuelve el trabajo en la administración pública, que sigue organizándose alrededor de unidades, con responsabilidades y procesos muy marcados y con evidentes problemas para integrar sus distintos modos de trabajo. Entendemos que el teletrabajo podría contribuir a ese indispensable cambio.

Tal como se ha manifestado, esa regulación anterior relativa al teletrabajo en las administraciones públicas ha servido, en parte, para elaborar la parca regulación actual, y aquélla puede seguir siendo válida para las normas de desarrollo que se necesitan para completar la actual; con los matices y críticas que realizaron los autores laboristas y que siguen estando totalmente vigentes²¹. Según la citada Orden, esta modalidad estaría a disposición de los empleados en servicio activo que reunieran los conocimientos en ofimática suficientes, siempre y cuando lo solicitasen. Cada plan habría de determinar el número máximo de participantes así como su procedimiento de selección, la duración del propio programa y la de la prestación de servicios no presenciales en función de cada tipo de jornada. Se imponía determinar también en cada plan el órgano encargado del control y los criterios para llevarlo a cabo, así como el sistema de evaluación del trabajo desarrollado de forma no presencial.

En la nueva regulación del teletrabajo se plantea asimismo la “identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento” (art. 47 bis 2 “in fine”)²². Nuestra hipótesis se apoya en que la evaluación por objetivos en el teletrabajo se presenta

²⁰ OCDE, *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies Public Governance and Territorial Development Directorate*, 15 julio 2014, p. 2, <http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf> (último acceso 16 de octubre de 2020).

²¹ Así, por ejemplo, en la Orden de 2006 se precisaba la necesidad de incluir en cada programa los puestos de trabajo afectados, atendiendo a la naturaleza de sus funciones que, evidentemente, habrían de permitir su ejecución de manera no presencial. Se excluían, por consiguiente, todos los puestos que requerían la presencia del empleado. Para Villalba Sánchez, A., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *op. cit.*, p. 6. Con arreglo a este criterio, quedaba abierta la posibilidad de limitar la opción de teletrabajar en supuestos en los cuales la presencia del trabajador sea conveniente, pero no inexcusable.

²² Para Sierra Benítez, E.M, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Colección CES Andalucía, 2011, pp. 128 y 136 y ss, por ejemplo, la experiencia del teletrabajo en la Administración General del Estado en 2006 supuso un cambio en la cultura del trabajo, desde el

quizás más factible que en los trabajos cien por cien presenciales²³. Y por ello el tenor del actual art. 20 EBEP conforme al cual la evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados se corresponde sin problemas con la fórmula del teletrabajo. Entendemos que establecer, por ejemplo, métodos de medición del tiempo empleado en la tramitación de los expedientes²⁴ y de evaluación comparativa de la actividad en aquellas unidades que lo permitan, podría ser más sencillo en el marco del teletrabajo que en el del trabajo presencial, ya que se evitarían las interrupciones y distracciones propias del trabajo en la oficina.

Desde nuestra opinión, incluso, la ordenada puesta en marcha del teletrabajo podría funcionar para retener el talento en el seno de la Administración. En concreto, nos estamos refiriendo al conocido caso de la Administración General del Estado, de los cuerpos a los que se accede por oposición, a los nuevos funcionarios procedentes de todas las partes del España que puedan evitar desplazarse a la capital de España; y puedan desempeñar su trabajo en los denominados “telecentros”²⁵. El sistema de oposición para acceder al empleo público, acompañado como lo está actualmente, del de concurso, permite captar a las personas que demuestren mayor talento en el desarrollo de las tareas propias del puesto de trabajo para el que se convoquen las pruebas. No obstante, se ha indicado por la doctrina²⁶ que para atraer el talento y en definitiva, para captar a los mejores y más capacitados, “no es suficiente con poner el foco de atención en las fases de selección y provisión de los potenciales empleados públicos, sino que es preciso y necesario construir, desarrollar y mejorar un modelo que permita, de alguna forma, responder a los intereses legítimos de los trabajadores al servicio del sector público”. A este propósito responden los sistemas de evaluación del desempeño²⁷, que en los últimos

momento en que la evaluación del desempeño partía de una valoración por objetivos en base al trabajo realizado que sustituyó una variable más subjetiva, la de las horas empleadas.

²³ Compartimos así la opinión de Sierra Benítez, E.M, *El contenido...*, *op. cit.*, p. 376.

²⁴ El Ministerio de Trabajo, por ejemplo, dispone ya del cálculo de los tiempos de tramitación de diversos expedientes, en <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/que-es-el-sepe/cora-tiempos-medios-tramitacion> (último acceso: 15 de octubre de 2020).

²⁵ El telecentro es una oficina a distancia, dotada de los medios informáticos y de telecomunicación necesarios para el uso regular u ocasional por los teletrabajadores, que se presenta como alternativa al despacho en casa, véase Sierra Benítez, E.M, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss, y bibliografía allí citada.

²⁶ García Jiménez, A., “Evaluación del desempeño en la Administración. Hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público”. Es recensión del libro de Rastrollo Suárez, J.J., *Evaluación del desempeño en la Administración. Hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, en *Revista de Administración Pública*, n.º 206, p. 409.

²⁷ Sobre la demora de la Administración en poner en marcha este tipo de evaluación, véase, por todos, Padilla Ruiz, “Desafíos pendientes para la definitiva implantación de la evaluación del

años han ido adquiriendo un papel protagonista como mecanismo de gestión de los recursos humanos en el sector público.

Quizás por todo lo expuesto, el teletrabajo no se conceptúa en el art. 47 bis EBEP de la misma manera que se hace en el RDL 28/2020 (actualmente art. 13 ET). Mientras que en la empresa privada, para entender que nos encontramos ante un trabajador a distancia, el trabajo que preste deberá desarrollarse “en un período de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (art. 1 RDL 28/2020)²⁸, en el ámbito del sector público no se refleja ningún mínimo. Al contrario, la EM del RDL 29/2020 (apdo. III) postula que “Será en cada ámbito y en la normativa reguladora que a tal efecto se dicte por cada administración competente donde se determine el porcentaje de la prestación de servicios que pueda desarrollarse por esta nueva modalidad, de tal manera que se combine la presencialidad y el teletrabajo en el régimen que se establezca”. De todos modos, sí se impone un límite máximo: se prohíbe teletrabajar durante toda la jornada (art. 47 bis, apdo. 2).

En efecto, el teletrabajo se configura como una prestación de trabajo a desarrollar en alternancia con la presencial (apdo. 2 del art. 47 bis EBEP), tal como aparece en la EM del RDL 29/2020, previendo así, como en la Orden de 2006, el indeseable aislamiento en que puede recaer el trabajador²⁹. De todas formas, en nuestra opinión, esta opción de la nueva regulación es fruto de la fuerte presencialidad de la que es cautiva la administración pública. Evidentemente hay trabajos que se deben a la atención al público, pero también existen otros trabajos que pueden desempeñarse digitalmente y a distancia al 100%; con la ventaja, además, de que se concibe la prestación del servicio mediante teletrabajo con carácter reversible “salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados” (apdo. 2 art. 47 bis EBEP). Por ello, y sin perjuicio de que, puntualmente, se le requiera al empleado acudir a las dependencias físicas de la administración de la que se trate, informándolo con cierta antelación, entendemos que podría haberse dejado abierta esa opción.

Tal como se destacaba más atrás, el art. 47 bis EBEP exige que el teletrabajo deba “contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento”. Téngase en cuenta que la Orden

desempeño”, *R.V.A.P.* núm. 109-I. Septiembre-Diciembre, 2017. p. 439.

²⁸ En relación con la confusa redacción del precepto, véase Beltrán de Heredia, I., “Breves notas: ¿cómo puede determinarse la regularidad del trabajo a distancia de un contrato temporal según el RD Ley 28/2020”, en <https://ignasibeltran.com/2020/10/06/breves-notas-como-puede-determinarse-la-regularidad-del-trabajo-a-distancia-de-un-contrato-temporal-segun-el-rdley-28-2020/> (último acceso: 15 de octubre de 2020).

²⁹ Villalba Sánchez, A., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *op.cit.*, p. 6.

de 2006, cuyo contenido se ha sugerido como punto de partida, destacaba, entre sus ventajas, la identificación de los objetivos y la evaluación del grado de su cumplimiento, especialmente desde el punto de vista del empleador³⁰. Desde la perspectiva del empleado, la Orden de 2006, como se expuso antes, hacía hincapié en el incremento de la posibilidad de conciliar la vida personal con el desarrollo profesional. Por esa razón, los empleados no podían someterse a los criterios generales sobre jornada y horarios. Como seguramente tampoco lo podrán hacer con la legislación actualmente en vigor³¹. En cualquier caso, consideramos que los límites legales en materia de jornada máxima y el límite de descansos entre jornadas deberían operar siempre. En este sentido, es conocido que la legislación general sobre el empleo público no contempla dichos límites. No obstante, la Directiva 2003/88/CE³², aplicable también al personal empleado de la Función Pública³³, prevé en su artículo 3 que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas»³⁴; reiteración del descanso diario que corrobora el art. 5 de la norma comunitaria citada, avalada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso JAEGGER) de 9 septiembre de 2003 del TJUE (apdos. 95 y 96). La diferencia entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso en la citada normativa europea es clara: su artículo

³⁰ A tal efecto, la doctrina ha considerado preferible aludir al rendimiento del trabajador (Gárate Castro, F.J., *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Madrid, Civitas, 1984, p. 34), toda vez que un objetivo puede o no alcanzarse exclusivamente a través del esfuerzo del trabajador.

³¹ Véase la interesante entrevista disponible en la OCDE realizada a un responsable de la administración tributaria finlandesa (Vero) <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/commissioner-conversations/fta-conversaciones-entre-comisarios-consideraciones-para-un-teletrabajo-fructifero.pdf> (último acceso: 15 de octubre de 2020). En la conversación, a la pregunta relativa a cómo supervisan cuantas horas trabajan los empleados o si están disponibles en algún momento en particular, el responsable finlandés responde que “*El personal puede comenzar entre las 6.30 y las 9.30 y finaliza entre las 14.30 y las 19.00. Hay un poco más de flexibilidad los lunes y los viernes, y aún más flexibilidad para las vacaciones de verano. [...] Como regla general, nuestros empleados son capaces de dirigir su trabajo de manera autónoma en los horarios mencionados*”.

³² Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, <https://www.boe.es/doue/2003/299/L00009-00019.pdf> (último acceso: 15 de octubre 2020).

³³ Con todo, su art. 2, apdo. 3.º condiciona dicha aplicación en un doble sentido: «La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva», preceptos que contienen disposiciones referidas a algunas actividades de la protección civil.

³⁴ Para más profundidad, véase Terradillos Ormaechea, E., “Ley y negociación colectiva en la determinación del tiempo de trabajo del personal que presta servicios esenciales de protección civil en la Comunidad Autónoma Vasca”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 208, 2017 p. 108, pp. 225-266.

2 define el tiempo de trabajo como «todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Y el período de descanso³⁵, por exclusión, se caracteriza como todo período que no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un período concreto de actividad sólo puede ser considerado como tiempo de trabajo o como descanso. Nos hallamos, pues, ante un “concepto restrictivo”³⁶ de la noción de tiempo de trabajo.

3. LOS DERECHOS DE LOS TELE-EMPLEADOS: ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LA DESCONEXIÓN DIGITAL

No es posible adentrarnos en este trabajo en todos los derechos individuales y colectivos de los empleados públicos que, como postula el nuevo art. 47 bis) EBEP, se mantendrán con la misma entidad en el caso del teletrabajo. Por otra parte, el RLD 28/2020 sobre el trabajo a distancia, en cuanto que desarrolla algo más esos derechos siquiera destacando sus fallas en su enfrentamiento con lo digital, podría actuar de referente para las normas que se dicten en desarrollo del nuevo art. 47 bis EBEP.

A lo largo de las páginas siguientes, deseamos reparar en tres derechos -el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos y el binomio del derecho al descanso/desconexión digital de los empleados públicos por tres razones de peso: dada la mayor vulnerabilidad de esos derechos cuando se combinan con las tecnologías de la información y de la comunicación; debido a la posible repercusión de la distancia respecto de las dependencias de la Administración; y habiendo comprobado el nulo desarrollo de estos derechos, siguiera su invocación, en el nuevo artículo 47 bis EBEP, algo que no ha sido recogido de esta forma en el RDL 28/2020 dedicado al trabajo a distancia en el sector privado (actual art. 13 ET).

En este sentido, es esclarecedor que el Informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³⁷ alerte sobre el hecho conocido de que las nuevas

³⁵ Alarcón Caracuel, M. R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 94 criticó la alusión al “lisa y llanamente tiempo libre” como “tiempo de descanso” porque ello “es colocarse en la rampa de lanzamiento de la mistificación en cuanto se toma el tiempo de trabajo como la única referencia incluso para tomar el tiempo libre”.

³⁶ Martínez Yáñez, N., “Tiempo de descanso y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *RDS*, n. 25, 2004, p. 132.

³⁷ OIT - Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf (último acceso: 15 de octubre de 2020).

tecnologías generan grandes cantidades de datos relativos a los trabajadores con evidentes riesgos para su intimidad. Sin embargo, la OIT repara también en que puede haber otras consecuencias sobre los empleados, en función de cómo se usen los datos. En su Informe³⁸, pone el ejemplo de los algoritmos utilizados para la asignación de puestos de trabajo ya que pueden reproducir sesgos y prejuicios históricos. Por ello esa organización sugiere que se elabore una reglamentación que regule el uso de los datos y la responsabilidad exigible en cuanto a la utilización de algoritmos en el mundo del trabajo. Las empresas -y las entidades públicas, podríamos añadir-, en general, deben asegurarse de que cuentan con políticas de transparencia y de protección de datos para que los trabajadores sepan qué información se está rastreando. Pero tan importante como lo anterior es la necesidad de imponer límites a la recopilación de datos que puedan dar lugar a discriminación como, por ejemplo, los relativos a la sindicación. El Informe indica, en último lugar, que los trabajadores deben tener acceso a sus propios datos, así como el derecho a comunicar esa información a su representante o autoridad reguladora.

Con ser cierto que los riesgos de conjugar las nuevas tecnologías con el poder de control de la parte empleadora son menos intensos en el ámbito de las AAPP en comparación con la empresa privada, está claro que la repercusión de aquéllas sobre estos tres derechos que pasamos a profundizar, es más elevada. Partimos pues de que, como parece obvio, hay más amenazas en el tratamiento de datos de los empleados en el ámbito de la empresa privada que en el de la Administración Pública. Las empresas son cada vez más conscientes de la trascendencia económica de los tratamientos de datos personales. Por el contrario, la Administración Pública no persigue ese lucro económico, aunque pueda compartir intereses de eficacia y rentabilidad con el sector privado, tal y como proclama el EBEP³⁹. Expresado en otras palabras, creemos que en el sector público “Los motores de la transformación digital son asimismo diferentes a los del sector privado: si éste se encuentra espoleado por la demanda de los clientes, el intenso peso de la competencia y la

³⁸ OIT- Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf, p. 46-47. (último acceso: 15 de octubre de 2020).

³⁹ Su art. 69, por ejemplo, efectúa la planificación de los recursos humanos de las Administraciones Públicas, con el objetivo confeso de “contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”.

naturaleza misma de las actividades que se desarrollan, esas presiones son menos intensas para las Administraciones públicas»⁴⁰.

En resumen, y tal como ha identificado el RDL 28/2020 sobre el trabajo a distancia⁴¹, hay derechos relacionados íntimamente con el uso de medios digitales, no otros que el derecho a la intimidad y a la protección de datos, así como el derecho a la desconexión digital. A ellos nos dedicaremos en las páginas siguientes⁴².

3.1. El derecho a la intimidad

El motivo de que reparemos en este derecho es obvio: el impacto que el teletrabajo puede tener sobre el derecho a la intimidad del empleado puede ser mayor que respecto al resto de empleados⁴³ y, sin embargo, el RDL 29/2020 (actual art. 47 bis, EBEP), no se detiene en él como lo hace el RDL 28/2020 (actual art. 13 ET). Su reconocimiento, por tanto, se entiende ínsito en el reconocimiento al tele-empleado, de los mismos derechos que detenta el empleado público presencial (apdo. 3, art. 47 bis EBEP). Efectivamente, el derecho a la intimidad, se enuncia en el art. 14 j) bis del EBEP, remitiéndose en lo restante a la LOPDGDD. No obstante, el nuevo art. 47 bis EBEP no depara ningún espacio especial a este derecho, ni siquiera lo menciona, como sí se hace en la Exposición de Motivos del RDL 29/2020 (apdo. III). Creemos que este derecho debería haberse puesto de relieve, cuando menos para concienciar sobre su importancia a los reguladores de las normas de desarrollo.

A la administración empleadora le asiste la facultad de controlar la actividad laboral, de verificar que el trabajador está cumpliendo efectivamente con el trabajo encomendado. Y ahí radica precisamente, la posible e inevitable colisión entre este poder y el derecho a la intimidad de los empleados. De esta forma, la adición del elemento de la “distancia” al trabajo prestado a través de las nuevas tecnologías, en

⁴⁰ Berger, R., Informe *Transformation digitales dans le secteur public. Faire converger l'intérêt des citoyens et des agents*, 2017 <https://www.rolandberger.com/fr/Publications/Transformation-digitale-dans-le-secteur-public.html> (último acceso: 15 de octubre 2020), p. 7.

⁴¹ Sección 5 del Capítulo III.

⁴² García Jiménez, M., “Las Administraciones Públicas ante el reto de la “transformación digital”: la normalización del teletrabajo como vía de modernización, aunque también como pilar para el bienestar de los empleados y de las empleadas públicas”, disponible en <https://www.transformaw.com/blog/las-administraciones-publicas-ante-el-reto-de-la-transformacion-digital-la-normalizacion-del-teletrabajo-como-via-de-modernizacion-aunque-tambien-como-pilar-para-el-bienestar-de-lo/#more-269> (último acceso: 15 de octubre 2020).

⁴³ Así fue tempranamente resaltado por Escudero Rodríguez, R., “Teletrabajo”, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, pp. 835-838, para los trabajadores por cuenta ajena, subrayando el efecto sobre la “privacidad del trabajador”.

cuanto el empleado no se encuentra en el ámbito “estrecho” de la administración empleadora, permite a ésta atesorar mayores “poderes informáticos”⁴⁴.

Aunque la empleadora debe respetar la vida privada del empleado a distancia, el Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo⁴⁵ advertía ya de que si existe un medio de vigilancia, éste deberá ser proporcionado al objetivo del empleador, no otro que verificar el cumplimiento de la prestación laboral pactada. En otras palabras, esto significa que la Administración sólo puede registrar los aspectos relacionados con el resultado de la actividad laboral (cantidad y calidad del trabajo realizado)⁴⁶, de modo que la empleadora puede lícitamente controlar el rendimiento de los empleados a través del ordenador, vigilando por ejemplo el tiempo que un empleado pasa escribiendo, el número de ficheros registrados, la hora en que enciende o apaga el ordenador, etc., porque este tratamiento no está prohibido, siempre y cuando los empleados hayan sido informados.

En este sentido se redactó el apdo. 2 del art. 87 la Ley orgánica 3/2018, sobre el derecho a la protección de datos y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), con un enunciado donde se reconoce el poder de control de la actividad laboral a la empleadora, accediendo a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los empleados, pero con dos únicas finalidades: controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y garantizar la integridad de dichos dispositivos.

En lo que respecta al control informático, el precepto transcrito hace alusión, sin mencionarlo, al principio de proporcionalidad, que implica que el empleador debe reconsiderar la aplicación del control general de los mensajes electrónicos y

⁴⁴ El poder informático debe ser entendido como “capacidad propia del responsable de agregar datos y de establecer las comparaciones más diversas entre ellos, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera”. En Giacci, G., “Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sabitari”, *Politica del Diritto*, núm. 4, 1991, p. 672.

⁴⁵ En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131> (último acceso: 11 octubre 2020).

⁴⁶ Thibault Aranda, J., *El teletrabajo...*, *op. cit.*, p. 141; Roqueta Buj, Remedios, *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 52.

de la utilización de Internet de todo el personal, salvo que resulte necesario para la seguridad de la empresa⁴⁷.

No sólo se limita el acceso a los ordenadores de los empleados sino que la ley orgánica permite a la empleadora establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, control que deberá realizarse bajo algunas condiciones. Indicaremos, de nuevo, que la intimidad del tele-empleado se contrapone a la legítima capacidad de control de la actividad laboral, en manos de la AAPP. Por eso:

- En primer lugar, respecto de la utilización por parte de los empleados públicos de los dispositivos propiedad de la entidad pública y que proporcionará a los empleados (art. 47 bis, apdo. 4), el EBEP, como cualquiera se puede imaginar dada la limitada extensión del art. 47 bis, no concreta nada más. Con todo, el propio art. 87.3 LOPDGDD concede a los empleadores -también a los públicos- la facultad de establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad *de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente*. Para esos casos, creemos que las normas de desarrollo del art. 47 bis) EBEP deberían indicar, en primer lugar, si los empleados pueden utilizar extraordinariamente los medios tecnológicos de la entidad pública para fines privados. Los criterios que permitieran ese uso podrían ser parecidos a los contemplados en las licencias (arts. 48 y 49 EBEP): enfermedad grave, hospitalización, muerte, conciliación... Esto se traduce en que cuando se pudiera probar que la utilización del ordenador se debió a alguna de las causas que motivan los permisos y licencias contemplados en el art. EBEP, no se entendería que el tele-empleado hubiera incurrido en ninguna irregularidad.

Por otra parte, de compararse el art. 47 bis EBEP con el art. 17 del RD-L 28/2020 (sobre trabajo a distancia), éste va más allá cuando llama a la negociación colectiva o, en su defecto, a los acuerdos de empresa para que permitan que los trabajadores del sector privado puedan hacer *uso por motivos personales* de los equipos informáticos puesto a su disposición por parte de la empresa. Regresando al texto de la LOPDGDD, ésta abría la posibilidad (art. 87.3) de que la empleadora accediera a los dispositivos privados aunque sometía esta opción a “que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados”.

⁴⁷ Para autores anteriores a la publicación de la LOPDGDD, véanse Cardenal Carro, Miguel, “El abuso de Internet en el trabajo, ¿vamos bien?”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2004. Igualmente, en relación con un uso razonable de Internet y correo electrónico, Bouchet, Hubert, “De la confidencialidad de los datos personales en los lugares de trabajo”, en Farriols I Solá, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006, pp. 175 a 177.

El RDL 28/2020 (art. 17.3) no arbitra criterios muy específicos al respecto y vuelve a indicar que se deberán tener en cuenta “los usos sociales de dichos medios y las particularidades del teletrabajo”. No obstante, se ha dicho que el deslinde entre la esfera personal y la profesional del trabajador es “a priori” casi imposible como tampoco es dable “el extrañamiento social del trabajadores durante el trabajo” que es a lo que conduce la prohibición incondicionada del uso del correo electrónico en el trabajo⁴⁸, por ejemplo. Por otro lado, no puede desconocerse que los empleados perciben las TICs como medios de comunicación⁴⁹, de modo que el uso razonable del ordenador profesional para uso personal corresponde a “un uso general y socialmente admisible”⁵⁰. Ciertamente es bastante extraño que un empleado no porte su teléfono inteligente y, al contrario, tenga que recurrir al ordenador de la entidad cuando necesite de algún dispositivo tecnológico por motivos personales, pero creemos que podrían arbitrarse criterios muy estrictos que permitieran, sin embargo, el uso de los dispositivos particulares de los empleados, por lo menos del mismo modo que se puedan utilizar en el ámbito presencial.

Avanzando con la LOPDGDD, es importante resaltar que en la elaboración de dichos criterios, deberán participar los representantes de los trabajadores (art. 87.3). En el caso de las AAPP, habrá que recurrir al EBEP. Y así, el término “participar” se recoge, explícitamente, en el art. 15 EBEP titulado “Derechos individuales ejercidos colectivamente” y se refiere, en su apdo. b), “A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo”. Aunque posteriormente el art. 31 de ese texto distinga entre “representación” y “participación institucional”, una interpretación del precepto según el contexto y según el espíritu y finalidad de la misma (art. 3 Código Civil), favorece entender incluida la “representación” en la “participación en la determinación de las condiciones de trabajo”. Y así, la propia Constitución, art. 129.2, donde encuentran su razón de ser los órganos de representación unitaria de los trabajadores (SSTC 74/1996, de 30 de abril y 95/1996, de 29 de mayo), reclama a los poderes públicos promover “eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”.

En conclusión, entonces, cuando la LOPDGDD se refiere a la “participación” podemos entender incluida en su seno la representación, como una de las variantes

⁴⁸ Fernández López, M.F., “Intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en Casas Baamonde, Durán López, Cruz Villalón (coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en Homenaje al Prof. Miguel Rodríguez-Piñero*, La Ley, Madrid, 2006, p. 618-619.

⁴⁹ Correa Carrasco, M., “La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva”, *RDS*, n. 31, 2005, p. 44.

⁵⁰ Colás Neila, E., “Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo”, en Alarcón, M.R. y Legarreta, E. (coord.), *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 204.

de la participación en la determinación de las condiciones de trabajo. En base a ello, el derecho de representación sería un “derecho individual de ejercicio colectivo” de los empleados públicos. La doctrina ya ha reparado en que la relevancia del último texto del EBEP, desde el 2007, consiste en diseñar un modelo de titularidad de los derechos colectivos fundamentado su atribución a cada empleado público, considerado individualmente, cuando históricamente el modelo legal ha potenciado al sindicato “como único agente de la acción sindical”⁵¹.

Quizás por lo anterior, el apdo. 5, art. 31 EBEP no se opone a la existencia de “otras formas de colaboración entre las Administraciones Públicas y sus empleados públicos o los representantes de éstos”, distintas de las contenidas en el propio EBEP. Pero en lo que se refiere a lo que nos interesa ahora, creemos poder defender que los órganos de representación de los funcionarios públicos, Juntas y Delegados de personal y, obviamente, de los trabajadores con contrato laboral, Comités de empresa y delegados de personal, podrán participar en la elaboración de aquellos criterios solicitados por el art. 87 LOPDGDD. El art. 40.1 b) EBEP faculta a las Juntas de personal a emitir informe, a solicitud de la Administración Pública correspondiente, sobre la implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo, precepto que posibilitaría la participación de estas instancias en este otro quehacer. Con todo, señalaremos de nuevo que habría sido conveniente una reforma de este apartado, ampliando ese campo a éste de la elaboración de criterios sobre la utilización de los dispositivos digitales.

- Hasta este momento hemos abordado el uso correcto y, en su caso, el control del dispositivo propiedad de la entidad pública con el que desempeña el empleado público su actividad. Un contenido novedoso y que no aparece ni en el art. 47 bis EBEP, ni en la LOPDGDD es el texto del apdo. 2 del art. 17 del RDL 28/2020, sobre el Trabajo a Distancia. Esta norma, ante la posibilidad de que el trabajador utilice dispositivos de su propiedad, disuade a la empresa de instalar programas o aplicaciones en esos dispositivos. ¿Puede entenderse que se le permite a la empresa lo contrario, es decir, instalar dichos programas en los dispositivos de su propiedad en los que el trabajador desarrollará su prestación? El citado precepto del RDL 28/2020 expone que la empresa tampoco podrá exigir “la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del teletrabajo”, dado que se reconoce a los trabajadores el derecho a la dotación suficiente de medios, equipos y herramientas (arts. 11.1 del RDL citado).

La duda que se genera respecto de los empleados públicos es si en la LOPDGDD se recoge algo similar que disuada a la empleadora pública de controlar la actividad

⁵¹ Véase Lahera Forteza, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000, p. 304. Más tarde, Mauri Majos, J., “La negociación colectiva”, en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. Del Rey Guanter, S., Madrid, 2008, p. 372; Fernández Domínguez, J. J./Agra Viforcós, B./Álvarez De La Cuesta, H., *Derechos colectivos de los funcionarios*, 2006.

laboral cuando el empleado utilice sus propios dispositivos. El art. 87 LOPDGGG, que desarrolla el derecho a la intimidad en el ámbito laboral, se orienta a preservar el derecho a la intimidad de los trabajadores y los empleados públicos en el uso de los dispositivos digitales *puestos a su disposición por su empleador*. Creemos que si la ley ha identificado este supuesto, y le ha dotado de garantías, determinando los motivos que permiten ese control, “a contrario” podría interpretarse que no se contempla por el legislador que la Administración realice un control sobre los dispositivos particulares de los empleados. Además, si el RDL 29/2020 llama a la Administración para que provea al empleado de los medios digitales (art. 47 bis 4, EBEP), no se entendería lo contrario. De todas formas, mantenemos que sería bueno que las normas que se dicten en desarrollo del parco art. 47 bis) EBEP recogieran por escrito estas precisiones. Como también sería procedente que esas normas acogieran en su texto lo dispuesto en el art. 89 LOPDGDD, relativo al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo; y que por su dilatada extensión no vamos a desarrollar en estos momentos⁵².

- En tercer lugar, el control de esta modalidad de prestación laboral, y ya se ha indicado, deberá ser idónea, necesaria y proporcional. Estos tres requisitos no aparecen de esta manera en el RDL 29/2020⁵³. De ahí que las normas de desarrollo del art. 47 bis EBEP deberían hacer referencia a ello, así como al derecho de información que les asiste a los tele-empleados por obra de lo dispuesto en el art. 87.3 “in fine” LOPDGDD⁵⁴. Dicha información deberá pronunciarse sobre el fin,

⁵² Terradillos Ormaechea, E. “Comentario a la Disposición final decimotercera LOPD. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. “Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.” Comentario la Disposición final decimocuarta LOPD. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público“. Derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, en Troncoso Reigada (coord.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, ISBN 978-84-9197-925-8, 2021.

⁵³ Sí aparecen en el art. 17.1 del RDL 28/2020 sobre el trabajo a distancia.

⁵⁴ “Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado”. Como es sabido, la LOPDGDD desarrolla el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, una de cuyas finalidades es recabar la tutela necesaria de los empleados y de su privacidad frente a conductas empleadoras de dominio, de “creación de perfiles incontrolables”, cfr. Rodríguez-Piñero, M./Valdés, F./Casas, M.E., “Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado”, *Derecho de las relaciones laborales*, Editorial, nº 9, 2020, p. 1012. El art. 4.4 de dicho Reglamento define la creación de perfiles como “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”.

el fundamento y el alcance de la monitorización⁵⁵, tal y como mandata el principio de proporcionalidad⁵⁶.

En esta línea, entendemos que la monitorización permanente del área de la vida más personal de los empleados no puede estar permitida⁵⁷. La instalación de cámaras de vídeo en el lugar de trabajo no puede hacerse bajo el propósito genérico de verificar el cumplimiento laboral del tele-empleado, sino que requiere efectuar un análisis objetivo de la concurrencia de un interés justificado en cada caso, ya que no puede utilizarse para el control directo e indiscriminado sobre los empleados⁵⁸. Aunque la Agencia Española de Protección de Datos no se haya pronunciado sobre casos relativos al teletrabajo en el sector público, un dictamen firmado por esta institución sobre grabación de voces y captación de imágenes podría servirnos. Tras un exhausto examen de los tres juicios que encierra el principio de proporcionalidad, la Agencia dictaminó que la grabación indiscriminada de las voces tanto de los empleados de un Ayuntamiento al entrar en el centro como del público en general que acude a los edificios del Ayuntamiento, en la medida que el sistema va a permitir captar comentarios privados, no superaría esos juicios⁵⁹; además de resaltar que cada una de esas acciones -la videovigilancia y la grabación- debería justificarse por separado.

- Por último, los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado (art. 17.3 “in fine” LOPDGDD). Este derecho a la información no se corresponde con los derechos colectivos habituales (art. 40.1 EBEP).

3.2. El derecho a la protección de datos personales

Como en el caso del derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos personales se enuncia en el art. 14 j) bis del EBEP. Por su parte, la LOPDGDD desarrolla el enunciado del EBEP, ley a la que se remite aquél. No obstante, como se expuso respecto del derecho a la intimidad, el nuevo art. 47 bis EBEP no

⁵⁵ Mella Méndez, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *RL*, núm. 1, 2003, p. 38.

⁵⁶ Terradillos Ormaetxea, E., *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2004.

⁵⁷ Véase la Recomendación CM/Rec (2015) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, CM REC 205/5, [en línea] [Consultado el 9 de octubre de 2020]. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a apdo. 15.2. Los principios de intervención mínima y proporcionalidad (art. 5 RGPD) vetarían, a nuestro entender, esa monitorización continua.

⁵⁸ Goñi Sein, J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 70-71.

⁵⁹ <https://www.aepd.es/es/documento/2017-0139.pdf> (último acceso: 9 de octubre 2020).

reserva ningún lugar a este derecho, ni siquiera lo menciona, como sí se hace en la Exposición de Motivos del RDL 29/2020 (apdo. III).

Recordaremos que partimos de la hipótesis de que el derecho a la protección de datos personales de los empleados que teletrabajan es más vulnerable que la del resto de personal. A más utilización de los dispositivos digitales, más probabilidad habrá de que el tele-empleado ceda datos de su ámbito personal. Ya se ha afirmado que la «identidad digital» de los empleados públicos es cada vez más precisa ya que habitualmente utilizan firma electrónica, se sirven del mail corporativo, manejan plataformas administrativas internas (intranet) o disponen de claves personales de acceso a los teléfonos u ordenadores. Todo ello conlleva que la actuación de los empleados deje una traza digital que puede ser perfectamente rastreable y concretable⁶⁰. En este sentido, la memorización y el registro de las operaciones informáticas como medio empresarial de control del trabajo afecta significativamente la dignidad del trabajador⁶¹. Por eso, una vez más urge dar pautas para el inexcusable desarrollo del contenido del art. 47 bis EBEP; a pesar de que sigue siendo de aplicación lo previsto en la LOPDGG.

En esa labor de desarrollo del art. 47 bis EBEP sería importante mirar a lo dispuesto en la Recomendación CM/Rec (2015)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁶². Esta norma extiende al ámbito público, los principios generales que contempla en el ámbito privado (art. 1). En la primera parte de la Recomendación (arts. 1-13) se establecen los principios generales en materia del derecho fundamental de protección de datos personales, principios a los que podría haber acudido el legislador español cuando elaboró la LOPDGGDD. La citada Recomendación distingue entre los principios generales de la protección de datos en el lugar de trabajo y los principios específicos (arts. 14-21). No se trata ahora de desarrollar todas esas recomendaciones aunque repararemos a continuación en algunas cuestiones.

Repetiremos que a la situación ordinaria diaria del empleado al uso, que ya vierte muchos datos personales en la red, se sumarían en el caso de los tele-empleados obligaciones “informáticas” añadidas, por cuenta de la administración empleadora⁶³. Nos estamos refiriendo a la necesidad de una adecuada y periódica

⁶⁰ Arroyo Yanes, L.M., “La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 15, 2018, p. 86-87.

⁶¹ Aparicio Tovar, J./Baylos Grau, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992, p. 31.

⁶² CM REC 205/5, [en línea] [Consultado el 16 de octubre de 2020]. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a, apdo. 15.1.

⁶³ El citado Acuerdo marco sobre el teletrabajo adoptado en el ámbito de la Unión Europea, que no es legislación de obligado cumplimiento en las empresas pero que podría guiar a éstas, llama

configuración de sus dispositivos, o la necesidad de que la empleadora monitorice el control remoto de los accesos del tele-empleado desde el exterior a la red corporativa. De ahí que sería conveniente que el responsable de los datos definiera una política de protección de la información de estos tele-empleados, que incluyese el nivel de acceso de los tele-empleados, su perfil de acceso y el control remoto; así como que informara a los empleados no presenciales de las principales amenazas por las que pueden verse afectados al trabajar desde fuera de las dependencias de la Administración, y las posibles consecuencias que pueden materializarse si se quebrantan dichas directrices, tanto para los sujetos de los datos como para la persona trabajadora⁶⁴.

Tampoco hay que olvidar que el registro diario se hará vía telemática. Como tampoco deben dejarse de indicar las obligaciones que debe asumir el empleado no presencial⁶⁵: respetar la política de protección de la información en situaciones de movilidad definida por el responsable; proteger el dispositivo utilizado en movilidad y el acceso al mismo; garantizar la protección de la información que se está manejando; guardar la información en los espacios de red habilitados; y si hay sospecha de que la información ha podido verse comprometida, comunicar con carácter inmediato la brecha de seguridad surgida.

Por ello, creemos que aparte de los aspectos “técnicos” enunciados, las normas de desarrollo deberían visibilizar los derechos recogidos en la LOPDGDD; sin perjuicio de extender su desarrollo conforme se recoge en la Recomendación citada. Alguna de las razones que sustentan esta opinión ya han sido expuestas, como que el tele-empleado público se encuentra en una situación más vulnerable; a la que se añade alguna más, como que esas normas de desarrollo constituirán, a la postre, el “manual de instrucciones” del responsable de los datos y del empleado. Así por ejemplo, esas normas de desarrollo deberían insistir en el derecho de información previa a la utilización de datos personales, que protege al empleado,

la atención sobre determinados derechos fundamentales como la protección de datos, de modo que “*Corresponde al empresario adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales*”, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131> (último acceso: 11 octubre 2020).

⁶⁴ Véanse las Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo de la Agencia Española de Protección de Datos, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-04/nota-tecnica-protger-datos-teletrabajo.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2020).

⁶⁵ De nuevo, cfr. las Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo de la Agencia Española de Protección de Datos, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-04/nota-tecnica-protger-datos-teletrabajo.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2020).

y que forma parte del contenido esencial del derecho de protección de datos⁶⁶. Y, por supuesto, sería bueno que esas normas se hicieran eco de los llamados derechos ARCO (acrónimo para Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) que también protegen la labor de los empleados. En este sentido, huelga apuntar que a los empleados públicos se les deberá librar la información respecto de los derechos que gozan por ser titulares del derecho a la protección de datos. Ese haz de derechos se encuentran recogidos entre los arts. 15 a 22 LOPDGDD. Nos referimos a los derechos de acceso a los datos personales, de rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad y oposición y también del nuevo -respecto de la Directiva 95/46/CE- derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control. Que estos empleados recibieran una formación adecuada sobre estos contenidos sería también una cláusula bienvenida porque, de hecho, el derecho a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, es uno de los derechos que les reconoce el EBEP (art. 14 g).

Aunque sea conocido, quizás deba recordarse que el responsable del tratamiento de los datos personales en el sector público y quien estará obligado a informar al empleado público sobre los medios que se encuentran a su disposición para ejercer los derechos que le corresponden (art. 12.2 LOPDGDD) es la Administración Pública.

3.3. El derecho a la desconexión digital

Tampoco el nuevo art. 47 bis EBEP destaca el derecho a la desconexión digital entre los derechos de los tele-empleados. El art. 14 EBEP enuncia este derecho y se remite a la LOPDGDD, cuyo art. 88 reconoce este derecho -aunque no se trate de un derecho fundamental⁶⁷-, pero su contenido fundamental se remite

⁶⁶ Con Goñi Sein, J.L. “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de protección de datos de 2016”, *Revista de Derecho Social*, n. 78, 2017, pp. 26 y 27, y 35. En esta línea también, Toscani Giménez, D., “La vulneración del derecho a la intimidad por delatores, detectives privados y medios tecnológicos”, *Revista de Derecho Social*, n. 71, 2015, p. 65. Que esa información sea clara, precisa y específica constituye el contenido esencial del derecho de protección de datos y presupuesto del ejercicio de los derechos ARCO lo suscribe también el Magistrado Preciado Domènech, C.H., “La video vigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista de Derecho Social* n. 77, 2017, p. 165. Últimamente, Terradillos Ormaetxea, E., “El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Social*, n. 80, 2017, pp.139 y ss, y en relación con la polémica sentencia López Ribalda II, Valdés Dal-Re, F., “La ineludible respuesta legislativa y judicial española a la contratación temporal en el sector público sanitario”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 5, 2020, p. 661.

⁶⁷ Disposición Final Primera de la LOPDGDD.

a la negociación colectiva. Por eso, creemos conveniente reparar en su contenido, por su relación obvia con la digitalización pero también por su mimetismo con el descanso. Mientras que el teletrabajo permite una mayor flexibilidad a la hora de organizar la vida laboral y personal, es bastante probable que la conexión constante con la oficina aumentará las preocupaciones sobre el trabajo fuera de las horas oficiales⁶⁸.

A lo largo de las últimas décadas muchos estudios han puesto de relieve los efectos de la prolongación desmesurada de la jornada laboral. Tanto estudios de principio del siglo pasado como actuales⁶⁹ demuestran que los accidentes de trabajo son más frecuentes y graves cuando las jornadas son alargadas porque la fatiga disminuye la atención y la rapidez de los movimientos, multiplicando las posibilidades de daño. Sin embargo, no sólo deben computarse esos efectos directos sobre la salud sino que a éstos terminarán por añadirse los efectos indirectos de las jornadas prolongadas, entre los cuales sobresalen la reducción de la calidad de vida, la adopción de comportamientos contraproducentes (consumo de café, alcohol, tabaco, falta de ejercicio⁷⁰ o la menor participación social⁷¹).

Todos estos riesgos se proyectarían también al teletrabajo aunque, evidentemente, algunos de los citados, como los accidentes de trabajo en el centro, responderían a patologías diferentes. La Unión Europea ha dado su opinión al respecto en varias ocasiones y ha pedido a los Estados miembros que investiguen el potencial de la tecnología y promuevan la práctica inteligente del teletrabajo o teletrabajo⁷². La Comisión Europea⁷³ también ha venido abogando por el pleno cumplimiento de los tiempos de descanso prescritos para los trabajadores, subrayando la necesidad de respetar los acuerdos de los horarios de trabajo, abogando

⁶⁸ OCDE, “Aprovechemos las oportunidades de la tecnología digital para mejorar el bienestar, pero, también, hagamos frente a los riesgos” <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/comovalavidaenlaeradigital.htm> (último acceso: 15 de octubre 2020).

⁶⁹ *Vid.*, Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organization*. Final report 21 December 2010, pp. 33 y ss.

⁷⁰ *Vid.*, Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *Study ...*, *op. cit.*, p. 36.

⁷¹ Véase UGT : <http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=855> (último acceso: 11 de octubre de 2020).

⁷² Parlamento Europeo, Resolución de 13 de septiembre del 2016 relativa a la creación de condiciones del mercado de trabajo que beneficien el equilibrio entre el trabajo y la vida privada (2016/2017(INI)), *Pb.C* 204/76 13 de junio del 2018 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0338_ES.html (último acceso: 11 de octubre de 2020).

⁷³ Comisión Europea, Gender Equality and empowering women in the digital age (Igualdad de género y empoderamiento de las mujeres en la era digital), 2016, *Pb. C* 66/44 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0048_ES.html (último acceso: 11 octubre 2020)

incluso por el derecho de los trabajadores a no estar disponibles electrónicamente fuera del horario acordado de trabajo. Todo ello se ha plasmado en el reciente Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del trabajo⁷⁴, acuerdo aplicable también al sector público y que podría servir de marco de desarrollo del art. 47 bis EBEP⁷⁵. Aunque todo lo que respecto al tiempo de trabajo se ha redactado en forma de recomendación e información de los empleadores y empleados, priorizándose “la pedagogía sobre la sanción”, de tales medidas nacen derechos como por ejemplo, que el trabajador pueda ser indemnizado por el exceso de tiempo de trabajo realizado⁷⁶.

Retomando la regulación de este derecho en el art. 88 LOPDGDD, hay que desatacar que su incompleto contenido se reproduce tal cual en el art. 18 del RDL 28/2020 (actual art. 13 ET), habiéndose dejado pasar otra oportunidad legal para concretarlo. El deber de la empleadora (así contrapuesto al derecho del trabajador en el RDL 28/2020 sobre el trabajo a distancia) de garantizar la desconexión del tele-trabajador conlleva una *limitación* del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones

⁷⁴ Puede consultarse en https://www.businessseurope.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/2020-06-22_agreement_on_digitalisation_-_with_signatures.pdf (último acceso: 13 de octubre 2020).

⁷⁵ Entre las medidas de seguridad y salud que se enuncian se encuentran, por ejemplo, las siguientes: Respeto de las normas sobre el tiempo de trabajo y las normas sobre el teletrabajo y el trabajo móvil; Medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento; Orientación e información para los empleadores y los trabajadores sobre la forma de respetar las normas laborales y las normas de teletrabajo y trabajo móvil, incluida la forma de utilizar las herramientas digitales (por ejemplo, los correos electrónicos, incluidos los riesgos, en particular para la salud y la seguridad, de estar excesivamente conectado); Ser claros en cuanto a las políticas y/o las normas acordadas sobre la utilización de las herramientas digitales con fines privados durante el tiempo de trabajo; Compromiso de la dirección de crear una cultura que evite el contacto fuera de las horas de trabajo; La organización del trabajo y la carga de trabajo, incluido el número de personal, aspectos clave que deben ser identificados y evaluados conjuntamente; El logro de los objetivos de la organización no debe requerir una conexión fuera de horas; El pleno respeto a la legislación sobre el tiempo de trabajo y a las disposiciones sobre el tiempo de trabajo de los convenios colectivos y los acuerdos contractuales; O que para cualquier contacto adicional fuera de horas de los trabajadores por parte de los empleadores, el trabajador no está obligado a estar localizable. Sobre este Acuerdo, cfr., Rojo Torrecilla, E., La importancia del diálogo social a escala europea. Notas a propósito del acuerdo marco sobre digitalización suscrito el 22 de junio de 2020, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/06/la-importancia-del-dialogo-social.html> (último acceso: 13 de octubre 2020).

⁷⁶ Lerouge, L. “El Acuerdo Marco Europeo sobre la digitalización del trabajo: una regulación para la protección de la salud laboral? Disponible en <https://www.transformaw.com/blog/el-acuerdo-marco-europeo-sobre-la-digitalizacion-del-trabajo-una-regulacion-para-la-proteccion-de-la-salud-laboral/> (último acceso: 13 de octubre 2020).

en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. La repetida invocación de los convenios o acuerdos colectivos de trabajo para que establezcan los medios y medidas adecuadas a fin de garantizar el ejercicio efectivo de este derecho insiste en postergar la acometida de este derecho, que vuelve a quedarse sin sanción ante su eventual incumplimiento. A pesar de ello, tampoco los convenios colectivos del sector privado se están aplicando demasiado en la concreción de este derecho, como lo demuestran los últimos textos publicados⁷⁷.

Vuelve a aparecer la labor que puede desempeñar la negociación colectiva respecto del desarrollo de estos derechos, por lo que merece la pena detenerse a continuación en este instrumento de creación de normas.

4. TELETRABAJO Y DESARROLLO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: POSIBILIDADES Y LÍMITES

Cuando el art. 47 bis, apdo. 5 EBEP se remite al presente Estatuto, y a las “normas de desarrollo” para la regulación del teletrabajo no distingue entre las mismas, ni identifica expresamente, a la negociación colectiva. Con todo, entre los derechos de los empleados públicos se encuentran tanto la negociación colectiva como la participación de los mismos en la determinación de las condiciones de trabajo (art. 15 b) EBEP). Como también invoca a la negociación colectiva el apdo. 2 del mismo art. 47 bis EBEP, apuntando que el desarrollo del teletrabajo, “Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio”. La temprana doctrina laboral había ya anticipado ese contenido entre los posibles de la negociación colectiva⁷⁸. Con la aprobación de la LOPDGDD la negociación colectiva suma enteros y se erige en fuente apropiada para el desarrollo del derecho a la protección de datos (art. 91), derecho fundamental, pero también del derecho a la desconexión digital (art. 88) derecho de carácter ordinario.

Con el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007⁷⁹, la autonomía colectiva, y con ella, la negociación colectiva, se vio catapultada como nueva fuente reguladora del Derecho del Empleo Público⁸⁰. Hoy, tras la legislación de urgencia promulgada con motivo de la crisis sanitaria, pero antes también con

⁷⁷ *Vid.*, Terradillos Ormaetxea, E., “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”, *Lan Harremanak, Revista de las Relaciones Laborales*, nº 42, 2019.

⁷⁸ Quintanilla Navarro, R.Y., *El teletrabajo, op. cit.*, p. 12.

⁷⁹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁸⁰ Molina Navarrete, C. “Aspectos laborales del estatuto básico del empleado público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos”, *RTYSS, CEF*, núms., 293-294, 2007, p. 119.

la crisis económico-financiera de 2008, puede indicarse que las cosas no han mejorado y la sensación final es que la negociación colectiva, que nunca tuvo un papel relevante en el ámbito de la función pública, está muy lejos de haber ganado lugar con el tiempo. Esta institución ha perdido gran parte de su esencia al haberse trasladado a las normas con rango de ley, cuestiones que ciertamente eran propias de la negociación⁸¹. Así, por ejemplo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado (2012) obligó al personal al servicio de todas las administraciones públicas del Estado a realizar una jornada de 37,5 horas/semana. Actualmente, el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y condiciones de trabajo 2018-2020 ha flexibilizado dicha jornada⁸².

En resumen, al hilo de la crisis económico-financiera se apreció un paladino repunte del alcance estatutario y de formalización unilateral de las condiciones de trabajo, con el resultado lógico de que la negociación colectiva se quedó con un menor espacio, ya de por sí de alcance distinto y más limitado⁸³ que la desarrollada en el ámbito de las relaciones laborales regidas por el Derecho del Trabajo⁸⁴. No obstante, debe recordarse que la ausencia del procedimiento de negociación colectiva en el ámbito del sector público, cuando se requiere por parte de la ley, sigue dando lugar a la nulidad del acto administrativo del que se trate por falta de requisito esencial⁸⁵.

Además, en general, la doctrina jurisprudencial⁸⁶ ha señalado que los derechos reconocidos por las leyes a los funcionarios públicos no tienen, a diferencia de lo que sucede con los de los trabajadores (art. 3 ET), el carácter de mínimo mejorables, sino el de condiciones legales o reglamentarias fijas, no alterables por medio de la negociación colectiva. De conformidad con el art. 33.1 EBEP, entre otros, la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos estará sujeta al principio de legalidad.

⁸¹ Palomar Olmeda, A., *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, 2016, p. 45.

⁸² Y así se prevé hasta el 5% de la jornada anual en concepto de horas de libre disposición recuperables. Asimismo, en materia de incapacidad temporal, se deja al criterio de cada Administración Pública, previa negociación colectiva, las retribuciones de su personal en situación de incapacidad temporal, mediante un complemento hasta alcanzar el 100% de sus retribuciones fijas, Wolters Kluwer, LA LEY 2443/2018.

⁸³ Crítico con ese alcance, Arroyo Yanes, L.M., *Los instrumentos de gestión del empleo público*, INAP, Madrid, 2016, p.122.

⁸⁴ La STSJ de Madrid (Sala contencioso-administrativa) de 4/07/2011 (JUR 2011\353152), recoge la doctrina general.

⁸⁵ Consúltese, por ejemplo, STS (Sala contencioso-administrativa) de 18/01/2010, FJ 4.

⁸⁶ De nuevo, STS (Sala contencioso-administrativa) 18/01/2010, RJ 2010\3048, FJ 2.

De hecho la generalidad de la doctrina que ha estudiado este tema responde negativamente a la posibilidad de entender incluidos a los funcionarios públicos en el ámbito de aplicación del artículo 37 de la Constitución⁸⁷; de ahí que los legitimados para negociar colectivamente sean las organizaciones sindicales (arts. 31 y ss EBEP).

Por otra parte, es determinante recordar que el artículo 103.3 de la Constitución establece que la ley debe regular «el Estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones». El Tribunal Constitucional en la STC 99/1987, de 11 de junio, precisó qué debe entenderse por el «Estatuto de los Funcionarios Públicos» al que hace referencia el citado artículo 103.3 de la Constitución. En tal sentido, el citado Tribunal indica: «... ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones en las que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de los cuerpos y escalas funcionariales, el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario con carácter general para los servidores públicos, habrá de ser también la Ley la que determine en qué caso y con qué condiciones pueden reconocerse otras vías para el acceso a la Función Pública».

Por otra parte, un límite prístino al que se enfrenta la negociación colectiva del sector público, puesto de relieve por Piñar Mañas⁸⁸, descansa en que la negociación colectiva no puede alcanzar a la reforma del Estatuto del empleado público. Por el contrario, debería ser la ley la que habilite «huecos» reales a la negociación colectiva, esto es, a aquélla que tiene efectos vinculantes, consiguiéndose solo con acuerdo entre las partes y/o mediación de terceros imparciales. En otras palabras, «El objeto de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública se refiere a la determinación de las condiciones de trabajo en los aspectos estructurales, básicos y generales, sin que ello se extienda a cuestiones de reestructuración y funcionamiento de unidades administrativas»⁸⁹.

⁸⁷ Vid. Sagardoy Bengoechea, J.A.: «Las relaciones laborales en la Constitución», en *Libre Empresa*, núm. 8, 978, p. 97; Alonso Olea, M.: *Comentario al artículo 37.1 de la Constitución Española de 1978*, tomo III, p. 607; Rodríguez-Sañudo, F.: «La negociación colectiva en la Constitución Española de 1978», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980, p. 353. Esta misma tesis se ha mantenido por el Tribunal Constitucional en la STC 57/1982, de 27 de julio.

⁸⁸ Piñar Mañas, J. L., *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Fundación Alternativas, 2009, p. 51.

⁸⁹ AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 13/02/2015 (JUR 2015\68130).

Se insistirá por tanto en que lo determinante para considerar preceptiva la negociación colectiva previa es que la concreta actuación de la Administración afecte o tenga repercusión en las condiciones de trabajo de los empleados públicos; esto es, que tenga un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo⁹⁰.

En primer lugar, entendemos que el límite impuesto a la negociación colectiva en relación con la prohibición de la reforma del Estatuto del empleado público no se materializaría en este momento por cuanto que esta negociación abordaría un mero desarrollo de aquél. Con todo, la propia Exposición de Motivos del RDL 29/2020 (apdo. IV) recuerda que el marco contenido en el RDL es un “marco normativo mínimo”, “suficiente para que todas las Administraciones Públicas puedan desarrollar sus instrumentos normativos reguladores del teletrabajo, en uso de sus potestades de *autoorganización*”⁹¹. Podría dar la impresión, por tanto, de que hay aspectos relativos al teletrabajo que entran dentro del ámbito unilateral de decisión de la Administración Pública.

Efectivamente, para la puesta en marcha de esta nueva forma de organización del trabajo “será necesaria la concreción de una Relación de Puestos de Trabajo que integre de forma orgánica al teletrabajo”⁹². Entendemos que el acuerdo colectivo que se negocie intentará elaborar los criterios objetivos que permitan acceder al teletrabajo, aunque se duda respecto de la decisión relativa a la identificación de los puestos de trabajo que por su nula o escasa relación con la atención al público, por ejemplo, sean susceptibles de mudar al teletrabajo. Esta inseguridad descansa en que el EBEP excluye de la *obligatoriedad* de la negociación colectiva, al apartado a) del art. 37.2 EBEP, relativo a las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. Sin embargo, el propio apartado citado añade que procederá la negociación respecto de las consecuencias de esas decisiones de las Administraciones Públicas cuando tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, por lo que la capacidad de negociar volverá a hacerse presente en relación con este aspecto. Y por añadidura, la jurisprudencia se ha manifestado claramente a favor respecto de la necesaria negociación colectiva de la Relación de Puestos de Trabajo⁹³.

⁹⁰ TSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo 28/02/2014 (RJCA 2014\391); TSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo 12/03/2014 (JUR 2014\93013); TSJ C. Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7/02/2014 (JUR 2014\122604); TSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo 20/11/2013 (JUR 2014\28358); TSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo 11/10/2013 (JUR 2014\144373).

⁹¹ La cursiva es nuestra.

⁹² Trillo, F., “Teletrabajo y teletrabajo en las Administraciones Públicas: el RDL 29/2020”, en <https://baylos.blogspot.com/2020/09/trabajo-distancia-y-teletrabajo-en-las.html> (último acceso: 13 octubre 2020).

⁹³ TSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5/06/2014 (JUR 2014\215128); TSJ C. Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 16 /05/2014mayo (JUR 2014\188485).

Por su parte, en el caso de que el teletrabajo supusiera la amortización de algún puesto de trabajo, esa decisión sería también objeto de negociación⁹⁴.

Por otro lado, aunque el RDL 29/2020 no lo exprese explícitamente, al declarar que “El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial”, el desarrollo del teletrabajo debería regular los períodos de descanso. El propio art. 37.1 EBEP cuando obliga a negociar, lo hace desde diversas intensidades: algunas veces sólo prevé la necesidad de la negociación para determinar los criterios generales de una materia, otras veces las propuestas y otras la materia “en bloque”. Téngase en cuenta que en materia de “horarios”, la letra m, del citado art. 37.1 la remite en su totalidad a la negociación colectiva por lo que, junto a la doctrina jurisprudencial, puede asegurarse que la regulación de los períodos de descanso, siquiera se norme fragmentariamente, afecta directamente a las condiciones de trabajo⁹⁵, y por tanto entraría en el ámbito de la negociación colectiva.

Otra materia estrechamente ligada al teletrabajo es la jornada de trabajo, por cuanto que seguramente los tele-empleados dispongan de más flexibilidad en comparación con los empleados presenciales. También podría ocurrir lo contrario, que en el desarrollo del teletrabajo no se articulen diferencias entre ambos, aunque opinamos que esta herramienta podría permitir la autoorganización del empleado, y a la postre, podría repercutir en una mayor productividad de éstos, en cuanto que se podrían perder menos horas en concepto, por ejemplo, de licencias. Aunque del art. 47 EBEP pudiera parecer que la Administración Pública goza de total libertad para determinar la jornada de trabajo, debe tenerse presente que esta condición de trabajo está comprendida entre las materias sujetas a negociación previa con los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en el artículo 37.1.m) del EBEP; materia que tendrá “el margen que abren las leyes aplicables, entre ellas, los artículos 47 a 50 EBEP, en la medida en que las normas legales aplicables establezcan derechos con carácter de mínimos, lo que no siempre ocurre”⁹⁶. Para cierta doctrina científica⁹⁷, las Administraciones Públicas deberían afrontar la negociación de estas materias, teniendo en cuenta las exigencias de la productividad y la calidad de los servicios.

También sobre la negociación de la RPT: TSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11/12/2013. RJCA 2014\277 y TSJ Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28/02/2014 (RJCA 2014\391).

⁹⁴ TSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11/10/2014 (JUR 2014\144373).

⁹⁵ STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12/09/2014 (JUR 2011, 352400).

⁹⁶ Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 2013, Séptima Edición, p. 279-280.

⁹⁷ De nuevo, Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función Pública...*, *op. cit.*, p. 280.

Para finalizar, no podemos dejar de volver a citar el art. 91 LODGDD, donde se recoge 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”. Es evidente, y se ha comentado “supra” que en el teletrabajo hay derechos fundamentales del empleado especialmente implicados, como la intimidad y la protección de datos⁹⁸. En efecto, que la LOPDGDD emplace a los “convenios colectivos” en ese precepto a añadir 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 y que, por tanto, especifique una de entre las fuentes de la negociación colectiva, conduce a inferir, a contrario, que los acuerdos y pactos de la función pública no están llamados a ampliar dichas garantías. Otra evidencia de esta tesis descansa en que el art. 91 de la Ley Orgánica sólo se refiere a los “trabajadores” cuando en los preceptos precedentes la LOPDGDD ha utilizado, aunque no regularmente, el binomio trabajadores-empleados públicos. La propia materia a acordar en esa hipotética negociación, esto es, la implementación de las garantías de ciertos derechos fundamentales (derecho a la protección de datos incluido), es otro argumento que invita a expresar las serias dudas existentes acerca de la viabilidad de los pactos y acuerdos como instrumentos que insuflen más garantías a los derechos fundamentales. Y así, la lista del art. 37 del EBEP contiene una serie de materias entre las cuales no es fácil derivar la ampliación de garantías de los derechos y libertades relacionados con la protección de datos de los trabajadores⁹⁹. Ni tampoco negociar sobre el contenido de los derechos fundamentales es una de las materias tradicionalmente tratadas por la negociación colectiva que se desenvuelve en el sector público.

Se concluye, así, que la línea entre la obligación de negociar y la ausencia de este requisito en algunas ocasiones es muy difusa; aunque, en otras, está muy claro que la Administración debe negociar con las organizaciones sindicales aspectos relativos al desarrollo del teletrabajo.

⁹⁸ Para más profundidad, Terradillos Ormaetxea, E., “El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *RGDTSS*, 2019.

⁹⁹ El Anteproyecto de Ley de Empleo Público Vasco se refiere al derecho de protección de datos en sede de la negociación colectiva dentro del contenido del “Principio de la buena fe negocial” (art. 192. 1 d). En base a éste, “Ambas partes negociarán bajo el principio de buena fe y se proporcionarán mutuamente toda la información que precisen relativa a la negociación, con respeto del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y de la normativa que lo ampara”.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas precedentes, se ha demostrado que la vocación de servicio público de la parte empleadora de en el ámbito del sector público la prestación a través del teletrabajo. Garantizar la atención directa y la calidad del servicio, por ejemplo, conlleva que haya profesiones en las que el teletrabajo sea imposible como que, en otras, de acordarse el teletrabajo entre las partes, por su carácter voluntario para el empleado, lo sea a través de la fórmula de la autorización.

Con los condicionantes que el teletrabajo plantea en el ámbito público, lo cierto es que esta modalidad puede favorecer la mejor organización del trabajo. Queda todavía mucho por regular y desarrollar, pero se pueden traer a colación las experiencias vividas por las distintas administraciones públicas que desarrollaron el teletrabajo¹⁰⁰, como la regulación del Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo el más reciente Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del trabajo. Hasta cierto punto, la más extensa regulación del teletrabajo (trabajo a distancia) en el empleo privado podría también ser válida. Por último, y sin duda alguna, la experiencia vivida durante el estado de alarma de 2020 será una referencia simpar. En esta línea de mejorar la organización del trabajo, creemos que el seguimiento del trabajo prestado a través del teletrabajo, su evaluación, se presta mejor a su valoración por objetivos, más objetiva que la medida a través de las horas de trabajo, y más acorde con el art. 20 EBEP.

Sin embargo, el nuevo art. 47 bis EBEP sigue recelando del trabajo no presencial en tanto que el teletrabajo se califica como modalidad no ordinaria y deba ser siempre compatible con la presencial, no permitiéndose teletrabajar a jornada completa. Aunque pensemos que es conveniente el contacto físico “con la oficina”, creemos que hay profesiones que podrían prescindir librarse de esa obligada compatibilidad. Por eso, estimamos que el RDL 29/2020 podría haber dejado abierta esa posibilidad que, en cualquier caso, estaría sometida a la autorización expresa por parte de la administración empleadora; y podría ser reversible.

En las páginas anteriores se ha indicado también que la nueva regulación del art. 47 bis EBEP es bienvenida pero que queda bastante por hacer. Se han ofrecido pautas y contenidos para su desarrollo normativo, principalmente desde la oportunidad de hacerlo en la mesa de la negociación colectiva. Con pareceres adecuada la fórmula legal, por su vocación de norma general, entendemos que la negociación colectiva podría introducir criterios que ordenaran esta transición de la presencialidad total al teletrabajo, velando por los intereses de unos y otros. Aunque se ha comprobado que el grado de digitalización de las AAPP es muy alto o, por lo menos, superior al que hubiéramos imaginado, y que la forzada

¹⁰⁰ Villalba Sánchez, A., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *op. cit.* pp. 223 y ss.

adaptación al teletrabajo durante el estado de alarma se ha producido con más éxito que fracaso, es obvio que la realidad de cada Administración obliga a llamar a los negociadores colectivos de ese ámbito, por ser los más cercanos.

Las ventajas que comporta el teletrabajo las hemos comprobado de manera colectiva, obligatoria, repentina, incluso con nuestros propios ordenadores en la situación del estado de alarma en España, factores importantes a tener en cuenta, y que, leídos “a contrario”, suman enteros a favor de la posibilidad de que aquél se consolide más allá del COVID-19 cuando la situación se relaje. Si el teletrabajo ha funcionado con estos mimbres, a más relajación de la situación más posibilidades de que los empleadores y empleados aprecien sus excelencias. Parafraseando a la administración tributaria finlandesa “Creemos que la visibilidad como tal no garantiza la eficiencia o los resultados”¹⁰¹. El teletrabajo puede convertirse en una “herramienta imprescindible de modernización de la sociedad, y en concreto de modernización del trabajo considerado como actividad, si, claro es, no se limita a convertirse en una fórmula de enviar a los trabajadores con su ordenador a sus domicilios convertidos en lugares de trabajo”¹⁰². La nueva regulación contemplada en el art. 47 bis EBEP que trae su causa del RDL 29/2020 no está vinculada a otros objetivos ajenos al trabajo como la conciliación de la vida familiar, personal y laboral: en esta ocasión se vincula a la mejora de la organización del servicio público. Y éste es un cambio fundamental y significativo.

¹⁰¹ <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/commissioner-conversations/fta-conversaciones-entre-comisarios-consideraciones-para-un-teletrabajo-fructifero.pdf> (último acceso: 13 octubre 2020).

¹⁰² Casas Baamonde, “El carácter preferente...” *op. cit.* p. 926.

EL REAL DECRETO-LEY 28/2020 SOBRE EL TRABAJO A DISTANCIA: ¿UN MARCO NORMATIVO QUE SATISFACE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA?*

FERNANDO FITA ORTEGA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

EXTRACTO

Palabras clave: Trabajo a distancia, representación de los trabajadores, pandemia, derechos colectivos.

Es un hecho reiteradamente denunciado que la normativa laboral necesita de una revisión que la contextualice al actual entorno productivo. Revisión que resulta más necesaria, si cabe, por lo que se refiere a la regulación de las estructuras de representación de los trabajadores en la empresa. La normativa surgida a raíz de la situación de pandemia provocada por la Covid-19 ha significado un avance en esta labor de actualización, tal y como ha sucedido con la nueva regulación del trabajo a distancia con el Real Decreto-ley 28/2020. Sin embargo, es difícilmente compartible la afirmación de que esta norma constituya un marco normativo que satisfaga el ejercicio de los derechos de representación de los trabajadores a distancia, aspecto sobre el que muy poco se ha avanzado respecto a los criterios que, fundamentalmente la doctrina judicial, venía sosteniendo. El presente texto se centra en analizar esos cambios y detectar sus carencias.

ABSTRACT

Keywords: Telework, workers' representatives, pandemic, collective rights.

Different authors have insisted on the necessity of updating the rules applicable to the employment relationships and contextualizing it to the current productive environment. This commitment is even more relevant in the case of the legislation on workers' representatives. The rules appeared in the emergency context of the pandemic Covid-19 have made progress in this field, and the Royal Decree-law 28/2020 about telework is an example of that. However, it is difficult to consider this new legislation as the legal framework that fulfils the requirements of teleworkers about their representation needs. In this field, no much progress can be observed in relation to the criteria settled by Labour Courts. This paper focuses on analyzing these changes and identifying their shortcomings.

* Este trabajo fue presentado como comunicación en el marco del Congreso Internacional on-line “*Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización*” celebrado en formato cíclico durante los meses de octubre y noviembre de 2020 y organizado por el Sub-Proyecto de Investigación “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER, así como, en lo relativo al Congreso, por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana. Asimismo, el trabajo se inscribe en las actividades y resultados del Sub-Proyecto DER2017-83488-C4-3-R “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES INICIALES: EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA
2. OBSOLESCENCIA DE LA NORMATIVA SOBRE REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO A DISTANCIA Y LA OPORTUNIDAD DERIVADA DE LA NORMATIVA DE EMERGENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19
3. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LA REGULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA EN LA EMPRESA
 - 3.1. La representación de los trabajadores a distancia en la empresa antes de la COVID-19
 - 3.2. La representación de los trabajadores a distancia en la empresa tras la COVID-19
4. CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES INICIALES: EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

La participación de los trabajadores en la toma de decisiones adoptadas por terceros es un mecanismo de democracia industrial cuyo objetivo no es otro que el de favorecer la legitimación de las decisiones o reglas que van a regir las relaciones dirigidas a solventar los conflictos de intereses entre capital y trabajo, fomentando de este modo la paz social. Así sucede, en el ámbito de la elaboración normativa, con los procesos de concertación social, a través de los cuales se busca la implicación de los interlocutores sociales en la creación normativa y en la aceptación de las reglas adoptadas, para lo cual resulta imprescindible el establecimiento de procedimientos de información y consulta mediante los que llevar a cabo dicha participación¹.

En el ámbito de las relaciones en el ámbito de las empresas, la pacificación de los conflictos de intereses surgidos entre empresario y trabajadores, así como la consecuente legitimación de las decisiones adoptadas, se alcanza tanto por vía de la negociación colectiva, como mediante el recurso a otras fórmulas de participación de los trabajadores en la adopción de decisiones empresariales². En ambos casos (concertación social y participación en la empresa) nos encontramos

¹ En este sentido, el art. 154 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla, como uno de los cometidos de la Comisión, el de fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado. Para ello, este mismo precepto dispone, en su apartado segundo, que, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción de la Unión.

² Modelo de poder empresarial delegable y participado que nos aproxima a las ideas de democracia industrial y ciudadanía en la empresa (Palomeque López, M.C., “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)”, en AA.VV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas forma institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Salamanca. 2006, pp. 26 y 27

ante instrumentos de reparto del poder entre los sujetos involucrados, un reparto que se canaliza a través de fórmulas de participación representativa y no directa.

La eficacia de este mecanismo de gestión del conflicto de intereses depende, por tanto, de la existencia de unas estructuras de representación consolidadas y fortalecidas por medio de las cuales desplegar el derecho a la participación. Robustecer las estructuras de representación será resultado de las garantías normativas que se establezcan para su consecución, las cuales obedecen a las lógicas de ideología política imperantes en cada momento y que inciden en tales garantías tanto por acción³, como por omisión, como consecuencia de la falta de respuesta del legislador al cambiante contexto en el que la norma debe ser aplicada.

La apuesta por favorecer la participación de los trabajadores en la adopción de decisiones en el ámbito de la empresa constituyó una constante preocupación por el legislador comunitario desde la adopción del primer Programa de Acción Social en 1974, recogiénose en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, como derecho fundamental de los trabajadores, la información, la consulta y la participación de los trabajadores. En todo caso, no se consiguió avanzar en esta dirección hasta que el Tratado de Ámsterdam no integró el Acuerdo sobre la política social en 1997, proporcionando una base jurídica apropiada para la llevar a cabo iniciativas legislativas⁴. Normativa que, por otra parte, sirvió de base para condenar al Reino Unido por no observar las obligaciones de consulta en casos de transmisión de empresa (STJ de 8 de junio de 1994, asunto C-382/92) o despido colectivo (STJ de 8 de junio de 1994, asunto C-383/92) al, entre otros motivos, no prever la designación de representantes

³ De este modo, desde perspectivas neoliberales que reconocen en la libertad de empresa un “suprafundamental” (Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites*. Bomarzo, 2015, p. 97), con un poder limitador de los derechos fundamentales muy superior hasta el no hace mucho reconocido, se puede constatar un ataque a la organización colectiva de los trabajadores, minando su poder representativo -mediante la creación de figuras alternativas a las existentes- así como sus instrumentos de acción -negociación y conflicto-.

⁴ Entre las que puede destacarse: Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea; Directiva 94/45/CE (modificada por la Directiva 2009/38/CE) sobre la constitución de comités de empresa europeos; Directivas relativas a los derechos de información y/o consulta en la adopción de determinadas decisiones, tales como despidos colectivos (Directiva 75/129/CEE relativa a los despidos colectivos, modificada por las Directivas 92/56/CEE y 98/59/CE), derechos de los trabajadores en casos de transmisión de empresas (Directiva 2001/23/CE (consolidación de las Directivas 77/187/CEE y 98/50/CE del Consejo), Directiva 2001/86/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; Directiva 2003/72/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; Directiva 2004/25/CE relativa a las ofertas públicas de adquisición; Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

cuando el empresario se negase a reconocer voluntariamente a la representación de los trabajadores⁵.

En el caso español, la referencia que el artículo 129 de la Constitución efectúa respecto de los derechos de participación de los trabajadores⁶ se traduce en una configuración legal de los derechos de participación de los trabajadores que se contiene, con carácter general, en los artículos 4 y 61 del Estatuto de los Trabajadores, reconociéndose en el primero de ellos el derecho básico de los trabajadores a la información, consulta y participación en la empresa, y, en el segundo, al derecho de los trabajadores a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en el propio Estatuto, sin perjuicio de otras formas de participación.

La presencia de estructuras de representación de los trabajadores en la empresa se erige, pues, como elemento indispensable para que éstos den efectividad a su derecho a la participación en la empresa, teniendo en cuenta que son las representaciones de los trabajadores de base electiva las que, con independencia de la extensión de estos derechos a la representación sindical, vertebran semejante derecho.

⁵ Tradicionalmente, en el Reino Unido ha habido una escasa participación del Estado en la regulación de las funciones atribuidas a la representación de los trabajadores en las empresas, siendo que el sistema se ha caracterizado por su carácter voluntario. De este modo, el modelo de representación de los intereses de los trabajadores en las empresas se desarrollaba en torno a dos ejes: la ausencia de una disposición legal que regulase la representación de los trabajadores en las empresas, la cual se venía configurando como una práctica social, y la monopolización de la representación de los trabajadores por parte del sindicato reconocido. Como consecuencia, si el empresario no reconocía voluntariamente a su interlocutor social, los trabajadores se quedaban sin representantes. Sobre el particular, véase Fita Ortega, F., “Reino Unido”, en AA.VV. (dir. Sala Franco y Goerlich Peset) *Negociación y conflicto en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 813 y ss., y Kilpatrick, C., “La representación de los trabajadores en la empresa en la legislación del Reino Unido a la luz de sus diversas funciones” en AA.VV. *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria*. Tirant Lo Blanch. 2008, pp. 451 y ss.

⁶ El apartado segundo de este artículo dispone: *Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.*

2. OBSOLESCENCIA DE LA NORMATIVA SOBRE REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO A DISTANCIA Y LA OPORTUNIDAD DERIVADA DE LA NORMATIVA DE EMERGENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

La normativa laboral, surgida de la contestación social a la situación de explotación laboral en la industria a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, sigue manteniendo, en buena medida, una visión de las relaciones laborales anclada en aquella realidad. Este es un escenario constatable a pesar de las innumerables reformas que han sufrido los textos normativos laborales con objeto de aproximar la ley al mutable contexto político, social y económico en el que ha tenido que aplicarse. Así, si bien es cierto que la norma laboral española se ha amoldado con relativa rapidez a los variables contextos políticos (incorporando, por ejemplo, las reformas necesarias para adaptar, con mejor o peor fortuna, el texto del Estatuto de los Trabajadores a las exigencias normativas de la Unión Europea) y económicos (dotando de adaptabilidad a la norma laboral en nombre de la flexibilidad primero, y de la llamada “flexiguridad” después, con objeto, según se nos dice, de proteger la eficiencia productiva de las empresas en un contexto de mundialización económica), no ha sucedido lo mismo con los cambios productivos que han incidido en la realidad sobre la que descansan los intereses a regular en el seno de las relaciones de trabajo.

De este modo, la normativa laboral se sigue construyendo en torno a una imagen de relaciones bilaterales, que contrapone intereses de trabajadores frente a los de empresarios, en un modelo productivo que continúa girando en torno a la empresa (ampliación de aquella fábrica que dio origen a la cuestión social, génesis de derecho del trabajo, pero compartiendo la idea de coexistencia de los trabajadores en un mismo espacio geográfico y temporal), y en una dimensión estrictamente nacional, cuando la realidad productiva ha hecho saltar por los aires ese corsé bilateral, fabril, y nacional, al incluir, con la descentralización productiva, a terceros sujetos hasta no hace tanto inexistentes; al ubicar a los trabajadores fuera del espacio geográfico de la empresa; y, por último, al superar las fronteras nacionales como consecuencia de las deslocalizaciones, de la competencia internacional, así como del desplazamiento internacional de trabajadores.

Dejando de lado, en este análisis, la dimensión supranacional de las relaciones de trabajo -intensificada como consecuencia de los anteriores factores-, interesa aquí destacar la falta de adaptación de la norma laboral al nuevo contexto productivo, y, en particular, insistir en el hecho de cómo la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo no ha evolucionado en función del cambio experimentado en el modo de producir. Y ello a pesar de la oportunidad que ha brindado la nueva normativa de emergencia aparecida a raíz de la COVID-19.

La anterior afirmación no queda en entredicho por las limitadas incorporaciones a la norma laboral de ciertos aspectos típicos de los nuevos procesos productivos, al tomar en consideración fenómenos como la descentralización productiva a través de la regulación de determinados aspectos de las contrataciones o de las empresas de trabajo temporal, del trabajo a distancia o del derecho a la desconexión. En efecto, la incorporación de referencias normativas al fenómeno de la descentralización, a la par que muy posteriores al verdadero funcionamiento descentralizado de las relaciones de trabajo, se vinieron limitando, básicamente, a extender tutelas económicas de los trabajadores involucrados en esos procesos descentralizadores, sin que se replantease la superación de un modelo binario de relaciones de trabajo. De este modo, cabe referirse, como ejemplo, al reforzamiento de la garantía de cobro del salario en casos de falta de abono del mismo por parte del empleador, haciendo igualmente responsable del mismo a la empresa principal, beneficiaria en último término de los servicios de los trabajadores⁷.

Asimismo, cabe referirse a la tardía respuesta legislativa, en comparación con la realidad productiva, al fenómeno de las empresas de trabajo temporal en España que, si bien venían funcionando con anterioridad a su reconocimiento legal, solamente fueron reguladas cuando ya eran una realidad consolidada. Cabe señalar, en todo caso, que la normativa sobre empresas de trabajo temporal recoge, por vez primera, una realidad que supera la visión bilateral de las relaciones laborales, haciendo alusión a una relación triangular en la que se disciplinan, de forma diferenciada, las relaciones entre trabajador y empleador (ETT), las que se producen entre el trabajador y empresa cliente, y las relaciones que surgen del vínculo jurídico contraído entre ETT y empresa cliente (contrato de puesta a disposición)⁸. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que esta superación de la visión

⁷ Así se ha venido poniendo de manifiesto por parte del Tribunal Constitucional en diversas sentencias (entre otras, SSTC 75/2010 y 76/2010) reconociendo la laguna que tiene la legislación laboral en materia de subcontratas respecto de los derechos colectivos, señalando que *“las garantías establecidas en la legislación laboral, en función de lo que ha sido el propio desarrollo y evolución histórica de la figura de la subcontratación, se dirigen más bien a garantizar los derechos de los trabajadores frente a la empresa contratista, a cuyo efecto se establece en determinados supuestos la responsabilidad de la empresa principal -a la que se presume normalmente más estable y solvente- en relación con el incumplimiento por la contratista de algunas de sus obligaciones legales (por ejemplo, en materia de salarios o de Seguridad Social), así como a reforzar los instrumentos de protección en materia de salud y seguridad. Pero no existe en el art. 42 del Estatuto de los trabajadores una correlativa corresponsabilidad de la empresa contratista respecto de eventuales vulneraciones cometidas por la empresa principal, ni se reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra ésta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno”*.

⁸ El artículo 17.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal atribuye a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier

de las relaciones laborales como una realidad meramente bilateral también se ha ido introduciendo, de forma que cabría calificar de tímida, en el régimen jurídico de otras instituciones laborales, alcanzando, incluso, a los derechos colectivos, tomando en consideración la importancia alcanzada por la descentralización en el modo de producción⁹.

Otro ejemplo más de la demora en la respuesta jurídica a la realidad que pretende regular la podemos encontrar en la disciplina del trabajo a distancia, que escasa preocupación suscitó en el legislador a lo largo de su vigencia¹⁰, hasta la convulsión que en las relaciones laborales ha supuesto la pandemia COVID-19, sucediendo algo parecido con la afectación de las nuevas tecnologías al mundo del trabajo dependiente y por cuenta ajena¹¹ o con el derecho a la desconexión,

reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que se refiera a la prestación de sus servicios en aquéllas.

⁹ En este sentido, cabe referirse a la previsión introducida en el régimen jurídico de las contratistas (art. 42 ET), por parte del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, estableciendo que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación, sin que tal vía pueda servir para tramitar las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa que lo contrató. Igualmente es destacable la modificación de las reglas de legitimación de los convenios colectivos negociados conforme a las reglas del Estatuto de los Trabajadores (art. 87 ET), cuya finalidad no fue otra que la de dar respuesta a la aparición de nuevas realidades empresariales, a las diferentes formas de organización así como a los fenómenos de reestructuración de las empresas o de descentralización productiva, adaptando las reglas de legitimación a esa nueva realidad (exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio).

¹⁰ El artículo 13 del Estatuto de los trabajadores de 1980, inicialmente intitulado “contrato de trabajo a domicilio” solamente fue afectado, hasta la aparición del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, por una modificación legal en el año 2012 (Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, posteriormente convertido en la Ley 3/2012, de 6 de julio, que efectúa una mínima modificación en el texto del artículo al hablar de formación profesional para el empleo en lugar de formación profesional continua), por la que, además de modificarse el título del precepto por el de “trabajo a distancia” se reforzaron los derechos de estos trabajadores en aspectos tales como protección de la seguridad e higiene, aspectos formativos, movilidad a un trabajo presencial a efectos de facilitar su promoción o equiparación de derechos a los trabajadores presenciales, más allá de las condiciones meramente retributivas. Sin embargo, se perdió una primera oportunidad para incidir en los derechos de representación de los trabajadores (Nieto Rojas, P., *La representación de los trabajadores en la empresa. Estructura, ámbito y función*, 2015. p., 325) Tesis doctoral. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21492/patricia_nieto_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso, 25 noviembre 2020).

¹¹ Hasta la aparición del Real Decreto-ley 28/2020, la repercusión de la introducción de nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones de trabajo se hizo descansar en la previsión como causa extintiva del contrato de la falta de adaptación a las innovaciones tecnológicas operadas

que, si bien se recogió en la normativa española poco tiempo antes de la pandemia COVID-19, ha sido a partir de este momento cuando se ha desarrollado una mayor conciencia sobre este derecho. En todo caso, la crítica que cabe realizar no alcanza solamente al retraso temporal, si no a lo limitado de la intervención normativa, en, cuando menos, el ámbito del derecho a la representación de los trabajadores en la empresa.

3. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LA REGULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA EN LA EMPRESA

La incorporación de nuevas regulaciones dirigidas, bien a superar la situación de emergencia provocada por la COVID-19 en el ámbito de las relaciones de trabajo, bien a dar respuesta a las lagunas normativas de algunas instituciones jurídicas que se han revelado insuficientes, ha afectado, aunque de forma más tímida de lo deseable, al rediseño de algunas instituciones del derecho laboral español. De este modo, y por lo que se refiere a las actuaciones normativas del legislador español, cabe referirse al Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, por el que se ha efectuado una regulación más cercana a la realidad del trabajo a distancia.

Las reacciones de los legisladores en la situación de emergencia provocada por la pandemia ha sido muy similar en muchos países de Europa y América, consistiendo una de las primeras medidas adoptadas en fomentar el teletrabajo como vía más eficiente de combinar la restricción de la movilidad, el aislamiento social (ambas indispensables para intentar controlar el avance de la pandemia) y la continuación de la actividad productiva, tan necesaria para no hacer colapsar el sistema económico y productivo. De este modo, en el caso español, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, fue la primera de esta normativa de la emergencia en reconocer la trascendencia del trabajo no presencial *“para poder conjugar las necesarias medidas de aislamiento y contención en la propagación del virus y, al mismo tiempo, garantizar la continuidad en el ejercicio de numerosas actividades empresariales, económicas y sociales”*, fijando el carácter preferente del trabajo a distancia (art. 5).

En ese momento, la normativa laboral española contenía una regulación del trabajo a distancia que no diferenciaba entre el mismo y el teletrabajo, no definía qué debía entenderse por actividad prestada en régimen de teletrabajo, no contemplaba las limitaciones del empresario, ni de los trabajadores, a la hora de optar por el teletrabajo, ni regulaba, entre otros aspectos, la distribución de costes del teletrabajo entre empresarios y trabajadores. Esa misma normativa, y por lo que

en el puesto de trabajo, así como en la recepción de las disposiciones comunitarias acerca de la protección de datos de los trabajadores.

se refiere a los derechos colectivos, únicamente efectuaba una referencia al derecho a la representación colectiva, remitiendo a la normativa general en materia de representación, con la única referencia específica consistente en fijar la obligación de adscribir a estos trabajadores a un centro de trabajo concreto, como consecuencia de ser éste la circunscripción electoral en torno a la cual gira la institución de la llamada representación unitaria, de base electiva, de los trabajadores en la empresa.

3.1. La representación de los trabajadores a distancia en la empresa antes de la COVID-19

Como se ha señalado, la normativa previa a la última reforma legislativa sobre el trabajo a distancia llevada a cabo por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, se limitaba a declarar aplicable, a quienes trabajasen siguiendo este modelo productivo, las disposiciones generales en materia de representación, sin cuestionarse las dificultades que esta forma de trabajo pudiera conllevar para la efectiva participación de dichos trabajadores al proceso electoral. Partiendo de las diferencias entre censo laboral y censo electoral que se puede encontrar en la normativa electoral laboral española, pudiera concluirse que el legislador se interesó porque estos trabajadores no quedaran fuera del primero (censo laboral) por el que se determina si una empresa debe contar con órganos de representación unitaria, en su caso, qué tipo (si delegados de personal o comités de empresa) y, por último, el número de representantes a elegir, cuestiones todas ellas de indudable interés para los sindicatos, toda vez que su representatividad se mide en función del criterio de la audiencia electoral obtenida en estos procesos electorales, y puesto que contar con un mayor número de representantes refuerza su presencia en las empresas y centros de trabajo. De ahí que la norma se preocupase por adscribir a los trabajadores a distancia a un centro de trabajo específico donde se centralizarán todos los actos del proceso electoral, incluido el acto de la votación.

Sin embargo, ninguna preocupación se mostró acerca de cómo estos trabajadores podrían participar en un proceso electoral cuyas principales manifestaciones se iban a producir en el seno de unas instalaciones de las que, por definición, se encontrarían alejados¹². Así, por ejemplo, si la condición de electores y elegibles se supedita al hecho de contar con una cierta antigüedad en la empresa (un mes y seis meses, respectivamente) dada la necesidad de que exista, por parte de electores y elegibles, un conocimiento mínimo previo de la empresa,

¹² Antes de la nueva ley, el trabajo a distancia se definía como aquel en que la prestación de la actividad laboral se realizase de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. En sentido similar, el Real Decreto-ley 28/2020 lo define como la forma de organización del trabajo, o de realización de la actividad laboral, conforme a la cual ésta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

de los compañeros y, en definitiva, del contexto en el que el trabajo se desarrolla, ninguna previsión dirigida a alcanzar dicho objetivo se contempla respecto de los trabajadores a distancia. Ni tan siquiera la regla dirigida a facilitar el voto en los casos de dispersión geográfica de los trabajadores parece estar pensada en quienes lo ejecutan en la modalidad a distancia, pues las disposiciones relativas a la mesa itinerante (art. 7 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre) tienen como destinatarios a quienes no presten su actividad en el mismo lugar con carácter habitual (trabajadores agrarios empleados para recolecta de cosechas, etc.)

En definitiva, la atención del legislador parece haberse puesto más en la institución representativa que en la participación de los trabajadores en el proceso de elección de sus representantes, olvidándose de las personas. Esa misma impresión se infiere del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002 y revisado en 2009, en el que, respecto de los derechos colectivos, y tras señalar que los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores de la empresa y que el teletrabajo no es obstáculo para la comunicación con los representantes de los trabajadores, se limita a reconocer que los teletrabajadores están incluidos en el cálculo determinante de los umbrales necesarios para las instancias de representación de los trabajadores¹³.

Ahora bien, semejante “olvido” también redundaría en perjuicio de los intereses de quienes promueven el proceso electoral y desean participar en él presentando candidaturas. Conocida es la dificultad de los sindicatos para conformar sus candidaturas, sin que se hayan arbitrado mecanismos para que los sindicatos puedan dialogar con los trabajadores a distancia para convencerles a formar parte de las mismas, o, simplemente, a que voten en favor de la candidatura por ellos propuesta. Las dificultades de acceso a estos trabajadores, así como los obstáculos, derivados de su ubicación en otro espacio, para que los mismos accedan a la propaganda desplegada en el centro de trabajo, entorpecen en buena medida la participación de los mismos en los procesos electorales.

¹³ En la Recomendación n° 184, de 1996, de la OIT sí se contempla alguna obligación adicional. Así, en su apartado V (Derecho de sindicación y derecho a la negociación colectiva) se dispone que se identifiquen y supriman las restricciones legislativas o administrativas, u otros obstáculos, al ejercicio del derecho de los trabajadores a domicilio a constituir sus propias organizaciones o a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que escojan y a participar en las actividades de esas organizaciones. De este modo, si una de las actividades de las organizaciones sindicales consiste en la promoción de elecciones sindicales, debería, según esta Recomendación, identificarse y suprimirse los factores que obstaculizan la participación de los trabajadores a domicilio (término sustituido en el ordenamiento español, en 2012 por el de trabajo a distancia) en los procesos de elección de representantes.

3.2. La representación de los trabajadores a distancia en la empresa tras la COVID-19

La falta de adecuación de la normativa sobre representantes de los trabajadores al nuevo contexto productivo ha sido abordada por la doctrina¹⁴, destacando cómo aquella no ha tomado en consideración ni los fenómenos de descentralización productiva (por la que se reduce el número de trabajadores empleados por la empresa que obtiene sus servicios y, de este modo, afectando a las estructuras de representación, que se establecen teniendo en cuenta el número de trabajadores de la circunscripción electoral) ni la implantación de nuevas tecnologías en los procesos productivos, lo que se ha puesto en evidencia con la nueva realidad productiva que ha irrumpido con la denominada *gig economy*, donde el trabajo a través de aplicaciones tecnológicas ha puesto en entredicho muchas instituciones jurídico-laborales, no solamente las relativas a la dimensión colectiva de las mismas.

La regulación normativa durante la pandemia, en la cual nos seguimos encontrando a principios de noviembre de 2020, ha recogido la necesidad de reforzar los derechos colectivos del trabajo a distancia, ya se preste mediando teletrabajo o sin que en el proceso productivo intervengan elementos telemáticos¹⁵. El necesario refuerzo de esta particular forma de trabajar se ha producido con el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Sin embargo, el alcance de dicho refuerzo ha sido limitado, quedando lejos de incorporar unas previsiones legislativas realmente eficaces que fortalezcan los derechos de representación de los trabajadores a distancia. Semejante apreciación se deriva del hecho de que la normativa deja en manos de la negociación colectiva las “*condiciones para*

¹⁴Entre otros, Casas Baamonde, M.E., “El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa: Un modelo en crisis” en *Sindicalismo y Democracia*. Comares. Granada. 2017; Fita Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”. *Documentación Laboral* nº 107. Año 2016-Vol II; Fita Ortega, F., “El impacto del actual contexto productivo en los derechos de participación y representación de los trabajadores en Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 46, 2017; Fita Ortega, F., “Los derechos colectivos de los trabajadores en la economía digital: ¿hacia un movimiento obrero digital?”, *Revista de Direito do Trabalho*. Especial Cielo Laboral 2018 - Uruguay. Disponible en: <http://roderic.uv.es/handle/10550/74985>; Quintanilla Navarro, B., “La necesaria adaptación de las estructuras de representación en la empresa”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº. 2/2007; Valdés Dal-Ré, F., y Molero Marañón, M.L., *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*. Ministerio de Trabajo e inmigración. 2010

¹⁵ Téngase en cuenta que trabajo a distancia y teletrabajo no designan una misma realidad, pues mientras el primero se refiere a la “*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular*”, el teletrabajo designa a “*aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*” (art. 2 del Real Decreto-ley 28/2020).

garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia”, lo que en materia de derechos de representación no va a resultar tan sencillo, habida cuenta del carácter de norma de derecho necesario que los preceptos reguladores del proceso electoral tienen atribuido. Todo ello sin olvidar que, como consecuencia de la irrecurribilidad de las sentencias de los juzgados de lo social que decidan sobre los recursos presentados frente a los laudos arbitrales dictados en las disputas electorales¹⁶, la normativa que regula los procesos electorales va a ver acrecentada su ya considerable dosis de inseguridad jurídica.

Así pues, la desvinculación de los trabajadores respecto de un lugar y tiempo que el trabajo a distancia conlleva, ha sido escasamente considerada por la nueva normativa a los efectos de la participación de quienes trabajen bajo esta modalidad en los procesos electorales. En efecto, si bien la norma impone la obligación de la empresa de suministrar a la representación legal de los trabajadores (“personas trabajadoras” en la terminología inclusiva incorporada a partir del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo) *los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia*, no acaba de aclarar los posibles límites a dicha obligación¹⁷.

Hasta la aparición de este Real Decreto, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que adaptar la interpretación de la norma al contexto histórico en el que la misma debe ser aplicada sin que, en esta materia, haya propiciado una interpretación extensiva del marco jurídico regulador¹⁸. En este sentido, la obligación contenida en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical relativa a la obligación de las empresas de poner un tablón de anuncios a disposición de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos, así como de aquellos que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal, o los correspondientes de las Administraciones públicas¹⁹, ha sido entendida en el sentido de que, en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, el derecho a un tablón virtual encuentra fundamento en el art. 8.1 c) LOLS, que no

¹⁶ La reforma laboral operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, introdujo un sistema arbitral de solución de las controversias suscitadas durante el proceso electoral.

¹⁷ Disposición que refleja el deber del empresario de no obstaculizar la comunicación con los representantes de los trabajadores recogida en el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo.

¹⁸ Navarro Nieto, F., “Art. 81. Locales y tableros de anuncios”, en Goerlich Peset, J.M., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a T. Salas Franco*, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 1427 y ss.

¹⁹ La norma establece, con objeto de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la obligación de la empresa de poner a disposición de tales secciones sindicales un tablón de anuncios, que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores.

adjetiva el medio a través del cual los afiliados y trabajadores en general podrán recibir en la empresa la información del sindicato, proporcionando una “lectura actualizada de la norma legal”²⁰. Ahora bien, el Tribunal Constitucional²¹ ha señalado que semejante derecho -así como el uso del correo electrónico profesional- se encontraría limitado por una serie de requisitos, pues si bien un ingrediente importante de la actividad sindical en la empresa es la comunicación y la difusión de información de interés laboral o sindical entre los sindicatos y los trabajadores, y aunque la actividad sindical en el seno de la organización productiva forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical de las organizaciones sindicales, tal comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa y, en el caso del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial pre-ordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha destacado que, en ningún caso, la utilización del instrumento empresarial podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes, dado que carece de fundamento en derecho semejante carga empresarial²².

De este modo, la obligación empresarial respecto al tablón virtual y uso de medios electrónicos de comunicación, se limita, según las sentencias del Tribunal Constitucional hasta la fecha, a no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, en cualquiera de sus distintas manifestaciones, debiendo “soportar” la misma cuando no suponga perjuicios para la actividad productiva, pero sin que exista una obligación de implementar estos recursos²³. Con la actual normativa, debe entenderse que dicha obligación existe, pero surgen dudas acerca de si su limitación podrá mantenerse en similares términos a los vigentes hasta la fecha, singularmente por lo que se refiere a la cuestión de la afectación del uso pre-ordenado de las herramientas informáticas, o a la de los costes que de su implantación puedan derivarse para la empresa²⁴. El hecho de que la norma restrinja el derecho a estas herramientas de comunicación a aquellos casos en que sean compatibles “*con la forma de prestación del trabajo a distancia*”, pese a proporcionar un criterio de interpretación, no termina de zanjar plenamente la cuestión, al introducir un

²⁰ STSJ de Cantabria de 16 octubre 2009 (Recurso de Suplicación nº. 722/2009).

²¹ STC 281/2005, de 7 de noviembre.

²² *Ibidem*, fundamento jurídico octavo.

²³ Criterio seguido por el Tribunal Supremo. Así, entre otras, STS (Social) de 17 mayo 2012 (recurso nº. 202/2011); de 16 febrero 2010 (recurso nº. 57/09); de 3 de mayo de 2011 (recurso 114/10) de 24 de marzo de 2015 (recurso 118/14) o de 13 septiembre 2016 (recurso nº. 206/2015).

²⁴ En cuanto a la necesidad de que la actividad sindical no se afecte al proceso productivo, cabe recordar que el artículo 8.1.b de la LOLS es claro a señalar que la información debe producirse fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa.

concepto jurídico indeterminado como el de la “compatibilidad con la forma de prestación del trabajo a distancia”, y debiendo interpretarse a la luz de otras normas, como la relativa a la protección de datos²⁵.

Sobre este último particular, cabe recordar los criterios jurisprudenciales y judiciales emanados de los tribunales laborales, así como los criterios mantenidos por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), no siempre plenamente coincidentes. Así, en la relación de los Delegados Sindicales con los afiliados a su sindicato los tribunales laborales han considerado que facilitar al Delegado los correos electrónicos y teléfonos de carácter profesional, y no los privados²⁶, no colisiona con la protección de datos de carácter personal, en cuanto se trata de instrumentos para la gestión de los temas sindicales entre trabajadores afiliados²⁷, criterio este que cabe encuadrar en las excepciones a la necesidad de consentimiento para llevar a cabo el tratamiento de datos personales previsto en la actualidad en el artículo 6 del Reglamento 2016/679.

Conviene precisar, en todo caso, que no es el carácter profesional del correo lo que evita considerar que se incurre en una vulneración de la protección de datos, sino la finalidad a la que se destina el correo electrónico de los trabajadores, teniendo el sindicato derecho a acceder a ciertos datos de los trabajadores cuya representación ostentan para dar cumplimiento a la función que constitucionalmente tienen atribuida, *“sin que tal función se limite en todos los casos a sus propios afiliados, pues será la concreta necesidad y finalidad de su ámbito de actuación la que servirá para delimitar el tipo de dato y el alcance del contenido de la información que se precise”*²⁸. En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)

²⁵ Mayor claridad respecto del alcance de estos derechos habría dado la incorporación de algunas modificaciones de los artículos 81 ET y 8 de la LOLS, incorporando expresamente la obligación de dotar a los representantes de estos medios telemáticos de comunicación, por lo menos en aquellas empresas o centros donde las nuevas tecnologías se encuentren suficientemente implantadas (en este sentido, Nieto Rojas, P., *La representación de los trabajadores en la empresa...*, cit., p. 324).

²⁶ Respecto de éstos, el TS ha considerado que el trabajador no puede verse obligado a proporcionar su teléfono móvil y su cuenta de correo electrónico, sino que solamente será posible si voluntariamente consiente, siendo nula la cláusula incorporada en un contrato/tipo de trabajo por la que este indica que proporciona voluntariamente estos datos por ser contraria a la normativa sobre protección de datos dado que, *“al ser el trabajador es la parte más débil del contrato, ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias -se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo- bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario”* (STS -Social- de 21 septiembre 2015 -recurso nº. 259/2014-).

²⁷ En este sentido, STSJ de Madrid, de 19 julio de 2019 (recurso nº. 137/2019).

²⁸ STS (Social) de 7 febrero 2018 (recurso nº. 78/2017) Es, por consiguiente, la finalidad a la que se dirigen los datos personales lo que permite que los mismos lleguen a manos del sindicato sin que ello suponga una vulneración de la normativa de protección de datos.

ha señalado que también los correos profesionales pueden ser considerados datos de carácter personal. Entiende la Agencia, en su informe 0437/2010²⁹, que pueden darse dos situaciones: una primera, en la que la dirección de correo esté integrada por datos que permitan la identificación directa del titular del correo (como sucede en los casos en los que la dirección contiene el nombre y apellidos del trabajador) de tal modo que sea posible identificarlo plena y directamente; una segunda, en la que el correo esté compuesto por combinaciones alfanuméricas o de otro tipo, que no permitan la identificación directa del individuo. En estos casos, entiende la AEPD, nos encontramos ante un dato personal, incluso si no es posible la identificación directa de la persona, pues al ir referenciada la dirección de correo a un dominio concreto, podría identificarse al titular mediante la consulta al servidor en que se gestione dicho dominio, sin que pueda considerarse que ello conlleva un esfuerzo desproporcionado por parte de quien procede a la identificación.

En un sentido similar, la Agencia Vasca de Protección de Datos, en su Dictamen CN11-037, de 14 de febrero de 2012³⁰, estimó que la dirección de correo electrónico solamente ha de ser considerada como dato de carácter personal cuando *“contenga información acerca de su titular, o en la medida en que permita proceder a la identificación del mismo, por lo que, cuando no concurren dichas circunstancias su utilización, cesión o nivel de seguridad no estarán sometidos a la normativa de protección de datos”*. De este modo, concluye, que *“la consideración como dato de carácter personal de la dirección del correo electrónico, bien podría decirse que dependerá precisamente de si la dirección ... proporciona elementos suficientes que identifiquen o permitan razonablemente identificar al titular de la misma, de no ser así y correspondiendo la verificación de tal extremo al responsable del fichero..., no se le aplicará la normativa de protección de datos”*.

En todo caso, el criterio mantenido por las agencias de protección de datos se coherente con lo que posteriormente a sus resoluciones ha señalado en el considerando vigésimo sexto del Reglamento de protección de datos de la Unión Europea (Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016) en el que se indica que los datos personales seudonimizados, los cuales cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable, de modo que a los mismos deberán aplicarse los principios de la protección de datos³¹. Ciertamente,

²⁹ Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2010-0437.pdf> (último acceso 25 noviembre 2020).

³⁰ https://www.avpd.euskadi.eus/contenidos/dictamen_avpd/d12_008/es_def/adjuntos/CN11-037_DIC_D12-008.pdf (último acceso 25 noviembre 2020).

³¹ Señala este considerando que *“para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que*

la aplicación de la seudonimización a los datos personales puede reducir los riesgos para los interesados afectados, pero no los excluye, motivo por el que el considerando vigésimo octavo del Reglamento señala que la introducción explícita de la «seudonimización» en el Reglamento no pretende excluir ninguna otra medida relativa a la protección de los datos. Distingue el referido Reglamento, pues, entre datos seudonimizados y datos anonimizados. Siendo los primeros aquellos datos personales sometidos a un tratamiento de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, (art. 4.5 del Reglamento), los datos anonimizados serían aquellos sometidos a un tratamiento de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado³² (considerando 26 de la derogada Directiva 95/46/CE, de protección de datos) rompiéndose la cadena de identificación de las personas, de modo que se evite esta identificación y se garantice, además, que cualquier operación o tratamiento que pueda ser realizado con posterioridad a la anonimización no conlleva una distorsión de los datos reales³³.

El consentimiento del trabajador no es, por tanto, necesario para que el empresario facilite el correo profesional de los trabajadores a los sindicatos con objeto de permitirle el cumplimiento de sus fines³⁴, tal y como se desprende del art. 6.1 del Reglamento UE 2016/279³⁵. Otra cuestión consiste en la de determinar si el trabajador pudiera ejercer un derecho de oposición a esta cesión de datos, tal y como se recoge en el artículo 21 del Reglamento UE 2016/279.

se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto, los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo”.

³² Sometido, en palabras de la derogada Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999, a un procedimiento de disociación por el que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable (art. 3.f).

³³ En estos términos se refiere al proceso de anonimización la Guía de la AEPD Orientaciones y garantías en los procesos de anonimización de datos personales (2016).

³⁴ “Así pues, la facultad de recabar datos por parte de los sindicatos y representantes de los trabajadores debe limitarse según un principio de pertinencia y, por consiguiente, ceñirse a aquellas circunstancias personales de los trabajadores que sean necesarias para desarrollar el cometido que tienen atribuido. Parece evidente que haya de rechazarse que tal facultad abarque los datos personales en cualquier circunstancia, puesto que, de no concurrir aquella conexión con la función, sí será necesario el consentimiento expreso de los trabajadores interesados” (STS -Social- de 7 febrero 2018, recurso nº. 78/2017).

³⁵ Cabe recordar que, según este precepto, el consentimiento del interesado no es la única condición cuyo concurso otorga licitud al tratamiento de datos, existiendo otras que pueden darse alternativamente.

Este precepto permite que el interesado se oponga, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento que sea lícito por resultar necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; o que cuya licitud derive del hecho de ser necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales (apartados e y f del art. 6.1 del Reglamento). En este caso, *“el responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”* (art. 21 del Reglamento)³⁶

Sobre el particular la AEPD, en las orientaciones sobre *“La protección de datos en las relaciones laborales”*, señala que el derecho a la libertad sindical prevalece sobre el respeto a la protección de datos, por lo que no es admisible el derecho de oposición, si bien se refiere únicamente al supuesto de elecciones sindicales, haciendo referencia a su resolución TD/01119/2008³⁷. Este razonamiento busca superar las posibles trabas que pudieran plantearse para el adecuado desenvolvimiento de los procesos electorales. Sin embargo, el hecho de que se vincule el reconocimiento de inadmisibilidad al derecho de oposición al derecho de libertad sindical podría dejar fuera de esta garantía a otros sujetos con intereses electorales al no ser titulares de aquel derecho, como podría suceder con las candidaturas integradas por un grupo de trabajadores que no apareciesen bajo las siglas de ningún sindicato³⁸. En este

³⁶ Obviamente, la activación de una cuenta de correo electrónico en la empresa para su uso por los sindicatos para el desarrollo de su actividad sindical exigirá que se cumpla con todo el régimen relativo a la protección de datos, como la designación de un responsable (esto es, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento) y un encargado (esto es, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo) del tratamiento, sin que esta exigencia pueda considerarse como una obstrucción al derecho de la libertad sindical (STS -Social- de 16 febrero 2010, recurso n.º 57/2009).

³⁷ *“A tenor de las previsiones contenidas en la LOPD acerca del derecho de oposición, debe reconocerse el derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical y, consiguiente, la obligación de los Sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes. No obstante, en lo referente a la información sindical remitida a los trabajadores en período electoral, debe concluirse que en período electoral debe prevalecer el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical sobre el derecho fundamental a la protección de datos. Así las cosas, los trabajadores durante el proceso electoral sindical, no pueden oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que realice el Sindicato sea adecuado para los fines del propio proceso electoral”*.

³⁸ En este mismo sentido, Pérez Del Prado, D., *“Representación de los trabajadores y protección de datos de carácter personal como fuente de poder”*, *Documentación Laboral*, n.º 119/2020, p. 69.

caso habría que acudir a otros razonamientos jurídicos (la necesidad de garantizar la igualdad de trato, por ejemplo, en la participación de un proceso electoral) para extender el derecho a remitir comunicaciones a los trabajadores, aun contra su voluntad, a estos otros colectivos desprovistos del derecho a la libertad sindical.

Por otra parte, la guía de la AEPD “La protección de datos en las relaciones laborales”³⁹, elaborada con relación a la normativa anterior a la actualmente vigente, recoge una serie de consideraciones de indudable interés al respecto. Así, recuerda la existencia de procedimientos automatizados que pueden permitir la satisfacción del derecho a la libertad sindical sin necesidad de realizar una cesión y, por tanto, minimizando los riesgos y las obligaciones de cumplimiento normativo para el empresario y el sindicato. Sería el caso, por ejemplo, de la creación de listas de distribución que permite que el sindicato remita la información a una dirección corporativa, sin acceso a los datos de los destinatarios⁴⁰. Sobre este particular cabe destacar que de procederse de esta manera en el ámbito de las relaciones sindicales podría facilitar conductas antisindicales del empresario, toda vez que no existiría la posibilidad de controlar fácilmente, por parte del sindicato remitente, a los destinatarios finales de los correos, pudiendo el empresario reducir el número de los mismos excluyéndolos del listado.

Ahora bien, no es la posibilidad de comunicarse por vía electrónica el único medio para contactar con trabajadores que no se encuentren habitualmente en un centro de trabajo geográficamente localizado. Al respecto cabe destacar que ninguna referencia se realiza a otra de las cuestiones que han resultado controvertidas en los procesos de elecciones sindicales, como es la posibilidad de facilitar el domicilio de los trabajadores a los sindicatos, o dar una mayor difusión al censo laboral⁴¹.

Con relación al derecho a conocer el domicilio de los trabajadores, la STSJ de Andalucía, Granada de 18 julio de 2007 (recurso n.º. 1986/2007) rechazaba

³⁹https://sie.fer.es/esp/Asesorias/Mercantil/Legislacion_Mercantil/Proteccion_Datos/Documentos_Interes/Guia_La_proteccion_datos_relaciones_laborales/webFile_15034.htm (último acceso 25.11.2020).

⁴⁰ Junto a ello, recuerda que si se trata de datos personales, cabe incorporar la información exigida por la normativa de protección de datos en los pies de los correos y automatizar la cancelación y la oposición a los tratamientos mediante las bajas en las listas a petición del usuario (Informe 0101/2008); que la comunicación de datos se limitará a los estrictamente necesarios; que el dato debe utilizarse estrictamente para la finalidad para la que fue cedido; y que el sindicato como cesionario está obligado a cumplir con las previsiones en materia de protección de datos.

⁴¹ Respecto al censo, la STS (Social) de 27 de septiembre de 2007 (recurso n.º. 78/2006) admitió que mediante acuerdo colectivo pudiera ampliarse la obligación legal de dar publicidad al censo -que contiene datos de carácter personal, como el documento nacional de identidad- e imponer la obligación de entregarlo en soporte informático a los sindicatos que así lo solicitasen. Esta sentencia valida la argumentación de la sentencia recurrida según la cual, si la totalidad de los datos profesionales y personales que contienen los censos laboral y electoral de la empresa

dicha posibilidad, al considerar, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que en estos casos el interés en juego es meramente individual (el del propio del sindicato a obtener, para el ejercicio de su actividad sindical, el domicilio de los trabajadores) y no del conjunto de los trabajadores, entendiéndose que “*existen otros medios con menor incidencia en el derecho de los trabajadores, para obtener el fin legítimo pretendido de promocionar el Sindicato, como son... solicitar reuniones y asambleas de los mencionados trabajadores*”⁴². En todo caso, cabe recordar que el Tribunal Supremo no ha reconocido a los sindicatos el derecho a convocar asambleas referidas al conjunto general de los trabajadores⁴³ (derecho reconocido a los propios trabajadores y a sus representantes unitarios -art. 77 ET-) pues la LOLS solamente les reconoce este derecho con relación a los afiliados a su sindicato, los cuales, en un proceso de elecciones sindicales, son los que menos estímulo necesitarán para formar parte de la candidatura del sindicato o, simplemente, para convencerles de que les otorguen su voto.

Tampoco la AEPD considera lícita la comunicación del domicilio de los trabajadores a un sindicato por motivos electorales. Así, en su Resolución 0042/2011⁴⁴, de 2 marzo 2011 considera que la comunicación, por parte de la empresa, del domicilio particular de los trabajadores a un sindicato, al que la mayoría no está afiliada, para el envío de propaganda electoral, efectuada sin contar con el consentimiento de los mismos, supone una infracción de la normativa de protección de datos puesto que la normativa electoral no contempla el domicilio como dato a incluir en el censo⁴⁵. Quizá el establecimiento de la necesidad de que, en el caso de los trabajadores a distancia, figurase este dato en el censo, junto con la obligación de remitir el mismo no solamente a la mesa electoral (art. 6.2 del Real Decreto 1844/1994), sino a todos aquellos que deseen participar en el proceso electoral, pudiera contribuir a superar este escollo y permitir un contacto directo con estos trabajadores, favoreciendo, entre otros aspectos, la conformación de candidaturas o la promoción misma del proceso electoral, si el centro cuenta con menos de 11

demandada son objeto de la publicidad prevista y ordenada legalmente en el artículo 74.3 del ET, es claro que no se produce la conculcación del derecho a la intimidad y protección de datos por el simple hecho de que a tal publicidad se le pueda añadir otra complementaria.

⁴² La SJS nº 1 de Cáceres de 28 de mayo de 2018 (Procedimiento 128/2018), por el contrario, reconoció el derecho de una formación sindical a que se le facilitase el domicilio de los trabajadores (quienes prestaban servicios de asistencia a domicilio de personas que no podían valerse por sí mismas) para poder dirigirse a ellos con objeto de conformar su candidatura.

⁴³ STS (Social) de 11 de febrero de 2003 (recurso nº. 1118/2002).

⁴⁴ Disponible en: <https://es.calameo.com/read/000707367a76b40f718e3> (último acceso, 25 de noviembre 2020).

⁴⁵ Criterio que ya había sostenido la SAN (Contencioso-administrativo) de 10 marzo 2010 (recurso nº. 274/2009).

trabajadores⁴⁶. Por otra parte, las funciones de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los representantes de los trabajadores avalarían que éstos conociesen, no solamente el nombre de los trabajadores que prestan sus servicios a distancia, sino también sus domicilios o lugares elegidos para la prestación del servicio, a efectos de comprobar el cumplimiento de la normativa laboral y de prevención de riesgos (tal y como se contempla en el artículo 16 del Real Decreto-ley 28/2020), pero también para poder desplegar su acción “sindical”.

La comunicación entre trabajadores a distancia y representantes debe ser una prioridad, para lo que deberían facilitarse todas las herramientas posibles que permitan alcanzar ese objetivo. Para ello resulta esencial garantizar que el empresario pueda contactar con ellos, lo que supone conocer su dirección de correo y, en su caso, su domicilio, aspectos sobre los que el Real Decreto-ley 28/2020 nada dice.

Por otra parte, la pérdida de la oportunidad de actualización normativa que ha brindado el Real Decreto-ley 28/2020, consecuencia de la extensión del teletrabajo a raíz de la pandemia provocada por la COVID-19, es patente cuando se analizan sus previsiones respecto del aseguramiento de la efectiva participación de los trabajadores a distancia en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales⁴⁷, “*en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales*”.

La oportunidad perdida para instaurar un sistema de voto electrónico para unos trabajadores que pueden encontrarse realmente alejados del centro de trabajo al que queden adscritos, en lugar de mantener la necesidad de un voto presencial, al contrario de facilitar la participación de estos trabajadores en los procesos electorales, la dificulta⁴⁸, pues podría interpretarse la actual disposición como una prohibición legal a que la negociación colectiva o la práctica electoral seguida en las empresas permitan este tipo de voto, validando como único modo posible de voto no presencial el voto por correo, regulado en el artículo 69.1 ET, y

⁴⁶ Recuérdese que cuando la empresa tenga entre seis y diez trabajadores la promoción de elecciones requiere el acuerdo mayoritario de los trabajadores (art. 62.1 ET)

⁴⁷ Previsión que evoca lo dispuesto en el apartado V de la Recomendación n° 184, de 1996, de la OIT, anteriormente citada.

⁴⁸ Pocos han sido, hasta la fecha, los conflictos derivados de votos telemáticos en procesos de elecciones sindicales. La Sentencia del juzgado de lo Social n°. 25 de Madrid (Procedimiento n°. 542/2015) desestimó un recurso contra un laudo que dio validez al voto telemático por entender que la norma no lo prohíbe, sino que se limita a exigir que el sufragio sea personal, directo, libre y secreto, por lo que, cumpliéndose tales garantías en el modo de votación seguido en el supuesto enjuiciado, desestimó el recurso.

desarrollado por el artículo 10 del Real Decreto 1844/1994⁴⁹. Semejante conclusión podría verse reforzada por la circunstancia de que la actual regulación resulta mucho más estricta que la que se contemplaba en el texto originario del Estatuto de los Trabajadores de 1980 que, en su artículo 75, disponía que el voto por correo se debía efectuar siguiendo las normas que al respecto “*deberán incluirse en la convocatoria electoral*”, dejando libertad a los promotores de las elecciones a establecer reglas para efectuar el voto por correo.

Igualmente se echa en falta una modificación que introdujese la posibilidad de celebración de asambleas por video-conferencia, modificando los artículos 77 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores para introducir esta posibilidad, eliminando la disposición que impone que el lugar de celebración de la asamblea sea el centro de trabajo (art. 78 ET) y recogiendo, en el artículo 80, la posibilidad de que las votaciones se produzcan de forma telemática, cuestiones alguna de las cuales ya se encuentran incorporadas en derecho comparado⁵⁰, habiéndose ampliado su régimen jurídico durante la Covid-19 al haberse considerado una herramienta idónea para el desempeño de las actividades de representación en época de pandemia⁵¹.

En definitiva, el reforzamiento de todo el entramado de medidas que facilite el contacto entre representantes y representados resulta imprescindible, en el caso del trabajo a distancia, para paliar la falta de proximidad física entre ellos mediante el incremento de su proximidad comunicacional, de tal manera que se permita reconstruir las relaciones de confianza que dan pie al surgimiento del interés colectivo que se encuentra en la base de la organización obrera⁵².

⁴⁹ El art. 69.1 ET reconoce la posibilidad de que el voto se emita por correo, “*en la forma que establezcan las disposiciones de desarrollo de esta ley*”. En este sentido, el artículo 10 del RD 1844/1994 dispone que quien desee efectuar el voto por correo debe notificarlo previamente a la mesa electoral (órgano encargado de dirigir el proceso electoral y velar por su correcto desarrollo) “*a partir del día siguiente a la convocatoria electoral hasta cinco días antes de la fecha en que haya de efectuarse la votación*”.

⁵⁰ En el caso del ordenamiento francés se contempla la posibilidad del uso de la video conferencia en las reuniones del Comité Social y Económico (art. L2315-4 *Code du travail*), así como el voto electrónico (art. D. 2315-1 *Code du travail*).

⁵¹ *Ordonnance n° 2020-389 du 1er avril 2020 portant mesures d’urgence relatives aux instances représentatives du personnel*.

⁵² Rosanvallon, J., “Travail à distance et représentations du collectif de travail, *Revue Interventions économiques*, n°. 34/2006, p. 2.

4. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto permite concluir, pues, que, en buena medida, el legislador sigue a remolque de las decisiones judiciales. No avanza grandes cambios, sino que incorpora algunos de los avances impulsados desde la judicatura. De este modo, la nueva legislación sobre el teletrabajo, propiciada por una situación de emergencia derivada de la pandemia de la COVID-19, no ha sido aprovechada plenamente para impulsar los cambios normativos en materia de representación que demanda el trabajo a distancia que, en el actual contexto productivo y sanitario, ha experimentado un innegable incremento. Como consecuencia de ello no cabe entender que la normativa contenida en el Real Decreto-ley 28/2020 pueda considerarse, a pesar de lo que se indica en su exposición de motivos, que la misma constituya ese un marco de derechos que satisface, entre otros, el ejercicio de los derechos colectivos, por lo menos en lo que se refiere al ejercicio de los derechos de representación.

Se trata de una oportunidad perdida en un momento en el que se está poniendo de relieve la necesidad de fortalecer los instrumentos de representación y negociación de nuevos colectivos de trabajadores a distancia, tanto los que trabajan *on-line* como los que lo hacen *off-line*. Los *riders* han sido pioneros en este sentido⁵³, pero los movimientos en búsqueda de autotutela de quienes desempeñan actividades económicas hasta la fecha desconocidas, o especialmente desprotegidas, no paran de sucederse, como está ocurriendo, entre las actividades emergentes, con los *influencers* de Instagram o Youtube⁵⁴, o los diseñadores de videojuegos⁵⁵; o en actividades tradicionales cuyos trabajadores cada vez más frecuentemente prestan sus servicios a través de plataformas digitales, tales como con las trabajadoras al servicio del hogar familiar o encargadas de actividades de cuidado⁵⁶, las camareras

⁵³ <https://www.ridersxderechos.org/>

⁵⁴ En este sentido, véase el artículo publicado en *The Guardian*: “Influencers are being taken advantage of”: the social media stars turning to unions”. Disponible en <https://www.theguardian.com/media/2020/oct/10/influencers-are-being-taken-advantage-of-the-social-media-stars-turning-to-unions> (último acceso el 14 de octubre de 2020)

⁵⁵ Es el caso de la aparición del *Game Workers United UK*, sindicato que persigue, según la declaración que cuelga en su página web (<https://www.gwu-uk.org>) acabar con la práctica institucionalizada, en el sector del diseño de videojuegos, de excesivo abuso de realización de horas extra, en muchas ocasiones no retribuidas; promover con la inclusión y diversidad; informar a los trabajadores de sus derechos, apoyar a quienes hayan sido objeto de abuso, acoso o necesiten representación, así como asegurar unos ingresos estables y justos.

⁵⁶ En el caso español, agrupadas en torno al recientemente creado Sindicato de Trabajadoras del Hogar y Cuidados (SINTRAHOCU). En Méjico, Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar (SINACTRAHO) en la República Dominicana, Sindicato Nacional de Trabajadora/es Domésticas (SINTRADOMES-CASC). Movimientos sin duda espoleados por la adopción del Convenio N° 189 de la OIT, que todavía no ha sido ratificado por España. En el caso

de piso⁵⁷, o incluso con las trabajadoras sexuales⁵⁸ (en femenino, pues se trata de sectores claramente feminizados). Actividades para las que la tradicional organización sindical, históricamente vinculada a partidos políticos, no parece estar dando respuestas, visto el afloramiento de esos nuevos fenómenos auto-organizativos en defensa de unos intereses puramente profesionales más allá de la ideología política -un motivo más de su alejamiento del sindicato tradicional-, y cuya vulnerabilidad se ha visto enormemente acrecentada como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, al partir de una situación de mayor desprotección propiciada, en buena medida, por la invisibilidad de estos colectivos.

Su movilización, tratándose de sujetos habitualmente excluidos del juego político institucional, viene a reforzar la conclusión de que la representación y la acción colectiva constituyen una de las formas de expresión colectiva de los descontentos sociales, y la normativa debería propiciar su organización. La pandemia COVID-19 no ha hecho si no hacer más evidente esa necesidad de adaptar la normativa a la nueva realidad, una adaptación que permita canalizar eficazmente las reivindicaciones de los colectivos más desfavorecidos y a los que la pandemia ha colocado en situación de mayor vulnerabilidad.

El legislador debería, pues, anticiparse a estos fenómenos o, cuando menos, no demorar su respuesta ante las nuevas realidades que se presentan en los procesos productivos, para evitar la vulneración de las reglas aplicables al trabajo⁵⁹ o situaciones de explotación⁶⁰ (tal y como ha comenzado a hacer la Unión Europea

de Brasil el movimiento auto-organizativo de las empleadas domésticas es muy anterior, pues la primera asociación de domésticas fue fundada en 1936 por la militante negra y comunista Laudelina de Campos Mello, y la Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas (FENATRAD) fue creada en 1997. Todos estos movimientos se han ido integrando en una Federación internacional: la Federación Internacional de Trabajadores del Hogar (<https://idwfed.org/es>)

⁵⁷ Agrupadas en torno a la asociación laskellys (<https://laskellys.org>) surgida mediante la movilización a través de las redes sociales en 2014, lo que condujo a su auto-organización y presentación formal en 2016, exigiendo la prohibición -o, por lo menos- limitación de la externalización de sus servicios.

⁵⁸ Así ha ocurrido en España con el trabajo sexual, donde la *Organización sindical de Trabajadoras Sexuales* (OTRAS) surgió en 2018, como consecuencia “de la necesidad de garantías sociales y políticas de un grupo amplio de personas involucradas en un cambio profundo y necesario que deriva, entre otras cosas, del momento de convulsión ideológica mundial con el auge de las derechas radicales por un lado, y los feminismos, por otro” (<https://www.sindicatootras.org/-que-decimos-.html>).

⁵⁹ Tal y como se ha hecho recientemente en Francia, con relación al trabajo infantil, con la proposición de ley sobre la explotación comercial de la imagen de los menores de dieciséis años en plataformas en línea (proposición n.º. 3133) aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 6 de octubre de 2020.

⁶⁰ Como es el caso de la aparición del *Game Workers United UK*, sindicato que persigue, según la declaración que cuelga en su página web (<https://www.gwu-uk.org>) acabar con la práctica

respecto del derecho de negociación colectiva para los trabajadores autónomos⁶¹) objetivo para el que el reforzamiento de sus derechos de representación, tanto sindical como unitaria⁶², y los medios de acción de los representantes, resulta indispensable.

En cualquier caso, la falta de mayores avances en el aspecto aquí tratado que cabría reprochar a la reciente normativa seguramente no puede achacarse plenamente al legislador. En efecto, teniendo en cuenta que se trata de una norma surgida del diálogo social, las presumibles reticencias de la patronal a incorporar mayores garantías para fortalecer las estructuras de representación podrían explicar -que no justificar- las carencias detectadas.

institucionalizada de excesivo abuso de realización de horas extra, en muchas ocasiones no retribuidas; promover con la inclusión y diversidad; informar a los trabajadores de sus derechos y apoyar a quienes hayan sido objeto de abuso, acoso o necesiten representación, así como asegurar unos ingresos estables y justos.

⁶¹ Comunicado de prensa de la Comisión Europea. “*Competition: The European Commission launches a process to address the issue of collective bargaining for the self-employed*”, Bruselas 20 junio 2020 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1237 -último acceso, 25 noviembre 2020).

⁶² Aunque se considere que la necesaria reorganización y adaptación de la representación colectiva que demandan estos trabajadores se encauce, de manera preferente, por la vía sindical. Rojo Torrecilla, E., “La declaración del centenario de la OIT. A propósito de la importancia del reconocimiento de la libertad sindical y la negociación colectiva”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º. 13/2020, p. 18).

LA “CONECTIVIDAD” DEL TRABAJADOR: ANÁLISIS DESDE UNA ÓPTICA PREVENTIVA*

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo

EXTRACTO

Palabras clave: conectividad, prevención de riesgos laborales, tiempo de trabajo, derecho a la desconexión digital

Las TICs facilitan la conectividad permanente del trabajador: ya fuera de las instalaciones de la empresa y en horario no laboral, permanece, vía telemática, vinculado al empresario y atento a su quehacer profesional. Tal estado de alerta constante genera riesgos para la salud de los trabajadores: en primer término, por el deterioro de sus descansos -cualitativamente de peor calidad-; en segundo lugar, habida cuenta la concurrencia del elemento tecnológico, al derivar el recurso constante a las TICs en riesgos específicos. Tras un diagnóstico del impacto de la conectividad en la salud de los trabajadores, el estudio emprende un análisis crítico de las herramientas internas de protección.

ABSTRACT

Keywords: Connectivity, Prevention of Occupational Risks, Working time, Right to digital switch-off

Information and communication technologies (ICTs) facilitate the permanent connectivity of the worker: Even outside the company's premises and during non-working hours, the worker remains linked to the employer telematically and attentive to his professional work. Such a constant state of alert generates risks for the health of workers: Firstly, due to the deterioration of their breaks -which are qualitatively of poorer quality-; secondly, given the concurrence of the technological element, as the constant use of ICTs leads to specific risks. Following a diagnosis of the impact of connectivity on workers' health, the study undertakes a critical analysis of internal protection tools.

* Este trabajo fue presentado como comunicación en el marco del Congreso Internacional on-line “*Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización*” celebrado en formato cíclico durante los meses de octubre y noviembre de 2020 y organizado por el Sub-Proyecto de Investigación “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER, así como, en lo relativo al Congreso, por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana. Asimismo, el trabajo se inscribe en las actividades y resultados del Sub-Proyecto (DER2017-83488-C4-3-R) “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER.

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL OBJETO DE ESTUDIO: LA “CONECTIVIDAD” DEL TRABAJADOR
2. LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA “CONECTIVIDAD”
3. LA PROTECCIÓN DEPARADA POR EL DERECHO INTERNO
 - 3.1. La ordenación del factor tiempo de trabajo
 - 3.1. El derecho a la desconexión digital
 - 3.3. La prevención de riesgos laborales como marco de referencia
4. ALGUNAS PROPUESTAS A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La capacidad del trabajador para hallarse permanentemente informado del estado y evolución de las tareas encomendadas, así como de las circunstancias externas susceptibles de impactar en las mismas es, hoy por hoy, una cualidad al alza, incluso, en numerosas profesiones, un requisito imprescindible. Finalizada la jornada diaria, muchos trabajadores, a distancia o presenciales, han de mantenerse en alerta, prestos a sortear cualquier dificultad y a atender eventuales requerimientos, bien del empresario mismo, bien de clientes u otros agentes vinculados a su entorno laboral. Tal estado de conectividad permanente, aún no derive en una prestación laboral efectiva, produce un impacto. En primer término, en el descanso del trabajador, si bien no mermado en términos cuantitativos, sí desde una óptica cualitativa, pues la “mente”, por así decirlo, no descansa. En segundo lugar, habida cuenta la concurrencia del elemento tecnológico -esto es, el mantenimiento del vínculo por medio del recurso permanente a equipos informáticos y tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TICs)-, a su vez, fuente de riesgos específicos.

Por ello, si bien tal conectividad o hiperconexión redundante, así mismo, en una intromisión en la esfera privada del trabajador -con la consiguiente erosión de los derechos a la intimidad, personal y familiar, y a la conciliación-, un análisis en clave preventiva también resulta necesario. Han de examinarse los daños que la conectividad puede generar en la salud del trabajador y debe ponderarse la eficacia, para su efectiva prevención, del marco legal vigente, señaladamente de la herramienta precisamente configurada a tal efecto -el derecho a la desconexión digital-.

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL OBJETO DE ESTUDIO: LA “CONECTIVIDAD” DEL TRABAJADOR

La conectividad del trabajador podría definirse, siguiendo a la RAE, como su capacidad o disponibilidad para conectarse o hacer conexiones. De modo que es objeto de análisis una suerte de cualidad o atributo de ciertos trabajadores: su grado de vinculación, por medio de las TICs, a su cometido laboral concreto o a

la empresa en general, durante y más allá de la jornada pactada y desde cualquier lugar. Una cualidad, en muchos casos, anhelada por el mercado de trabajo, ávido de trabajadores permanentemente informados y atentos al devenir de la empresa, con inmediata capacidad de respuesta a cualquier demanda o disfunción. En otros supuestos, en el caso de lo que podríamos denominar “trabajadores a demanda”, tal es una condición necesaria para la configuración de su carga de trabajo y de su contratación misma: trabajadores a tiempo parcial, al albur, a efectos de realización de horas complementarias, pactadas o de realización voluntaria, de un llamamiento empresarial¹, pero también trabajadores temporales y de plataformas digitales -inclusive, falsos autónomos- cuya relación jurídico-laboral surge precisamente de la respuesta a una previa e incierta demanda empresarial².

Tal conectividad, por tanto, puede determinar, o no, una posterior respuesta o actividad efectiva por parte del trabajador: la resolución de la problemática planteada, la atención, telefónica o por medio de TICs, del empresario, cliente, proveedor u otro agente -tal sería, en términos estrictos, la conexión- e, incluso, en su caso, la realización de la tarea encomendada. Todo ello se inscribe, a nuestro entender, en el desempeño de la prestación de servicios, esto es, todo ello conforma contenido de la prestación laboral pactada, por lo que es preciso su cómputo como tiempo de trabajo y su correlativa remuneración -con independencia, pues, del elemento locativo-. Estaríamos, por así decirlo, ante un trabajo a distancia o, para ser más precisos, ante un teletrabajo, ocasional o residual, al no alcanzar aquel porcentaje mínimo, a los efectos de las citadas categorías, ahora exigido³. Y ello pese al carácter informal de la práctica objeto de estudio, pues el trabajador, en principio, se halla, temporal y físicamente -en el caso de prestaciones de servicios presenciales- extramuros del contrato de trabajo.

Es el estado previo a dicha materialización -al trabajo en sentido estricto-, el aquí analizado: un estado de alerta en que el trabajador se halla expectante. Y ello pese a que no pueda subsumirse, en nuestra opinión, en la categoría de “tiempo de trabajo”, sino, a priori, habida cuenta la vigente configuración dicotómica de ambos conceptos, en la de “tiempo de descanso”. Pues, es “tiempo de trabajo”, *ex art. 2 de*

¹ Sobre las especiales dificultades de desconexión de dicho colectivo, llama la atención Iguartúa Miró, M. T., “El derecho a la desconexión digital en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, RTSS, CEF, núm. 432, p. 66.

² Para estos colectivos el derecho a la desconexión ha sido calificado de “quimera”, Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: la ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, TL, 138/2017, p. 282.

³ Conforme al reciente Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, en efecto, es trabajo a distancia, en sentido estricto -y, por tanto, teletrabajo-, aquel que se desempeña con carácter regular, esto es, “en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (art. 1).

la Directiva 2003/88/CE⁴, “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales” y es “período de descanso”, en cambio, aquél que no es de trabajo⁵. Y las matizaciones operadas por el TJUE, relativas a la exigencia de permanencia “en el trabajo”⁶ o de desempeño efectivo de las tareas encomendadas⁷ no parecen permitir la subsunción del estado de conectividad o de alerta, objeto de análisis, en el concepto de tiempo de trabajo. Pues, dada la proximidad de la situación descrita con las denominadas guardias de localización, parece de aplicación la jurisprudencia europea relativa a estas últimas, en cambio, salvo excepciones -un tiempo de respuesta y desplazamiento al lugar de trabajo extremadamente breve⁸-, determinante de su consideración como tiempo de descanso. Para el Tribunal europeo, en efecto, al hallarse el trabajador fuera de las instalaciones de la empresa, en el lugar escogido y con cierto margen de maniobra para “organizar su tiempo (...) y dedicarse a sus asuntos personales”⁹ -circunstancias concurrentes en el caso del trabajador sujeto a conectividad- procede la calificación como tiempo de descanso.

Pese a ello, no resulta difícil advertir el deterioro producido por la práctica de la conectividad. Tal “descanso” no es, ni cuantitativa ni cualitativamente asimilable a un descanso al uso o tradicional, en que el trabajador no sólo se aleja físicamente de su puesto de trabajo, sino que, más allá de la preocupación o

⁴ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁵ Sobre ambas categorías en el marco de las TICs, puede consultarse Fernández Prol, F., “Tiempos de vida y de trabajo: el impacto de las TICs”, TL, núm. 151, 2020, p. 259 y siguientes.

⁶ Debe recordarse, sobre el particular, el Asunto Tyco -STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14-, en que se sienta la doctrina a cuyo tenor, a falta de centro de trabajo fijo, el tiempo de desplazamiento del trabajador desde su domicilio hasta la sede del primer cliente -y, a la inversa, al finalizar la jornada, desde el lugar de la última intervención hasta su residencia- debe calificarse como tiempo de trabajo. Doctrina, por cierto, recientemente acogida por el TS: STS de 7 de julio de 2020 (rec. 208/2018).

⁷ Es obligada, en dicho sentido, la cita de la jurisprudencia europea en materia de guardias de presencia: SSTJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, SIMAP, de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, y de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas, en que el TJUE procede a una reinterpretación del citado art. 2 de la Directiva 2003/88/CE y retiene como elementos identificativos del tiempo de trabajo dos de los tres requisitos enumerados por la norma europea: por un lado, la puesta a disposición del empresario y, por otro lado, la presencia física del trabajador en el centro de trabajo o en aquel preciso lugar señalado por el empleador -resultando, pues, secundario el efectivo desarrollo de funciones o tareas, al reconducirse estas, de algún modo, a la citada puesta a disposición-.

⁸ Tan sólo 8 minutos en el Asunto C-518/15, Matzak, STJUE de 21 de febrero de 2018.

⁹ De nuevo, SSTJCE de 3 de octubre de 2000, Asunto C-303/98, SIMAP, y de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/2002, Norbert Jaeger.

responsabilidad personal, queda “liberado” también psíquica y emocionalmente del mismo, sabedor de que sus cometidos personales y familiares en ningún caso van a resultar interrumpidos por razones laborales. A lo que se suma, por otro lado, el impacto “tecnológico” fruto del recurso a medios informáticos y TICS, a su vez, generadores de riesgos específicos.

2. LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA “CONECTIVIDAD”

La conectividad determina, *ab initio*, una proyección de lo laboral al ámbito personal del trabajador. Implica una intromisión en su vida privada, e incide en el desarrollo de actividades personales y familiares. Por ello, muy a menudo, tal conectividad se vincula exclusiva o prioritariamente a la lesión de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la conciliación y corresponsabilidad -así se aprecia incluso, como se verá, en la intervención misma del legislador interno-. Y, sin embargo, también se produce un impacto, por lo demás especialmente relevante, en la salud de los trabajadores.

La conectividad no sólo es susceptible de generar una merma, en términos cuantitativos, de los descansos del trabajador: así sucederá, como se ha adelantado, si la misma se materializa en el requerimiento del sujeto y, por supuesto, en la realización por este de la tarea encomendada. Además, constituye por sí misma, incluso en defecto de la citada materialización, un factor de deterioro, ya en clave cualitativa, de los descansos. La necesidad de información permanente, así como la expectación ante el devenir o evolución del cometido laboral o de la empresa misma implican descansos de peor calidad. Lo cual, como es evidente, impacta negativamente en la salud de los trabajadores: así, al no propiciar los citados descansos una adecuada recuperación, física y mental, de la fatiga generada por la jornada de trabajo ya desempeñada. Y debe referirse, así mismo, el estrés generado por el estado de alerta constante del trabajador hiperconectado.

Por otro lado, las herramientas -los equipos y medios informáticos y las TICs- no son inocuas desde una perspectiva preventiva. Los primeros, como es sabido, son fuente de riesgos físicos -entre otros, oftalmológicos, por el manejo constante de elementos con pantallas de visualización-, pero también psicosociales, al generar la denominada “carga mental” -según la terminología empleada por el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización¹⁰-. Sobre unos y otros riesgos ya advierte la citada norma, con todo precisada de una

¹⁰ Real Decreto por el que se transpone la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización -quinta directiva específica de acuerdo con el art. 16.1 de la Directiva Marco 89/391/CEE-.

urgente reforma modernizadora. Al cansancio, hastío o agotamiento generados por el manejo constante, incluso en tiempo de descanso, de equipos y medios informáticos -ordenadores portátiles, teléfonos inteligentes...-, debe sumarse, en efecto, la fatiga específicamente derivada de las TICs, fruto de su potencial invasivo de la esfera personal del trabajador. “Fatiga informática” a que aluden normas más recientes -la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia- precisamente al hilo de la regulación del derecho a la desconexión digital. Ambas normas albergan, en efecto, el mismo mandato a los empleadores, de elaboración de “una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán [además de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión] las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática” -arts. 88.3 y 18.2, respectivamente-, prosiguiendo con una referencia explícita a quienes prestan servicios, total o parcialmente, a distancia, que, por tanto, el legislador entiende más expuestos.

La conectividad permanente o hiperconexión, en efecto, en ocasiones aboca a la generación de una peculiar modalidad de estrés -el “tecnoestrés”-, a su vez, susceptible de múltiples manifestaciones de entidad variable. Tales son la “tecnofatiga” -consistente en “sentimientos de cansancio y agotamiento mental y cognitivo” debidos al uso de TICs, respecto de las cuales, además, el sujeto desarrolla actitudes escépticas y creencias de ineficacia-, la “tecnoansiedad” -en que el trabajador experimenta “tensión y malestar por el uso presente o futuro de algún tipo de TIC”- o, en supuestos más extremos, la “tecnofobia” -supuesto en que el sujeto desarrolla miedo ante las TICs, así como “sentimientos hostiles o agresivos” hacia estas-. Y el trabajador puede, así mismo, experimentar “tecnoadicción”: de nuevo una subcategoría de estrés tecnológico, pero en la que el trabajador no manifiesta rechazo o recelo hacia las TICs, sino una dependencia de estas, determinante de su utilización en cualquier tiempo y lugar y por periodos muy prolongados¹¹.

En cualquier caso, en un mismo contexto de conectividad permanente, múltiples factores, personales y externos, influyen en la generación de los riesgos y en su impacto en la salud de los trabajadores. Condicionantes subjetivos -así, la capacidad de resistencia del sujeto a situaciones de tensión o su gusto por lo tecnológico- o laborales -por ejemplo, la confluencia con otros riesgos surgidos en la empresa misma y/o en tiempo de trabajo- modularán, pues, la intensidad de los riesgos y de las patologías fruto de los mismos.

¹¹ Tal clasificación, estimada clarificadora, así como las correspondientes definiciones se extraen de la Nota Técnica 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial del INSHT.

3. LA PROTECCIÓN DEPARADA POR EL DERECHO INTERNO

3.1. La ordenación del factor tiempo de trabajo

De nuevo, el tiempo de trabajo se halla en el centro del debate. Muestra de ello son las reformas de calado en la materia: por ejemplo, instaurando la obligación empresarial de registro diario -como es sabido, tras una férrea polémica judicial¹², por Real Decreto-ley 8/2019¹³, por el que se reforma el art. 34.9 ET- y también operando el reconocimiento del derecho a la desconexión digital, más adelante objeto de análisis. Y es perceptible, así mismo, la preocupación del legislador por extender dichas herramientas a trabajadores cuyo tiempo de trabajo y descansos resultan más difíciles de controlar. Es el caso de los trabajadores a distancia -y, entre éstos, de manera singular, de los teletrabajadores-, cuya normativa, recientemente aprobada, contempla tanto el registro de jornada¹⁴, como el citado derecho a la desconexión -arts. 14 y 18 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre-. Incluso la conflictividad judicial generada en torno al deslinde de tiempos de trabajo y de descanso, señaladamente en entornos digitalizados -ya se ha aludido a la jurisprudencia del TJUE en la materia-, y los numerosos estudios doctrinales en la materia son sumamente reveladores.

Las nuevas tecnologías son, en gran medida, responsables del resurgimiento de la referida preocupación, operando por lo demás desde diversos ámbitos. La digitalización ha contribuido de manera muy decisiva a la globalización

¹² Son citas obligadas sobre el particular, por un lado, las SSAN de 4 de diciembre de 2015 (caso Bankia, Proc. núm. 301/2015), de 19 de febrero (caso Abanca, Proc. núm. 383/2015) y de 6 de mayo de 2016 (caso Sabadell, Proc. núm. 59/2016) y las SSTs de 23 de marzo de 2017 (caso Bankia, Rec. Casación núm. 81/2016), de 20 de abril de 2017 (caso Abanca, Rec. Casación núm. 116/2016) y de 20 de diciembre de 2017 (caso Sabadell, Rec. núm. 206/2016), respectivamente favorables y contrarias a la extensión de la obligación de registro *ex art.* 35.5 ET a todos los trabajadores.

¹³ Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Sobre dicha reforma, puede consultarse Igartúa Miró, M. T., “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, TL, núm. 147, 2019, p. 115 y siguientes.

¹⁴ Con todo, tal aplicación a los trabajadores a distancia podía asimismo deducirse del carácter universal de la obligación de registro, cuyo fundamento se halla en el deber general, de Estados miembros y empresarios, de velar por la seguridad y salud de los trabajadores, así como, correlativamente, en el “derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diario y semanal”, Fundamentos Jurídicos 62, así como 30 y 32, de la STJUE de 14 de mayo de 2019. Igualmente, a su vez, ya la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Empleo y Seguridad Social -disponible en <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>- precisó que la obligación de registro alcanza a la totalidad de los trabajadores, inclusive “móviles, comerciales, temporales, trabajadores a distancia o [en] cualesquiera otras situaciones en las que la prestación laboral no se desenvuelve, total o parcialmente, en el centro de trabajo de la empresa”.

económica, contexto en el que procesos productivos desarrollados en diversos Estados se hallan interconectados, resultando, a nivel mundial, ya continuos. A su vez, los hábitos de consumo han evolucionado sensiblemente, facilitando las TICs, no sólo el acceso a mercados internacionales, sino también, en todos ellos, la demanda de bienes y servicios desde cualquier lugar y a cualquier hora. Todo ello, como es obvio, repercute en las estrategias organizativas de las empresas, ahora muy a menudo precisadas de respuestas rápidas -casi en tiempo real- y a cualquier hora. Para ello, a su vez, no es inusual el recurso a prácticas informales por las que los trabajadores resultan conminados a atender, ya finalizada su jornada de trabajo, los requerimientos empresariales. Y debe apuntarse otro factor añadido: la precarización de las condiciones de trabajo, arrastrada desde la crisis anterior, en no pocas ocasiones ha redundado en un incremento de la carga de trabajo de los empleados, de este modo constreñidos a finalizar sus cometidos laborales en sus hogares, tras el desempeño de su jornada laboral o en fines de semana o vacaciones. Para todos estos cometidos, bien fruto de la digitalización, bien consecuencia de la precarización de las condiciones de trabajo -bien de ambos-, además, los trabajadores ya se hallan dotados de las oportunas herramientas: móviles y ordenadores portátiles que ya forman parte de su vida diaria y que permiten así mismo trabajar desde cualquier lugar y a cualquier hora.

Si bien el contexto es nuevo -al resultar de un proceso, de digitalización, relativamente reciente-, la ordenación del factor tiempo de trabajo conforma la primera herramienta para la prevención de los riesgos inherentes a la conectividad. La Directiva 2003/88/CE, cuya transposición operan los arts. 34 y siguientes del ET, establece, en efecto, “las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”¹⁵. Resulta, pues, decisivo el deslinde efectivo entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, conforme a la referida norma europea -art. 2 de la Directiva- y jurisprudencia del TJUE y al amparo, asimismo, de nuestra normativa interna -art. 34.5 ET¹⁶, de nuevo con las correspondientes matizaciones efectuadas en sede judicial-. Y jornadas máximas -anual y diaria-, descansos mínimos -entre jornada y semanales-, así como festivos y vacaciones deben, asimismo, reivindicarse -y aplicarse- en pro de la seguridad y salud de los trabajadores, a modo de barrera frente a la conectividad constante. Y ello también en el caso de trabajadores especialmente expuestos: trabajadores a distancia, señaladamente, teletrabajadores, para los que el reciente Real Decreto-ley 28/2020 insta al respeto de tiempos de trabajo -al igual que en el caso de trabajadores presenciales, objeto de registro- y de tiempos de disponibilidad obligatoria, aún sin perjuicio de la eventual flexibilización del horario de trabajo (art. 13). Ya en clave

¹⁵ STJCE de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas y STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco.

¹⁶ Por el que se insta a un cómputo del tiempo de trabajo, de modo que “tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”.

de contexto, una referencia al impacto de la pandemia en el factor tiempo de trabajo es imprescindible: configurado el trabajo a distancia como opción preferente *ex art.* 5 del Real Decreto-ley 8/2020¹⁷, nuestros hogares se convirtieron, de la noche a la mañana, en oficinas improvisadas en que espacios, físicos y temporales, de vida (personal y familiar) y de trabajo se confundieron durante meses¹⁸. Tal solución excepcional gozó de legitimidad, al perseguir la protección frente a un riesgo grave e inminente -el de contagio por Covid-19¹⁹-, así como el mantenimiento del empleo pese al cierre de empresas y al confinamiento de trabajadores²⁰. Con todo, como es obvio, no es sostenible en el medio y largo plazo, debiendo transitar aquel teletrabajo de urgencia hacia un modelo saludable, en que, entre otras mejoras muy necesarias, se preserven los derechos al descanso de los trabajadores y por tanto su seguridad y salud.

Efectuado el deslinde -tiempo de trabajo *versus* tiempo de descanso-, si el trabajador no se halla desempeñando su jornada de trabajo, sino, por el contrario, en tiempo de descanso, este último debe resultar inmune a cualquier suerte de injerencia empresarial, inclusive a distancia -por medio de TICs- y al amparo de prácticas informales. Debe preservarse, pues, el descanso físico y así mismo mental o psíquico del trabajador, para lo que el trabajador ha de “desconectarse” de la empresa. Un objetivo para el que, habida cuenta la universalización de las TICs no es suficiente ya el mero distanciamiento físico o geográfico de las dependencias de la empresa. Por ello, precisamente, surge un instrumento nuevo: el derecho a la

¹⁷ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

¹⁸ Sobre el particular, puede consultarse Cruz Villalón, J., “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, abril 2020, p. 408 y siguientes; Casas Baamonde, M. E., “El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, julio 2020, p. 921 y siguientes; Álvarez Cuesta, H., “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020, 192.

¹⁹ *Vid.* tal configuración del teletrabajo, como medida de prevención del riesgo de contagio de COVID-19, en el Acuerdo de 9 de marzo de 2020, del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para zonas con transmisión comunitaria significativa de Coronavirus, cuyas medidas recoge el Criterio Operativo nº 102/2020, sobre medidas y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus (SARS-CoV-2).

²⁰ Tal ha sido, en realidad, el objetivo prioritario del conjunto de normas laborales y de Seguridad Social generadas al amparo de los sucesivos Reales Decretos-leyes dictados desde el inicio de la pandemia, cuyo “pilar o eje fundamental está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural”, con el objetivo de “estabilizar el empleo, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo”, según señaló, entre otros, el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio.

desconexión digital, para unos un verdadero derecho nuevo²¹, para otros la garantía del clásico derecho al descanso²².

3.2. El derecho a la desconexión digital

La intervención interna en la materia es relativamente reciente. En diciembre de 2018, con posterioridad a otros Estados de nuestro entorno²³, es aprobada la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, cuyo art. 88.1 establece el derecho de los trabajadores, y de los empleados públicos, “a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”²⁴. Y tal “derecho a la desconexión digital” transita, así mismo, al ET, al reformar la citada Ley Orgánica (Disp. Final 13^a) su art. 20 bis, que, hoy por hoy, establece el derecho de los trabajadores “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 (...)”²⁵ -todo ello, además, bajo la rúbrica “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la *desconexión*”-.

La técnica legislativa hace necesaria una primera aclaración. Al margen de otros objetivos colaterales sin duda de gran relevancia -la protección del referido derecho a la intimidad o del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar

²¹ Optando por dicha calificación, *vid.* García Quiñones, J. C., “La regulación de los derechos digitales en el ordenamiento español: una oportunidad para la ampliación de los derechos laborales”, RL, núm. 8, 2020, p. 1054 y 1055.

²² En general, sobre dicho debate doctrinal, *vid.* Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación...”, *op. cit.*, p. 249; Vallecillo Gámez, M. R., “EL derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, RTSS, CEF, 408/2017, p. 167; Blázquez Agudo, E. M., “Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos”, TyD, 50/2019, p. 9.

²³ Así, en Francia, por Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, “relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels” (Loi Travail), por la que se reforma el art. L.2242-8 del Código del Trabajo. Sobre ello, puede consultarse, Alemán Páez, F., “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-1088»”, TyD, núm. 30, 2017; Cialti, P. H., “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, TL, núm. 137, 2017, p. 163 y siguientes.

²⁴ Si bien tal precepto no ostenta naturaleza de Ley Orgánica (Disp. Final. 1^a de la Ley Orgánica 3/2018).

²⁵ En términos similares, *vid.* art. 14. j bis) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

y laboral, también objeto de mención expresa en el apartado 2 del citado art. 88-, el derecho a la desconexión digital debe, en primer término, vincularse a la ordenación del factor tiempo de trabajo. Esto es, ya como genuino derecho nuevo o como mera garantía, constituye una herramienta -a nuestro entender, valiosa- de protección del tiempo de descanso²⁶, cuya invasión por el empresario, aún *on line*, compromete directamente la salud de los trabajadores y también aquellos otros derechos que se proyecten en aquel tiempo de no trabajo, señaladamente los derechos a la intimidad y conciliación expresamente referidos. Estamos, pues, ante una genuina norma de prevención de riesgos laborales -precisamente de aquéllos, ya referidos, vinculados a la vulneración de los derechos de descanso-, que, además, coadyuva a la protección de otros derechos. A ello, por otro lado, no obsta la regulación en el marco de una Ley -la Ley Orgánica 3/2018- y de un precepto -el art. 20 bis ET- dedicados a la regulación de los denominados “derechos digitales”. Con todo, otra ubicación, en normas de naturaleza preventiva, señaladamente en aquellas destinadas a la fijación de descansos mínimos o en la propia LPRL, sin duda, hubiese resultado, en pro de la eficacia de la nueva herramienta, más conveniente²⁷.

Pero, ¿en qué medida el derecho a la desconexión digital protege, *de facto*, la salud de los trabajadores? Como se ha adelantado, la creación misma de la herramienta debe, a nuestro entender, acogerse favorablemente, pues visibiliza una problemática nueva fruto del surgimiento y universalización de las TICs: la proyección del poder de dirección del empresario más allá de la empresa, fuera de la jornada laboral, mediante prácticas, en la mayoría de los casos, informales. Más allá de ello, con todo, las aportaciones son escasas. El legislador remite, en efecto, a dos instrumentos, a los que expresamente encomienda la definición de las “modalidades de ejercicio” del derecho a la desconexión: por un lado, la negociación colectiva o, en su defecto, lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 88.2 de la Ley Orgánica 3/2018); por otro lado, la política interna, de elaboración obligatoria por el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores (art. 88.3 del mismo texto legal, a cuyo tenor, además, dicho protocolo debe así mismo determinar las “acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas”). Desde una perspectiva material, por tanto, la Ley tan sólo advierte de la pluralidad de manifestaciones -o, utilizando la expresión del legislador, de “modalidades de ejercicio”- del derecho a la desconexión digital, atendiendo “a la naturaleza

²⁶ Compartimos la consideración de que “no era superfluo, sino necesario, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital, como singular especificación “tecnológica” del derecho al descanso laboral”, Purcalla Bonilla, M. A., “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre”, REDT, núm. 218, 2019, p. 20.

²⁷ También en dicho sentido, *vid.* Iguartúa Miró, M. T., “El derecho a la desconexión digital...”, *op. cit.*, p. 71.

y objeto de la relación laboral”. Tal configuración, abierta o plural, sin duda, es razonable, pues ha de atenderse a las peculiaridades de cada sector de actividad, empresa o puesto, conformando la negociación colectiva, señaladamente a nivel empresarial, una herramienta adecuada para su desarrollo²⁸. Con todo, siendo cierta la premisa, la laguna legal es evidente: la norma no proporciona contenido mínimo alguno, ni siquiera con carácter subsidiario -a falta de intervención colectiva-, exigiendo, por tanto, la consecución de un resultado -la desconexión- sin señalar los cauces para alcanzar el mismo²⁹. Al menos explícitamente, la Ley interna no establece obligaciones concretas, ni en términos negativos -señalando un deber de abstención de remisión de comunicaciones ya finalizada la jornada de trabajo-, ni mucho menos en términos positivos -obligando, por ejemplo, a la implementación de dispositivos de interrupción de las citadas comunicaciones empresa-trabajador-. Sin duda, una enumeración de medidas de desconexión, de aplicación subsidiaria en defecto de convenio o acuerdo de empresa o, incluso, con carácter meramente orientativo habría sido de gran ayuda.

Y el enfoque propiamente preventivo tan sólo se infiere de la referencia a la denominada “fatiga informática” -como ya se ha destacado, presente tanto en la Ley de 2018 (art. 88.3), como en la reciente Ley de trabajo a distancia (art. 18.2 del Real Decreto-ley 28/2020)-: así, al instar a que las políticas internas definan “las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”. La precisión, sin duda, es bienvenida. Con todo, parece atender a una problemática diferente a la aquí tratada, cual es el recurso muy intenso -incluso constante-, a lo largo de la jornada de trabajo, de equipos informáticos, quedando al margen, por tanto, prácticas proyectadas al margen de aquélla. La advertencia, por así decirlo, va dirigida a los métodos de trabajo desplegados en tiempo de trabajo.

Ya desde una óptica subjetiva, debe destacarse positivamente el carácter universal de la norma en análisis, de aplicación a trabajadores -inclusive, los “que ocupen puestos directivos”- y empleados públicos, lo que resulta coherente con su imbricación preventiva. Particularmente, la expresa inclusión de directivos ha sido destacada positivamente por la doctrina, al quebrar la idea, muy extendida, de que el desempeño de puestos directivos conlleva inexorablemente una total disponibilidad³⁰. Y la norma llama asimismo la atención sobre un colectivo especialmente expuesto cuyo derecho a la desconexión digital debe, por tanto, ser

²⁸ Abogando por convertir el derecho a la desconexión en contenido habitual de los convenios colectivos, Rodríguez Fernández, M. L., “Sindicalismo y negociación colectiva 4.0”, TL, núm. 144, 2018, p. 32.

²⁹ En dicho sentido, *vid.* Iguartua Miró, M. T., “El derecho a la desconexión digital...”, *op. cit.*, p. 66.

³⁰ García Quiñones, J. C., “La regulación de los derechos digitales en el ordenamiento español...”, *op. cit.*, p 1057.

objeto de particular protección: así, en los “supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

Recientemente, tal mandato ha sido objeto respuesta, al contemplar el Real Decreto-ley 28/2020 una regulación específica del derecho a la desconexión de los trabajadores a distancia. En esta (art. 18), de nuevo el legislador establece el derecho de los trabajadores a distancia, “particularmente en teletrabajo, (...) a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018”. Y por vez primera el citado derecho es objeto de cierta concreción: según el Real Decreto-ley 28/2020, en efecto, “el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables”. La desconexión de los trabajadores a distancia, por tanto, implica riguroso cumplimiento de jornadas máximas -y correlativamente respeto de descansos mínimos-, a cuyos efectos, no obstante, la norma tan sólo aboga por una “limitación” del recurso a herramientas de comunicación empresa-trabajador en tiempo de descanso. Queda así claro el marco temporal de referencia -los periodos de descanso- y también el elemento objeto de intervención -“el uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo”-. Esto es, la garantía del derecho a la desconexión digital de los trabajadores a distancia debe proyectarse sobre sus descansos mediante una intervención -limitadora- sobre las TICs que propician la comunicación empresa-trabajador.

En cierto modo, por tanto, el legislador avanza en la definición del derecho de los trabajadores a distancia y ofrece un criterio orientativo para quienes trabajan presencialmente. Con todo, la intervención resulta sumamente tibia, incluso tolerante con prácticas que redundan en un deterioro significativo de los descansos de los trabajadores, con las consiguientes implicaciones en su salud, así como en otros derechos de suma relevancia -así en los ya referidos derechos a la intimidad y conciliación-. Tratándose de genuinos periodos de descanso, lo suyo habría sido establecer una prohibición de comunicación, abogando por la formalización de tiempos de espera o de disponibilidad “tecnológica”, por tanto objeto de reconocimiento explícito, inclusive, en su caso, a efectos de jornada y retribución³¹. De ello, se deduce una concepción “flexible” -incluso, “flexibilizadora”- del derecho a la desconexión, cuando menos alejada de aquel derecho a no tener contacto alguno, en tiempo de descanso, con herramientas digitales vinculadas a

³¹ En relación con tales tiempos de disponibilidad fuera de las instalaciones de la empresa, no caben, en efecto, en línea con la jurisprudencia europea, calificaciones genéricas como tiempo de trabajo efectivo, sino estudios casuísticos que atiendan a las circunstancias concurrentes -STJUE de 21 de febrero de 2018, Asunto C-518/15, Matzak-.

la actividad laboral; derecho, por tanto, a no hallarse localizable y a no contestar llamadas, mensajes o correos electrónicos fuera del horario laboral. Y ello es más llamativo aún al desprenderse tal derecho, en puridad, de la normativa interna -arts. 34 a 38 ET- y europea -Directiva 2003/88/CE- en materia de tiempo de trabajo³², a la que, de hecho, ya recurrían nuestros Tribunales antes mismo de la regulación del derecho a la desconexión y con igual objeto³³.

De nuevo, por consiguiente, y también en el caso de trabajadores a distancia -teletrabajadores inclusive-, convenios o acuerdos colectivos, así como políticas empresariales internas se erigen en cauces adecuados para la materialización del derecho. El art. 18.2 del Real Decreto-ley 28/2020 reitera, en dicho sentido, el mandato, ya expresado en 2018 (art. 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018), de elaboración por el empleador de una política de empresa que aborde el derecho a la desconexión -con referencia expresa, otra vez, a los trabajadores a distancia, pese a ser esta una norma precisamente dirigida a estos-. Y de nuevo se apela a la intervención de los negociadores para, vía convenio o acuerdo de empresa, “establecer 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”. Habilidadación que reitera la Disp. Adic. 1ª, si bien, en este caso, con objeto de exceptuar la desconexión: según esta, en efecto, convenios o acuerdos colectivos podrán regular “las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión”.

Así, tanto en el caso de trabajadores presenciales como a distancia -inclusive teletrabajadores-, ha de estarse a lo dispuesto por convenios y acuerdos de empresa, en que, hoy por hoy, se hallan las concretas medidas de desconexión³⁴. Medidas, en la mayoría de los casos, reconducidas a un mero derecho del trabajador a no responder “mails o mensajes profesionales” “una vez finalizada la jornada laboral”³⁵, “ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones”³⁶, siendo

³² En dicho sentido, Purcalla Bonilla, M. A., “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados...”, *op.cit.*, p. 12.

³³ Taléns Visconti, E. E., “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, AS, BIB 2018/8599, p. 3 y siguientes.

³⁴ Para un análisis de la negociación colectiva en la materia, *vid.* Barrios Baudor, G. L., “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, AS, BIB 2018\14719, p. 18 y siguientes.

³⁵ Así, en el muy citado art. 14 del Convenio Colectivo del Grupo AXA (BOE de 10 de octubre de 2017).

³⁶ Esta precisión en el Acuerdo Laboral, de 26 de junio de 2018, en el marco del proceso de fusión entre las entidades Banco Santander, S.A., Banco Popular S.A. y Banco Pastor, S.A. alcanzado entre la dirección de las entidades y la representación social.

además generalizada la configuración de excepciones, muy a menudo la genérica “causa de fuerza mayor” en modo alguno objeto de definición³⁷. Y debe subrayarse el engarce de las referidas medidas, bien en el marco de las previsiones destinadas a garantizar la conciliación de la vida personal y familiar³⁸, bien, en la mayoría de los supuestos, en el contexto de la regulación del tiempo de trabajo y no, en cambio, salvo alguna excepción, en los epígrafes formalmente dedicados a la prevención de riesgos laborales³⁹. Se trata, por tanto, en muchos casos al menos, de “meras previsiones programáticas de las que apenas puede derivarse responsabilidad alguna”⁴⁰ y cuyo aspecto más destacado es su carácter innovador, al aprobarse antes incluso de la intervención del legislador y en un contexto convencional que, con carácter general, no contempla acciones similares.

3.3. La prevención de riesgos laborales como marco de referencia

Tratándose de una materia que releva de la salud de los trabajadores, la normativa de prevención de riesgos laborales conforma el necesario telón de fondo. Un mero recordatorio de los derechos y deberes de seguridad y salud, en efecto, arroja una luz nueva.

Ha de partirse, como es evidente, de los arts. 19 ET y 14 LPRL, a cuyo tenor, como se recordará, “los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”, lo que, a su vez, genera el “correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales” -inclusive, por tanto, los derivados de la conectividad permanente del trabajador-, debiendo, pues, adoptarse “cuantas medidas sean necesarias”. La evaluación de riesgos, en particular, debe así mismo perseguir la identificación de aquellos vinculados a un uso ilimitado de dispositivos electrónicos, desarrollando el empresario aquellas “actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos” (art. 16 LPRL). Así, por ejemplo, mediante la implementación de sistemas de bloqueo de comunicaciones en horario no laboral o de redirección de estas hacia efectivos en tiempo de trabajo. Por lo que, más allá de lo dispuesto en convenios y acuerdos de empresa o en las políticas internas en

³⁷ Así en los ya citados Convenio Colectivo del Grupo AXA y Acuerdo Laboral de fusión de los bancos Santander, Popular y Pastor, así como en el Acuerdo, de 27 de junio de 2018, para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica S.A.

³⁸ Por ejemplo, en el marco de los Planes de Igualdad contemplados en el Anexo 3 del XVI Convenio Colectivo de la ONCE y su personal (BOE de 18 de enero de 2018) o en el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol (art. 16.9 (BOE de 4 de enero de 2018)).

³⁹ Entre dichas excepciones, puede referirse el Convenio Colectivo de la empresa Barcelona Cicle de l’Aigua (BOP Barcelona de 18 de abril de 2018), al albergarse el precepto dedicado al derecho a la desconexión digital -art. 65- en el Capítulo XIII dedicado a la seguridad y salud laboral.

⁴⁰ Barrios Baudor, G. L., “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español...”, *op. cit.*, p. 4.

la materia -en aplicación, como se ha visto, de los arts. 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018 y 18.2 del Real Decreto-ley 28/2020-, tales sistemas alcanzan un status nuevo: pasan a configurarse formalmente como medidas preventivas, fruto de los derechos y deberes básicos de protección -arts. 4 y 5 ET y 14 LPRL-, a su vez con engarce constitucional (arts. 40.2 y 15 CE).

Habida cuenta el perfil de los riesgos que pretenden atajarse, reviste especial relevancia el deber empresarial de formación “suficiente y adecuada, (...) tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías (...)” (arts. 19.4 ET y 19 LPRL). En este deber de carácter preventivo, por tanto, pueden subsumirse aquellas “acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”, que deberían acoger las políticas internas -si bien, según se desprende de la literalidad de las normas en la materia, sin plazo alguno⁴¹-. Acciones que, a nuestro entender, no sólo debieran proyectarse sobre la jornada de trabajo, sino, al igual que las propias TICs, en periodos de descanso, para preservar estos y evitar los riesgos vinculados a su vulneración en términos cuantitativos y cualitativos. La digitalización de las relaciones de trabajo -como parte de un proceso que alcanza también a nuestras vidas privadas- requiere de un proceso educativo o cultura para un recurso saludable a las nuevas tecnologías. La clásica “cultura del presencialismo” no puede, en efecto, sustituirse por la “cultura de la conexión permanente”, para lo que resulta necesaria una revisión de sistemas organizativos, pero también de métodos de trabajo, formando a los trabajadores, también a directivos, en la utilización ponderada de las TICs. Se trata, en esencia, de evitar el desarrollo de conductas adictivas, señaladamente de la tecnoadicción más arriba referida.

Por otro lado, toda vez que la conectividad se proyecta más allá del lugar de trabajo y puesto que los trabajadores concernidos a menudo gozan de una destacada autonomía organizativa -tal es el caso de los que ocupan puestos directivos o trabajan a distancia, expresamente referidos por las normas analizadas-, también estos han de velar por su propia seguridad y salud -art. 29 LPRL-, cumpliendo, también en su esfera privada, las medidas de prevención arbitradas. De modo que, a efectos de protección frente a la conectividad -al igual que para la prevención de los riesgos profesionales de los trabajadores a distancia⁴²- cobra especial trascendencia el deber de auto-protección del trabajador, en que debe subsumirse, por consiguiente, el ejercicio de aquel derecho a no responder a comunicaciones

⁴¹ Destacando esta cuestión, García Quiñones, J. C., “La regulación de los derechos digitales en el ordenamiento español...”, *op. cit.*, p. 1057.

⁴² AA.VV., *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés* (Dir.: Mella Méndez, L.), Wolters Kluwers, Madrid, 2017, p. 67 y 68.

empresariales en tiempo de no trabajo -como se ha visto, materialización al uso, en el plano colectivo, del derecho a la desconexión digital-.

4. ALGUNAS PROPUESTAS A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La conectividad o hiperconexión no es sólo cosa de teletrabajadores o directivos. Prácticamente todos los trabajadores se ven hoy avocados a permanecer atentos al devenir de sus tareas laborales ya finalizada la jornada de trabajo, en fines de semana o vacaciones. Tal estado de alerta constante y disponibilidad ilimitada halló en las TICs, ya plenamente integradas en nuestro quehacer (profesional y personal) diario, un perfecto vehículo de transmisión.

Laboralmente, las implicaciones son de suma relevancia, en términos económicos -al quebrar el equilibrio económico del contrato-, de privacidad del trabajador -con el consiguiente impacto en el derecho a la intimidad- o de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pero también desde una óptica preventiva. La conectividad proyectada sobre tiempos de descanso redundaría en una vulneración, al menos cualitativa, de estos últimos, pues estos no propician ya la necesaria recuperación física y psíquica de los trabajadores, lo que redundaría en una grave afectación de su salud. Impacto, por otro lado, intensificado por las herramientas de conexión: las TICs, a las que, como se ha señalado, se vinculan riesgos específicos -tecnoestrés, esencialmente, en sus diversas manifestaciones-.

La conectividad o hiperconexión debe, pues, abordarse desde una perspectiva preventiva. Las evaluaciones de riesgos deben procurar la identificación de aquellos específicamente vinculados a la misma y el empresario ha de adoptar medidas eficaces para su eliminación o contención. No son suficientes, por tanto, reconocimientos generales del derecho de los trabajadores a no responder a comunicaciones empresariales en tiempo de no trabajo -como así se prevé en la negociación colectiva- y menos aún llamamientos a meras “limitaciones” de tales comunicaciones -como se desprende del reciente Real Decreto-ley 28/2020, aún en el caso de trabajadores a distancia-. El empresario ha de asumir un papel proactivo, proporcionando herramientas eficaces para un uso de las nuevas tecnologías respetuoso con la seguridad y salud de los trabajadores: así, mediante la implementación de herramientas -tecnológicas- para la interrupción efectiva de la comunicación empresa-trabajador o por las que se proceda al reenvío de demandas laborales exclusivamente hacia empleados en horario de trabajo, pero también a través de la revisión realista de las cargas de trabajo procurando su ajuste a la jornada pactada. Un esfuerzo especial, finalmente, requiere la formación digital de los trabajadores, en estos tiempos de digitalización global también precisados de pautas para un uso razonable y saludable de las TICs.

RIESGOS PSICOSOCIALES DEL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES*

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo

EXTRACTO

Palabras clave: nuevas tecnologías, trabajo a demanda, plataformas digitales, salud laboral, riesgos psicosociales.

La incorporación de la tecnología en el entorno laboral ha introducido cambios en la organización, la gestión y el control de las prestaciones de servicios, que pueden afectar a la salud de las personas trabajadoras. En el caso del trabajo a demanda a través de plataformas informáticas, el lugar y tiempo de trabajo, la precariedad de las condiciones de trabajo, la inseguridad y la forma de organización y control del trabajo han propiciado la aparición de riesgos psicosociales. El estrés y el acoso tecnológico menoscaban la salud de los trabajadores y merman su rendimiento. Urge la reformulación de actuaciones en materia de salud laboral que garanticen un uso adecuado de las nuevas tecnologías.

ABSTRACT

Keywords: new technologies, on demand work, digital platform, occupational health, psychosocial risks.

The incorporation of technology into the work has involved changes in the organisation, management and control of service provision, which can affect the health of workers. In the case of work on demand through digital platforms the place, time, organisation and control of work and the precariousness of working conditions have led to the emergence of psychosocial risks. Technological stress and harassment undermine workers' health and performance. There is an urgent need to reformulate actions in the field of occupational health to ensure the appropriate use of technologies.

* Este trabajo fue presentado como comunicación en el marco del Congreso Internacional on-line “*Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización*” celebrado en formato cíclico durante los meses de octubre y noviembre de 2020 y organizado por el Sub-Proyecto de Investigación “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER, así como, en lo relativo al Congreso, por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana. Asimismo, el trabajo se enmarca en el subproyecto “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital*” (DER2017-83488-C4-2-R), integrado en el proyecto coordinado “*Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*” (DER2017-83488-C4-1-R), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

ÍNDICE

1. DESAFÍOS DE LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL
2. FACTORES PSICOSOCIALES DERIVADOS DEL USO DE LAS TECNOLOGÍAS
3. CARACTERES DEL TRABAJO ATÍPICO EN EL MODELO DE NEGOCIO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES
4. RIESGOS LABORALES ASOCIADOS AL TRABAJO EN PLATAFORMAS
5. LA GESTIÓN DE LA PREVENCIÓN SOBRE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

1. DESAFÍOS DE LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

La globalización de la economía, la descentralización y digitalización de los procesos productivos y la incorporación de la tecnología en el entorno laboral han introducido cambios importantes en el modelo de relaciones laborales en relación con la organización, gestión y control de las prestaciones de servicios y de las personas trabajadoras¹. Esos cambios han producido, frente al patrón de trabajo asalariado más tradicional, proveniente ya de la industrialización, una transformación cualitativa de la forma de prestar los servicios y de sus condiciones de ejecución.

La digitalización del trabajo, la robótica y la automatización, la inteligencia artificial, Internet, la conectividad generalizada, la tecnología portátil, los *big data*, las plataformas digitales y, en definitiva, la capacidad de almacenar, transmitir y manipular la información... posibilitan la innovación, renovación e incluso sustitución de muchos puestos de trabajo, difuminan los límites entre la relación laboral y actividades no laborales y facilitan la aparición de nuevas formas de empleo más flexible, pero también atípico o vulnerable, que no siempre cumple los estándares del trabajo decente.

La incorporación al trabajo de la tecnología constituye una realidad en continuo desarrollo, que afecta a los puestos de trabajo -algunos de los cuales pueden llegar a desaparecer, reemplazando a los trabajadores por máquinas-, a la organización y condiciones de prestación de los servicios, a la forma, al lugar y a las personas que realizan el trabajo, a la vigilancia y control empresarial... y que

¹ El modelo de relaciones laborales ha ido adaptándose, en cada momento, a la realidad socio-económica, produciéndose las principales transformaciones como consecuencia de procesos de desarrollo tecnológico, que requirieron cambios organizativos en los procesos productivos. Descentralización productiva, globalización, nuevas tecnologías y robotización, medio ambiente, flujos migratorios y cambios culturales son factores contextuales que caracterizan el modelo actual. Véase, Cruz Villalón, J., “El futuro del trabajo y su gobernanza”, *Temas Laborales*, n. 137, 2017, pp. 14 ss.

comporta también nuevos riesgos laborales y retos para la seguridad y salud de los trabajadores².

La tecnología en sí misma genera efectos positivos, aunque puede suponer también una amenaza de desempleo, la pérdida de puestos de trabajo y una presión constante de reciclaje profesional para los trabajadores. La posibilidad de conexión con un dispositivo digital portátil -*smartphone*, tableta, portátil...- desde cualquier tiempo y espacio facilitan la deslocalización del trabajo y una mayor autogestión del tiempo de trabajo. El “trabajo móvil basado en las TIC”³ -también denominado *flexwork* o trabajo en movilidad⁴- permite trabajar en cualquier momento y lugar con una mayor flexibilidad laboral interaccionando con los jefes, los compañeros de trabajo o con clientes. Las nuevas tecnologías digitales han modificado, pues, la forma, lugar y tiempo de prestación de servicios.

Esa mayor autonomía y flexibilidad en el trabajo constituye no solo una respuesta a la demanda de las empresas de mejorar su productividad sino también a la reivindicación de los trabajadores de cierto margen de adaptación espacio-temporal en la prestación de sus servicios que permite, en un momento dado y gracias a la cotidianidad en el uso de las TIC, desarrollar su actividad sin necesidad de ir a la oficina y favorece la conciliación de responsabilidades personales, familiares y laborales. Supone cambios relevantes, tanto en la concepción del espacio físico desde el que el prestador de servicios puede realizar su trabajo, como en la posibilidad de gestionar su tiempo de trabajo. Cambios no exentos de riesgos si no se prioriza el derecho a la desconexión digital con una adecuada separación entre el tiempo y lugar de trabajo y de descanso o de no trabajo, blindando la vida personal y familiar del trabajador y garantizando el adecuado equilibrio entre flexibilidad y salud laboral⁵. Paradójicamente, aunque la flexibilidad se demanda

² Como afirman Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R., “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, vol. I, p. 334 la sobreexposición tecnológica en el entorno laboral es causa de nuevas dolencias o enfermedades profesionales.

³ *ICT-based mobile work*. Véase AA.VV., *New forms of employment*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxemburgo, 2015, pp. 72 ss. Esta forma de empleo, que puede considerarse una variante del teletrabajo, pero a diferencia de este, que se suele realizar desde un lugar fijo, distinto de las instalaciones de la empresa, en el caso del trabajo móvil basado en las TIC, el trabajador o el autónomo pueden realizar su trabajo con la ayuda de tecnología moderna, como un portátil, desde distintas localizaciones fuera del centro de trabajo, incluso en desplazamiento.

⁴ Arrieta Idiákez, F.J., “La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia”, *Lan Harremanak*, n. 42, 2019, p. 95.

⁵ Como se afirma gráficamente en el documento de la OIT, Memoria del Director General. Informe I. *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional

para facilitar la conciliación de responsabilidades un elevado nivel de autonomía suele implicar mayor carga e intensidad de trabajo, frecuentemente por presión del propio trabajador, e incluso posibilidad de “presentismo virtual”, trabajando desde el domicilio incluso cuando la salud del trabajador le incapacitaría temporalmente para trabajar.

Por otra parte, la obtención y procesamiento de cantidades ingentes de datos e información y las propias tecnologías digitales pueden contribuir a reducir los riesgos laborales y a mejorar las condiciones de trabajo. La toma de decisiones fundadas en la recogida y el tratamiento de datos estadísticos e información y la tecnología predictiva, permiten crear entornos de trabajo más seguros y eliminar o minimizar contextos tradicionalmente peligrosos, penosos o degradantes, mediante el reemplazo de trabajadores por la robótica, la automatización y la inteligencia artificial. Pueden contribuir a reducir la exposición de los trabajadores a sustancias tóxicas o entornos peligrosos, dejar a las máquinas las tareas monótonas y repetitivas, o la manipulación de cargas y trabajos duros. Permiten, pues, dejar de hacer algunas de las tareas más peligrosas de un trabajo.

Con todo, en un contexto de trabajo digitalizado, ganan presencia factores psicosociales y organizacionales que afectan a la salud de los trabajadores y provocan nuevas dolencias -problemas musculares, dolores de cabeza, fatiga mental y física, agotamiento cognitivo, sobrecarga informativa, ansiedad, miedo, estrés laboral, dificultad para descansar, pérdida de autoestima...-. También riesgos ergonómicos por los dispositivos móviles utilizados o los propios lugares de trabajo, más difíciles de evaluar por el empresario, para una adecuada actividad preventiva. Y, por supuesto, nuevos riesgos de exposición a sustancias peligrosas, campos electromagnéticos muy intensos, peligros físicos derivados de fallos técnicos provocados por ciberataques, o realización de tareas repetitiva o que requieran un elevado grado de destreza y sean difíciles de automatizar⁶.

Los cambios en las relaciones laborales vinculados a los procesos y nuevos entornos laborales de digitalización reducen el contacto entre los trabajadores, aumentan la presión sobre el rendimiento y afectan especialmente a la salud mental de los trabajadores. Frecuentemente provocan un incremento de los niveles de estrés relacionado con el trabajo, dificultades de desconexión efectiva del trabajo, inseguridad laboral, debilitamiento de la frontera entre trabajo y vida personal e incluso problemas de ciberseguridad...

del Trabajo, 2015, p. 15 la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada permite que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero también que pase más tiempo trabajando en casa y “evoca formas de organización del trabajo del período preindustrial”.

⁶ Más ampliamente, EU-OSHA (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo), *Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018, pp. 8 ss.

Esos nuevos riesgos derivan de factores tales como la realización del trabajo en solitario o de forma aislada, el incremento del trabajo sedentario, la exposición a campos electromagnéticos, la frecuencia de los cambios de empleo a lo largo de la vida laboral y el alargamiento de esta, la atipicidad, precariedad e inestabilidad del empleo, la difícil separación entre la vida personal y laboral, la pérdida de control sobre el tiempo o el lugar de prestación de los servicios, los nuevos mecanismos de fiscalización y monitorización de los trabajadores mediante tecnologías digitales, la gestión del trabajo a través de plataformas y mediante algoritmos, la exigencia de una disponibilidad permanente, con horarios de trabajo irregulares, difícilmente compatible con la limitación de la jornada laboral y los descansos necesarios... La situación incluso se ha agravado con el aceleramiento en el proceso de la digitalización derivado de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, al erigirse las tecnologías de la comunicación -y el trabajo a distancia en particular- en una pieza clave para minimizar el impacto de las medidas de contención y restricciones a la actividad productiva derivadas de la pandemia.

Sin duda, el desafío se extiende a los trabajadores por cuenta propia, a quienes los propios clientes demandan frecuentemente la adaptación de la jornada de trabajo a sus necesidades y exigen trabajar desde diferentes lugares con la flexibilidad que permiten las TIC. Agrava la situación el momento actual de transición hacia una cada vez mayor economía de servicios y la también mayor precariedad del trabajo autónomo.

2. FACTORES PSICOSOCIALES DERIVADOS DEL USO DE LAS TECNOLOGÍAS

Partiendo de los efectos positivos que el uso de las nuevas tecnologías aporta al sistema de relaciones laborales, es importante considerar que la tecnología es, en sí misma, neutra, y que puede comportar también riesgos, principalmente psicosociales, si no se realiza una adecuada evaluación del puesto y se trata de adaptar el trabajo a la persona⁷. Es, pues, fundamental, planificar adecuadamente la prevención, para eliminar, reducir o controlar las secuelas que las tecnologías pueden provocar en la salud de los trabajadores. El propio art. 15 LPRL requiere que la planificación de la prevención persiga un sistema coherente, que integre “la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”.

⁷ Véanse algunos de los aspectos potencialmente positivos y negativos del uso de la tecnología en Manzano Santamaría, N., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*, Nota Técnica de Prevención 1122, INSHT, 2018, p. 2-3.

La interacción entre la persona trabajadora y la tecnología que necesita para la realización de su trabajo puede provocar ciertos desajustes y generar problemas en la salud de los trabajadores. El desempeño del trabajo en condiciones de entorno físico inadecuado puede ser en sí mismo estresante. Igualmente ocurre con el hecho de ejercer trabajos peligrosos o trabajar con equipos o materiales que en sí mismo son nocivos. Los desajustes pueden venir provocados por condiciones relativas al diseño, exceso o escasez de tecnologías, al funcionamiento y mantenimiento de equipos, al uso de *software*, a exigencias de aprendizaje permanente o de elevada e intensa conectividad, a la exposición a entornos físicos adversos o nocivos (como campos electromagnéticos, iluminación, vibraciones o ruido)...

Pero, además de los riesgos derivados del uso de los equipos, máquinas, herramientas o *software* que se utilizan para el desempeño de las tareas, las propias condiciones de la prestación del servicio vinculadas al contenido, organización y realización del trabajo y al entorno en el que se realiza, constituyen factores psicosociales con capacidad para afectar la salud física, psíquica o social del trabajador⁸. Para evitar que condiciones deficientes o adversas supongan una amenaza para la salud de los trabajadores, debe evaluarse el tipo de exposición que comporta el lugar, el tiempo, el modo o los medios utilizados en la prestación del servicio, pero teniendo en cuenta variables subjetivas, como la percepción que el propio trabajador tiene sobre esas condiciones o incluso sobre su valía o su autoeficacia hacia la tecnología, así como su posibilidad misma de desconexión digital.

El contenido de la prestación, tal y como resulta del contrato y también tal y como es percibido por quien lo realiza, puede comportar tareas cortas, repetitivas, monótonas, desagradables, con exigencias emocionales, de creatividad, de trato al público, de responsabilidad y comportar sentimientos de trabajo poco valorado, de rechazo o de desajuste con las capacidades del trabajador.

El desempeño del propio trabajo, a veces en solitario, sin relaciones interpersonales con otros trabajadores de la empresa, sin posibilidad de promoción, con gran inseguridad contractual, la insuficiente e insegura remuneración, la carga y ritmo requerido de trabajo, la imprevisibilidad de tareas, los plazos de ejecución, los espacios de trabajo poco convencionales, el tiempo de trabajo, con horarios irregulares o impredecibles, jornadas excesivas, descansos inadecuados y la disponibilidad permanente, con dificultades de separar el tiempo de trabajo y de no trabajo son factores que entrañan también un riesgos psicosocial, así como la falta de capacidad de control del trabajador sobre el desempeño del trabajo, la carga, el ritmo o el tiempo de trabajo.

⁸ El concepto de factores psicosociales fue definido, en este sentido, ya por OIT/OMS en la década de los ochenta -*Informe del comité mixto OIT/OMS de Medicina del Trabajo*, Novena reunión, Ginebra, 1984-. Véase Pérez Bilbao, J., Nogareda Cuixart, C., *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, Nota Técnica de Prevención 926, INSHT, 2012, p. 1.

Los efectos negativos de factores de origen psicosocial sobre la salud de los trabajadores suelen originar estrés, ansiedad, depresión u otros trastornos similares emocionales o psicológicos, cuya intensidad y gravedad dependerá también de las características personales del trabajador y del entorno y apoyo personal y social con el que cuente. Y si no se actúa adecuadamente sobre la exposición al riesgo, los daños pueden ser psicosomáticos -problemas en el sueño, dolores musculares o de cabeza, trastornos gastrointestinales...-, organizacionales -falta de adaptación, ineptitud sobrevenida, reducción del desempeño, absentismo, *burnout*...- y dar lugar a enfermedades nocivas.

Los riesgos psicosociales más frecuentes en el uso de la tecnología en las relaciones laborales derivan del llamado estrés tecnológico o tecnoestrés⁹. Se trata de una reacción fisiológica de respuesta frente al uso de las nuevas tecnologías en el trabajo. Inicialmente se vinculó a la falta de habilidad o incompetencia de los usuarios, pero más tarde se extendió al impacto negativo de la tecnología en general -sobrecarga de trabajo e información, rutina, instrucciones contradictorias, conflicto entre trabajo y familia...-. El estrés genera una tensión física y psicológica cuando el trabajador no se siente capaz de responder adecuadamente a las exigencias del entorno de trabajo o no se hace un uso racional de la tecnología, que garantice el derecho a la desconexión digital, a una conciliación corresponsable y al descanso.

Se distinguen tres tipos de estrés tecnológico¹⁰ -tecnoansiedad (que incluye la tecnofobia), tecnofatiga (que comprende el síndrome de fatiga informativa por sobrecarga y dificultad de estructurar y asimilar la información cuando se utiliza Internet) y tecnoadicción-, dependiendo de que el estrés se asocie a síntomas como la tensión, ansiedad, miedo o pensamientos negativos sobre la propia capacidad y competencia por el uso presente o futuro de algún tipo de nuevas tecnologías; o bien a sentimientos de cansancio, fatiga o agotamiento mental y cognitivo debidos al uso de tecnologías, que pueden comportar incluso actitudes escépticas sobre la eficacia de la tecnología; o bien a una obsesión compulsiva, dependencia absoluta o adicción a la tecnología -Internet, correo electrónico, móvil, etc.¹¹-.

El tecnoestrés se complementa con la telepresión, derivada de una conexión excesiva a las nuevas tecnología y una sensación de coerción, presión o ansia, cuando menos subjetiva, por responder correos, mensajes, llamadas... de forma

⁹ Aragüez Valenzuela, L., “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. II, n. 2, 2017, <http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2017.i02.12>, pp. 169 ss.

¹⁰ AA.VV., *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, Nota Técnica de Prevención 730, INSHT, 2007, p. 1 s.

¹¹ En relación con el uso no imparcial de la tecnología y los efectos de la hiperconexión digital en la salud, Serrano Argüeso, M., “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, *IUSLabor*, n. 2, 2019, pp. 10 ss.

inmediata. La telepresión se asocia con una deficiente gestión del tiempo de trabajo, cortes continuados en el desempeño del trabajo y falta de productividad, así como, frecuentemente, con sensación de fatiga, agotamiento y daños en la salud que incrementan el absentismo laboral.

3. CARACTERES DEL TRABAJO ATÍPICO EN EL MODELO DE NEGOCIO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

La incorporación de las nuevas tecnologías en el entorno laboral ha impulsado importantes cambios organizativos en los procesos productivos y una versión más moderna y tecnológica de la deslocalización y la descentralización¹². Fundamentalmente a través del *crowdsourcing* y la economía de plataformas, que se caracterizan por una externalización total del servicio y su división en micro-tareas, mediante una multiplicidad de colaboradores o potenciales proveedores de servicios, contratados usualmente como autónomos, a los que se les ofrece el servicio bajo demanda del cliente. Se incluye, pues, en la *gig economy* o economía bajo demanda y manifiesta un enorme potencial de transformación del modelo de producción y de las relaciones de trabajo¹³. La plataforma selecciona al colaborador con el que se pueda atender el encargo del cliente al menor coste y la contratación del servicio se realiza a demanda y por el tiempo de duración del mismo¹⁴.

Este modelo de negocio, aparentemente horizontal y participativo, utilizado también para favorecer el autoempleo y el emprendimiento, permite ofrecer, prestar y recibir bienes o servicios a través de aplicaciones informáticas y mediante un empleo o contratación en red bajo demanda, sin apenas trabas burocráticas. Es también una modalidad de eWork, que permite organizar el trabajo mediante la comunicación, transferencia de datos y resultados en remoto o a distancia, a través del uso de TIC.

Las plataformas pueden ofertar actividades a realizar *online*, que se ejecutan o entregan sin necesidad de contacto físico, en línea, a través de la red, pudiendo estar

¹² Con anterioridad, se evolucionó de un sistema de producción fordista, caracterizado por la producción industrial en serie y una estructura organizativa jerarquizada bajo la dirección del empleador, a un modelo de empresa descentralizada, caracterizado por la externalización y subcontratación de parte de los procesos productivos, incluso con carácter transnacional. El ciclo productivo pasó, pues, de estar controlado íntegramente por la empresa, a su división en tareas que pueden ser llevadas a cabo de manera independiente.

¹³ Cavas Martínez, F., “Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales”, *Revista de Derecho Social*, n. 87, 2019, pp. 66 s.

¹⁴ Los lindes entre prestadores de servicios, empresarios y usuarios o clientes se difuminan en el trabajo prestado a través de plataformas. Martín Rivero, L., “La identificación del sujeto empleador en el contrato de trabajo: empleadores complejos y plataformas digitales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 10, 2018, pp. 1117-1138.

muy distantes geográficamente el proveedor del servicio y el cliente. Pero también pueden servirse de aplicaciones (o apps) móviles para proporcionar servicios que deban prestarse presencialmente a nivel local¹⁵, y que exijan, incluso, conocer, a través de mecanismos de geolocalización, la ubicación y la disponibilidad del prestador -*crowdsourcing offline*¹⁶-. Pueden, además, prestarse actividades de carácter no solo mecánico o manual sino también creativo o intelectual, propias de sectores muy diversos, más o menos tradicionales y de mayor o menor cualificación -transporte, alojamiento, limpieza, reparaciones, belleza, fisioterapia, atención sanitaria, traducción, trabajos tecnológicos, científicos, de arquitectura, ingeniería, consultoría, asesoría, formación.....-. Algunos servicios pueden desarrollarse, mediante la digitalización e informatización, a modo de eslabón de un proceso productivo y en condiciones de automatización, deslocalización, especialización y abaratamiento de costes, en lo que se ha denominado el taylorismo digital o informático¹⁷. La descentralización permite que las tareas puedan ser realizadas por trabajadores con diferente formación, cultura y edad, incluso especialistas dispersos geográficamente.

Las plataformas pueden operar como meras empresas tecnológicas de intermediación, para ofrecer un punto de encuentro entre los potenciales usuarios -clientes o prestadores de servicios-, sin influir en absoluto, o al menos sustancialmente, en las condiciones de prestación del servicio, incluso como portales especializados en la intermediación en el mercado de trabajo¹⁸. Pero habitualmente actúan como verdaderas plataformas prestadoras de servicios, que organizan, dirigen y controlan la actividad que ofertan y ejercen una influencia decisiva sobre las condiciones en las que se debe desarrollar, sean servicios cuya realización deba hacerse presencialmente o trabajos que se transfieran a través de la red.

¹⁵ Álvarez Cuesta, H., “La *gig economy* y la obligación de coordinar la seguridad y salud de sus “autónomos””, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n. 5, 2018, p. 87; Suárez Corujo, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, *Temas laborales*, n. 141, 2018, p. 40; Todolí Signes, A., “Sobre la llamada economía colaborativa y sus implicaciones laborales y sociales”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n. 29, 2017, p. 173 s.

¹⁶ Sobre la distinción, véase Gorelli Hernández, J., “Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (*crowdsourcing offline*)”, *Revista de Derecho Social*, n. 86, 2019, pp. 39 s.

¹⁷ Degryse, C., *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, European Trade Union Institute (ETUI) 2016, p. 36, accesible en <https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisation-of-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets>.

¹⁸ García Rubio, M.^aA., “Portales digitales de empleo y agencias de colocación: puntos de intersección y de indefinición normativa”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 7, 2019, pp. 668-681.

Con un modelo de negocio amparado en la libertad de empresa, las plataformas prestadoras de servicios optan por una descentralización peculiar, segmentada en tareas individuales muy acotadas y de muy corta duración, articulada como *crowdsourcing*, con una pluralidad de prestadores de servicios registrados en la plataforma para garantizar la cobertura de la demanda de forma eficaz y eficiente en todo momento y un llamamiento a demanda o abierto en red¹⁹. Aunque la plataforma exija la localización y disponibilidad del proveedor del servicio, su contratación se realiza cuando el trabajador es seleccionado por la plataforma y acepta el encargo, tras el requerimiento del cliente y únicamente por el tiempo de duración del servicio. El trabajador tiene, aparentemente, flexibilidad para la organización de la prestación del servicio e incluso autonomía para aceptar o rechazar las tareas asignadas, pero con frecuencia el empleador digital organiza, controla e incluso evalúa la calidad de los servicios que presta y el trabajo autónomo desarrollado encubre en realidad una prestación de servicios subordinada²⁰, realizada en régimen de inseguridad y precariedad, sin opción de decidir el lugar, el cliente o el precio del servicio. Trabajo a demanda, de carácter ocasional, inestabilidad, parcialidad, deficiencia de derechos colectivos, dificultades de conciliación de responsabilidades, inseguridad económica, insuficiencia de protección social y problemas de seguridad y salud laboral son caracteres que suelen concurrir en la prestación de servicios²¹. Los períodos de inactividad no se retribuyen, salvo que se garanticen unos ingresos mínimos en concepto de compensación económica por la disponibilidad del trabajador.

Sin duda son numerosos los riesgos laborales y de Seguridad Social a los que se enfrentan los trabajadores en estas nuevas formas de trabajo enmarcadas en la economía de las plataformas. La doctrina iuslaboralista ha centrado su atención en los últimos años en la naturaleza de la relación contractual de la prestación de servicios, partiendo de su configuración real y con independencia del *nomen iuris* del contrato²², para mitigar la pretendida huida del Derecho del Trabajo y la ausencia de derechos laborales indisponibles y de protección social para el

¹⁹ Otero Gurruchaga, C., “El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral. Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 1, 2018, pp. 61-74.

²⁰ Cabeza Pereiro, J., “Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía”, *Revista de Derecho Social*, n. 86, 2019, p. 64.

²¹ Véase un análisis comparativo sobre las condiciones de trabajo en cinco de las principales plataformas de microtareas que operan a nivel mundial, en AA.VV., *Informe Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.

²² También la economía informal, la precarización del empleo, la desprotección social o la situación misma de los trabajadores en el mercado de trabajo digital. Véase Rodríguez-Piñero Royo, M., “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social”, *Temas Laborales*, n. 138, 2017, pp. 125 ss.

trabajador²³, pero es preciso atender también los riesgos para la salud derivados de los cambios organizativos que este modelo de producción introduce en los sistemas de relaciones laborales y de las condiciones laborales en las que se desarrollan los procesos productivos. En particular, cuando no es el cliente el que selecciona al prestador del servicio y negocia las condiciones de prestación sino que son las propias aplicaciones informáticas las que, sirviéndose de un *software* que permite registrarse a clientes y potenciales prestadores de servicios y mediante algoritmos, atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia, ajustan la oferta y la demanda tratando de reducir costes y distribuyendo las tareas encargadas por los clientes entre los profesionales de la plataforma que mejor se adaptan a los requerimientos de los clientes y de la propia plataforma. Para ser seleccionado por el algoritmo y poder garantizar su sustento y el de su familia, el prestador del servicio, en la mayoría de los casos formalmente autónomo, debe cumplir las condiciones que la plataforma valora positivamente para asignar los encargos de los clientes -disponibilidad, en especial en horas punta, y ejecución de los encargos con satisfacción de los clientes y en el menor tiempo posible-.

4. RIESGOS LABORALES ASOCIADOS AL TRABAJO EN PLATAFORMAS

En el ámbito del trabajo prestado a través de plataformas digitales, como en los demás trabajos, los riesgos laborales derivan del lugar de trabajo, de los equipos y herramientas utilizados, de la forma de organizar y desarrollar el trabajo, del modelo de negocio y las relaciones empresariales o incluso de la propia vulnerabilidad de algunos colectivos de trabajadores²⁴. También, obviamente, del tipo de actividad desarrollada y del sector en el que se enmarca²⁵.

La flexibilidad en la contratación del servicio, sin un mínimo de actividad garantizada y con largas jornadas de disponibilidad, la evaluación y control del trabajo, la eventualidad del empleo, la incertidumbre sobre la continuidad del trabajo, los ingresos hipotéticos, variables y generalmente bajos, la limitación en

²³ Pérez Amorós, F., “Sin frenos y sin contrato: a vueltas con la ajenidad laboral”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, n. 5, 2018, p. 125; Ginés i Fabrellas, A., “Crowdsourcing: una modalidad jurídicamente inviable de externalización productiva en el nuevo entorno digital”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, n. 5, 2018, p. 136.

²⁴ Sobre los retos y oportunidades para la seguridad y salud en el trabajo que pueden derivar de la digitalización y el uso de las nuevas tecnologías, véase EU-OSHA (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo), *Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes...* cit. pp. 8 ss.

²⁵ López Rodríguez, J., “La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales”, *Lan Harremanak*, 2019, n. 41, p. 47, <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20876>

el acceso a prestaciones de Seguridad Social y, en definitiva, la inestabilidad y precariedad del empleo, hace aumentar los riesgos psicosociales e incluso físicos de los trabajadores. Riesgos a los que son vulnerables los prestadores del servicio, sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia²⁶.

Una importante peculiaridad del trabajo en plataformas es la desvinculación con la empresa en cuanto a espacio físico. El trabajo se desarrolla utilizando como soporte las tecnologías para formalizar el contacto entre el trabajador y los eventuales clientes, sin requerirse en general la presencia física del trabajador en un centro específico de trabajo -o, a lo sumo, organizar el trabajo desde el domicilio del trabajador o el lugar elegido por este o indicado por la plataforma- y sin que exista en muchas ocasiones un lugar fijo de realización del servicio, desplazándose el trabajador al lugar indicado por el cliente. Es la propia plataforma la que transfiere órdenes concretas al prestador del servicio, que las recibe en su móvil o en su ordenador y, desde su ubicación, hace el encargo que corresponda y lo entrega o se desplaza al lugar en cada caso requerido.

En relación con el lugar de trabajo deben, pues, tenerse en cuenta, por un lado, riesgos ergonómicos comunes a los vinculados al trabajo a distancia y, en particular, al teletrabajo. Pueden derivarse del manejo de dispositivos móviles manuales, la falta de adecuación del lugar de prestación del servicio y la dificultad del empleador de evaluar tales riesgos, incluso si se trata de trabajo cualificado realizado por internet. También son frecuentes riesgos derivados del sedentarismo, el aislamiento y la falta de relaciones personales/laborales o de la excesiva conectividad y la dificultad de separar tiempos de trabajo y de no trabajo o incluso de continuas interrupciones en el trabajo o distracciones que dificultan la concentración del trabajador. El uso de equipos y tecnología puede comportar también una excesiva exposición a campos electromagnéticos y problemas de fatiga visual.

En caso de servicios que deben prestarse *offline*, presencialmente, también debe evaluarse el riesgo de sufrir accidentes en los desplazamientos, cuando sean necesarios para la prestación del servicio y especialmente cuando el servicio consista precisamente en el desplazamiento -como sucede cuando la actividad prestada bajo demanda por la plataforma es el transporte de personas o de mercancías²⁷-. El riesgo se agrava en estos supuestos, principalmente por el contexto en el que los desplazamientos suelen realizarse, por la presión que la propia organización del trabajo traslada al proveedor del servicio para cumplir el encargo en las condiciones de eficacia y eficiencia que favorezcan una evaluación positiva y una nueva contratación de sus servicios.

²⁶ Álvarez Cuesta, H., “La *gig economy* y la obligación de coordinar...”, cit., p. 89.

²⁷ Fernández Prieto, M., “La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo”, *Temas Laborales*, n. 151, 2020, pp.193 ss.

Además de los riesgos vinculados al lugar de prestación de los servicios, el trabajo a través de plataformas exige una adecuada valoración de los riesgos que derivan de la organización del propio trabajo. Esos riesgos giran, en particular, en torno al factor del tiempo de trabajo, a la intensidad de la carga y del ritmo de trabajo, con plazos ajustados y sin pausas o descansos y a la necesidad de adaptarse a los requerimientos de los algoritmos vinculados a los sistemas de reputación. La flexibilidad, la disponibilidad, la dificultad de desconexión o la excesiva o permanente conectividad del prestador del servicio, que trabaja bajo presión para completar la tarea encomendada en el menor tiempo posible y alcanzar el rendimiento y la valoración que le permita ser seleccionado nuevamente por los algoritmos informáticos, provocan problemas de estrés y ansiedad e incrementa el riesgo de sufrir otras enfermedades -cáncer, diabetes, enfermedades cardiovasculares...-.

El principal riesgo psicosocial en el trabajo a demanda vía aplicaciones móviles es, precisamente, el estrés laboral, seguido del acoso laboral, que puede ser moral pero también sexual y dar lugar al síndrome del trabajador quemado *burnout*²⁸. Los trabajadores prestan servicios bajo una supervisión constante de su trabajo, incluso con dispositivos de monitorización y geolocalización que permiten conocer su situación exacta, y sometidos a sistemas de reputación o valoración del trabajo. La recopilación de manera continua y por medios informáticos de información sobre las actividades y el rendimiento de los trabajadores y la propia presión del algoritmo que selecciona al trabajador para futuros encargos exige disponibilidad y la realización de largas jornadas de trabajo e incrementa también la probabilidad de sufrir accidentes en los desplazamientos. El riesgo de adicción del uso de las tecnologías, en busca de información, correos electrónicos, chats..., incluso sin desconexión en el tiempo de no trabajo interfiere en la vida personal y familiar de la persona proveedora del servicio.

En particular, la utilización de dispositivos móviles como herramienta frecuentemente exigible en esta forma de trabajo, introduce dos riesgos específicos vinculados a la dependencia y necesidad de conexión permanente a la aplicación: la nomofobia²⁹ -o miedo irracional del trabajador a la pérdida de comunicación o de conexión con la plataforma, que le impida aceptar los encargos y le haga perder puntuación en las valoraciones- y el *ningufoneo* -que implica una atención obsesiva al dispositivo abstrayéndose totalmente del entorno³⁰.

²⁸ AA.VV. (Dir. Fernández Avilés, J.A.), *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*, Estudio, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, Madrid, 2018, p. 86.

²⁹ Álvarez Cuesta, H., “La *gig economy* y la obligación de coordinar...”, cit., p. 90.

³⁰ López Rodríguez, J., “La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda...”, cit., p. 49.

En relación con el acoso -o ciberacoso, cuando se encauza a través de las nuevas tecnologías-, se trata de conductas generalmente reiteradas, persistentes y no deseadas que tienen como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad del trabajador y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo, aunque la existencia de acoso sexual podría determinarse con una única agresión suficientemente grave y explícita, de índole sexual. Son conductas discriminatorias relacionadas con el sexo o el género, el origen racial o étnico, la religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, o cualquier otra causa de entidad similar y pueden ser provocadas por comportamientos muy variados (aislamiento, sobrecarga de trabajo, corte de comunicaciones y contactos dentro de la empresa, aislamiento e ubicación en dependencias insalubres, imputación continuada de incumplimientos no probados acompañado de la no asignación de tareas, desacreditación...), pero siempre con un objetivo humillante o vejatorio.

No se deben obviar tampoco los riesgos provenientes del modelo mismo de negocio de las plataformas, que, para abaratar costes, trata de ajustar al máximo y con parámetros de eficacia y eficiencia la oferta y la demanda de mano de obra a través de una pluralidad de prestadores de servicios -con frecuencia, falsos autónomos, huyendo del Derecho del Trabajo-. Esos riesgos se agravan cuando se desarrollan trabajos poco cualificados en condiciones laborales precarias (temporalidad, informalidad, parcialidad, aparente autonomía y configuración como relación no laboral, flexibilidad forzada, horario irregular, jornadas prolongadas, disponibilidad no retribuida, ingresos inseguros, insuficiente protección social, ausencia de derechos colectivos...) y por colectivos de trabajadores vulnerables (jóvenes, trabajadores con escasa formación, cualificación y experiencia...). En particular, no pueden omitirse los riesgos vinculados al marco de inseguridad jurídica al que está sometida la prestación del servicio. Los trabajadores figuran formalmente como autónomos y esa configuración hace más gravosa la prevención pues recae sobre ellos la responsabilidad de su propia seguridad y salud en el trabajo, pese a que con frecuencia concurren en la prestación de servicios los elementos configuradores de la relación laboral.

En general, los riesgos no afectan de la misma manera cuando el trabajo en las plataformas es una actividad secundaria, para obtener ingresos adicionales, y no la actividad principal del trabajador. Con todo, y aunque el pluriempleo tiene consecuencias positivas respecto de algunos riesgos psicosociales, puede también generar efectos adversos para la salud mental y física de los trabajadores y comportar largas jornadas laborales y un deficiente equilibrio entre la vida laboral y la vida privada.

5. LA GESTIÓN DE LA PREVENCIÓN SOBRE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

La tecnología por sí misma no constituye un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores y puede tener efectos positivos o negativos y ofrecer oportunidades o causar amenazas, en función del uso y exposición que se haga de las mismas y de múltiples variables, especialmente de carácter psicosocial, que pueden concurrir en la prestación de servicios -la necesidad de adaptación y la falta de capacidad, el uso excesivo o abuso en el manejo de las tecnologías, la dependencia y falta de desconexión...-. El Derecho debe garantizar una adecuada organización del trabajo para un uso de los recursos tecnológicos respetuoso con la salud laboral.

La globalización permite la proliferación de tecnologías digitales y exige abordar la prevención de riesgos laborales con una perspectiva transnacional y global. Es fundamental adecuar los marcos normativos nacionales e internacionales para evaluar adecuadamente los riesgos emergentes a los que se ven expuestos los trabajadores y planificar la actividad preventiva que proceda para controlarlos.

En este sentido, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores ha sido tradicionalmente uno de los objetivos de las políticas europeas y es uno de los derechos sociales recogido expresamente en la CDFUE, que en su art. 31 reconoce el derecho de todo trabajador “a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”. El pilar europeo de derechos sociales, ratificado en 2017, recoge también en su principio 10 -“entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos”- el derecho de los trabajadores a “un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad en el trabajo” y “a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades profesionales”.

De igual modo, los documentos estratégicos de la Unión Europea³¹ incluyen, entre los retos prioritarios a afrontar en la UE en materia de seguridad y salud laboral, el de mejorar la prevención, combatiendo los riesgos existentes, nuevos o emergentes y prestando especial atención a la necesidad de una prevención capaz de anticiparse a los posibles efectos negativos que la aplicación industrial de las nuevas tecnologías y los nuevos productos y procesos a los que da lugar -nanomateriales, biotecnologías, tecnologías verdes...- pueden comportar. También como consecuencia de los cambios en la organización del trabajo y de la mayor flexibilidad y permanente conectividad. Consideran fundamental aumentar la sensibilización de los empleadores sobre la existencia de riesgos psicosociales,

³¹ Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativas a *Un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020* -COM(2014) 332 final- y *Trabajo más seguro y saludable para todos -Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo* -COM(2017) 12 final-.

que reducen el rendimiento y la productividad, al ser el estrés una de las causas que más incide en el absentismo laboral y que incrementa el porcentaje de accidentes y actualizar la legislación en materia de prevención para adaptarla a las nuevas formas de trabajo.

Los factores organizativos y psicosociales, la mayor flexibilidad de los lugares de trabajo, con proliferación de las oficinas virtuales y el teletrabajo y los riesgos emergentes derivados de las nuevas tecnologías en los campos de la información y comunicación, biotecnologías e ingeniería genética, robótica, nanotecnologías y nuevas energías son también objeto de atención en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020³². Entre las medidas propuestas para promover la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, con especial atención a sectores, actividades, colectivos y empresas de mayor riesgo, incluye el estudio de los riesgos emergentes, en particular los derivados de las nuevas tecnologías, así como de sus causas e impacto en la seguridad y salud de los trabajadores y elaborar guías y herramientas que orienten a empresas y trabajadores en la gestión de los mismos.

En la propia CE, el art. 15 recoge como derecho fundamental el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, el art. 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y el deber de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesario y, más en concreto, el 40.2 CE exige a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Es necesario, pues, una participación proactiva de los poderes públicos para tratar de adaptar la prevención de riesgos a las nuevas formas de trabajo y realidades laborales derivadas del desarrollo tecnológico. Una mayor seguridad jurídica en la configuración de la prestación de servicios y en las condiciones de ejecución de la misma, garantizando el descanso necesario, con una limitación de la jornada y el respeto al derecho a la desconexión digital, junto con garantías de estabilidad en el empleo y protección social sin duda, contribuiría a reducir los factores de riesgo.

Los interlocutores sociales pueden también contribuir mediante el diálogo social al fomento de un entorno laboral seguro y saludable y participar en el diseño e implementación de estrategias de la UE o nacionales. Además, aunque el papel de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos está limitado por las normas de derecho mínimo necesario y los convenios suelen conformarse con remitir o reproducir las normas legales y reglamentarias, sería conveniente el desarrollo convencional para adaptar las normas a las exigencias y requerimientos de cada sector o actividad -la identificación y evaluación de los riesgos propios del sector o la actividad, la planificación de la actividad preventiva, la formación y

³² INSHT, *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020*, Servicio de Ediciones y Publicaciones del INSHT, Madrid, 2015, p. 71.

protección de trabajadores, las obligaciones de los trabajadores, la coordinación de actividades preventivas en las relaciones triangulares, la constitución de órganos de seguridad y salud...-.

Cuando las condiciones de trabajo relacionadas con la organización o el contenido del trabajo no están adecuadamente diseñadas desde la perspectiva preventiva, se convierten en factores de riesgo psicosocial, que pueden afectar negativamente a la salud y bienestar del trabajador. Por ello resulta fundamental identificar las situaciones en las que el uso de las tecnologías y el propio contexto o forma de organización del trabajo pueden constituir factores de riesgo psicosocial.

La actividad preventiva sobre los riesgos psicosociales es similar al proceso general de gestión de cualquier otro tipo de riesgo laboral. El empresario, garante de la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, en cumplimiento del deber general de protección, ha de diseñar la actividad preventiva en la empresa y los puestos de trabajo, mediante la adecuada identificación y evaluación de los riesgos psicosociales, eludiendo los riesgos evitables y controlando aquellos que no puedan evitarse³³. Además, a partir de la evaluación inicial, tal y como se prevé en el art. 4.2 del Reglamento de los Servicios de Prevención³⁴, deben volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por “la introducción de nuevas tecnologías”, nuevos equipos o cambios en el acondicionamiento de los lugares de trabajo o en las condiciones de trabajo o por la incorporación de trabajadores cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto.

Identificados los factores de riesgo psicosocial concurrentes, deben adoptarse medidas preventivas para eliminar, controlar o minimizar los riesgos y evitar daños al bienestar y salud de los trabajadores. En definitiva, debe actuarse sobre las condiciones de trabajo que puedan constituir factores de riesgo, aplicando criterios de prioridad cualitativos y cuantitativos, que tengan en cuenta la magnitud del riesgo, el número de trabajadores expuestos...

Entre las potenciales medidas preventivas relacionadas con el uso de la tecnología, parece fundamental establecer políticas de desconexión digital, para garantizar la adecuada separación de los tiempos de trabajo y de descanso y diseñar

³³ Manzano Santamaría, N., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, Nota Técnica de Prevención 1123, INSHT, 2018, p. 2 ss. Véase un listado no exhaustivo, pero sí bastante extenso, de factores de riesgo psicosocial vinculados al tiempo de trabajo, a la autonomía, a la carga cuantitativa y cualitativa de trabajo, a las demandas psicológicas, a la falta de comunicación y relaciones interpersonales, a la compensación del trabajador, a la conciliación..., que podrían estar presentes en la empresa a consecuencia de un diseño inadecuado de las condiciones de trabajo

³⁴ RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

una guía de buenas prácticas, formación específica en gestión del tiempo y de las tecnologías y campañas de sensibilización para pautar un uso adecuado de dispositivos y del correo electrónico, evitando comunicaciones e interacciones fuera de la jornada laboral. Pueden considerarse buenas prácticas planificar el trabajo a realizar, priorizando las tareas que no admitan espera y articulando el tiempo de dedicación y el plazo de finalización; programar el tiempo de gestión del correo electrónico para no interrumpir continuamente el desarrollo de la actividad principal; prever la distancia entre localizaciones y el tiempo necesario para el desplazamiento y planificar el nivel de movilidad del trabajador; proporcionar autonomía suficiente al trabajador para establecer su ritmo de trabajo y pausas; fijar objetivos reales y alcanzables en la jornada laboral; diseñar canales de comunicación para interactuar con compañeros y superiores jerárquicos y resolver dudas; programar reuniones periódicas con los trabajadores remotos; establecer una política de supervisión y control de la productividad del trabajador y el cumplimiento de sus obligaciones laborales clara y transparente, informando a los trabajadores y respetando su privacidad y su derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente; diseñar políticas de compensación, promoción y ascensos en la empresa también para los trabajadores remotos; adecuar el lugar de trabajo elegido en el domicilio a la normativa de prevención; y facilitar al trabajador recomendaciones o buenas prácticas para el caso de realización del trabajo en espacios físicos eventuales³⁵.

En particular, en el trabajo a demanda a través de aplicaciones móviles, la responsabilidad en materia preventiva debe recaer en la plataforma como empleadora cuando el trabajo es asalariado. Para una adecuada planificación de la actividad preventiva, los operadores de las plataformas deberían identificar las tareas o condiciones que pueden ser psicológicamente estresantes o perjudiciales para la salud laboral del trabajador. Deben incluso evaluar los contenidos de la aplicación, incluidas las valoraciones de clientes para detectar expresiones de odio, violencia o pornografía³⁶. Debería potenciarse la negociación empresarial y la adopción de planes que regulen un uso adecuado de las nuevas tecnologías en el trabajo a fin de evitar o minimizar riesgos psicosociales.

³⁵ Manzano Santamaría, N., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II)* cit., pp. 5 ss.

³⁶ AA.VV., *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Informe OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 120.

Cuando el trabajo prestado a través de plataformas es autónomo el deficiente marco normativo en materia preventiva comporta una protección insuficiente³⁷. Los arts. 3.1, 15.5 y 24 LPRL contienen referencias a la figura del trabajador autónomo, en relación con el ámbito de aplicación, la posibilidad de concertar operaciones de seguro para la cobertura de la previsión de riesgos derivados del trabajo y, fundamentalmente, para la coordinación de actividades empresariales.

El art. 8 LETA, por su parte, regula la prevención de riesgos laborales de los autónomos. No obstante, se limita a recoger ciertos deberes dirigidos a las Administraciones Públicas así como deberes relativos a la coordinación de actividades empresariales cuando los autónomos comparten centro de trabajo con trabajadores de otra empresa o prestan servicios en los locales de otra empresa o utilicen maquinaria, equipos o productos proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional o el derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en supuestos de riesgo grave e inminente para su vida o salud.

Aunque podría haber coordinación de actividades empresariales³⁸, el trabajo a través de plataformas se caracteriza generalmente por la ausencia de un lugar físico de trabajo común. Es, además, el proveedor del servicio quien aporta los dispositivos, equipos, vehículos o herramientas necesarias para el trabajo -no el *software*-. No obstante, puede entenderse, de acuerdo con las definiciones del art. 2 RD 171/2004, por el que se desarrolla el art. 24 LPRL, que en el *crowdwork* el centro de trabajo, como “área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”, es el espacio virtual de trabajo compartido entre la plataforma o la aplicación y los autónomos, la propia red, y que la plataforma es el empresario principal. La empresa tecnológica asumiría, así, como empresa titular del centro de trabajo, el deber de información a los autónomos concurrentes sobre los riesgos específicos del puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables y, como empresa principal, un deber de vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención por los autónomos contratistas (arts. 7 y 8). El *software* es, por su parte, la herramienta proporcionada por la plataforma tecnológica.

Con todo, en materia de responsabilidad empresarial por incumplimiento de estas obligaciones de coordinación de actividades, el art. 42.3 LISOS se limita a prever, para el caso de las contratas, una responsabilidad solidaria de la empresa principal y los contratistas o subcontratistas en relación con los trabajadores que ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, cuando la infracción

³⁷ AA.VV. (Dir. Fernández Avilés, J.A.), *El trabajo en la economía colaborativa...*, cit., p. 108.

³⁸ Sobre la coordinación de actividades en la *gig economy*, Álvarez Cuesta, H., “La *gig economy* y la obligación de coordinar...”, cit., p. 91 ss.

se produzca en el centro de trabajo de la empresa principal. Empresa principal y trabajador autónomo, por tanto, son responsables del incumplimiento de las obligaciones específicas, cuando este tenga trabajadores a su cargo. La normativa es insuficiente y debería garantizar, también en el caso del trabajador autónomo, un modelo integrado de la prevención³⁹.

La disposición adicional duodécima 12ª LETA establece, finalmente, la participación de trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales promovidos por las Administraciones y realizados por asociaciones representativas intersectoriales y organizaciones sindicales y empresariales más representativas, con la finalidad de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades profesionales en los respectivos sectores.

Urge una regulación más minuciosa y capaz de garantizar una protección adecuada y eficaz de la salud laboral y los derechos y protección social de las personas que prestan servicios en el marco del trabajo a demanda a través de plataformas digitales. Los poderes públicos deben velar por la seguridad e higiene en el trabajo y deben garantizar, en particular, la cobertura de las nuevas formas de trabajo. Una intervención del legislador en este sentido contribuiría, sin duda, a dar seguridad jurídica.

³⁹ Ispizua Dorna, E., “La salud y seguridad en el trabajo en la economía de plataformas”, *Temas Laborales*, n. 151, 2020, p. 258.

LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA: IMPRESIONES INICIALES

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

Profesora ayudante doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Contrato formación dual universitaria, contratos formativos, convenio de colaboración.

El objetivo de estas líneas es trazar el diseño legal bajo el que se nos presenta el contrato dual para la formación universitaria. La escueta regulación del mismo despierta una serie de interrogantes que solo podrán ser salvados cuando se dicte el Reglamento de desarrollo previsto en una fecha incierta. De cualquier forma, la necesidad de explorar otras vías de contratación más allá de las tradicionalmente contempladas para tratar de satisfacer los requerimientos de nuestra población universitaria, las aspiraciones de formación integral que deben presidir las actuaciones de los centros universitarios y las expectativas legítimas que toda empresa tiene para que sus trabajadores asuman su cultura empresarial, impulsan al legislador a esta propuesta normativa que, de otro lado, no es ajena en nuestro país, por cuanto ya existían (con antelación a la promulgación de esta norma) experiencias prácticas de determinadas Universidades que atendían a los objetivos antes señalados.

ABSTRACT

Key words: Contract for dual university training, training contracts, collaboration agreement, University.

The objective of these lines is to trace the legal design under which we are presented with the dual contract for university training. The strict regulation of it raises a number of questions which can only be saved when the Implementing Regulation provided for on an uncertain date is issued. In any case, the need to explore other means of contracting beyond those traditionally contemplated to try to meet the requirements of our university population, the aspirations of comprehensive training that must preside over the actions of university centers and the legitimate expectations that every company has for its workers to assume their business culture, drive the legislator to this normative proposal that, on the other hand it is not a new in our country, because there were already (in advance of the promulgation of this standard) practical experiences of certain Universities that met the objectives set out above.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN ENTRE LOS ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS Y EL DERECHO DEL TRABAJO
2. ¿CONTRATO AUTÓNOMO O SUBESPECIE DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE?
3. LA CAUSA DEL CONTRATO
4. ÁMBITO SUBJETIVO
5. EL CONVENIO DE COOPERACIÓN
6. LAS FUNCIONES
7. MODIFICACIONES DEL CONTRATO
8. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO
9. LAGUNAS DE REGULACIÓN
10. REFERENTES PRÁCTICOS
 - 10.1. La experiencia de la universidad del País Vasco
 - 10.2. La experiencia de la universidad internacional de Andalucía
11. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN ENTRE LA UNIVERSIDAD Y LOS ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

Toda la construcción que a través de estas líneas llevaremos a cabo, parte del convencimiento claro y cierto de que la realidad cotidiana de nuestras aulas universitarias no está conectada con la práctica profesional a la que van encaminados los estudios. Y esta realidad no es ni mucho menos ajena a la percepción que los alumnos-destinatarios tienen de nuestras aulas.

Esta idea -que gravita en el universitario medio- nos hace plantearnos la veracidad de su impresión. De alguna manera, esta conexión, ¿no la hemos alcanzado ya? ¿Qué vienen a representar, si no, las prácticas curriculares o incluso las extracurriculares? De otro lado ¿esa interdependencia entre realidad profesional y universitaria-teórica, no se ha plasmado ya a través de opciones como son la relativa al reconocimiento profesional para la superación de asignaturas teóricas obligatorias?

Lamentablemente, no parece haberse conseguido y muestra de ello es que ciertos entornos universitarios parecen haber tomado cartas en el asunto, creando figuras que trataban de paliar estos déficits.

En efecto, antes de que se aprobara la norma que más adelante trataremos de exponer, ya había experiencias en nuestro panorama universitario español que acogían una nueva fórmula de enseñanza universitaria, que trataba de combinar desde los estadios finales de los estudios universitarios una concepción híbrida para mostrar la dimensión teórica y experimentar la genuinamente práctica, concibiendo un modelo de formación dual eminentemente voluntario para el estudiante (así,

a título de ejemplo¹, la Universidad del País Vasco, aun cuando no en todas sus titulaciones).

A través de esta concepción integral de los planes de estudio universitario se consigue la efectiva implantación del estudiante en el seno de una empresa, explorando otro cauce para tratar de alcanzar un objetivo mucho más ambicioso: la inserción laboral de nuestros jóvenes universitarios que no son atractivos para el mercado laboral, dato este que se encuentra refrendado por la realidad laboral en la que nos desenvolvemos y que nos da cuenta de cómo el sector juvenil afronta unos durísimos problemas a la hora de acceder a este complicado mundo profesional.

Así, acaso venimos de un tiempo de desmesurada valoración de los conocimientos teóricos y parece que la educación solo haya que repensarla en los niveles iniciales. Tras la reforma universitaria para la adaptación al marco del Espacio Europeo de Educación Superior ² parece que todo estuviera hablado, pero realmente ¿tanto hemos cambiado?

No sabemos cómo serán las nuevas formas de trabajo en el futuro, ni siquiera cuáles serán las habilidades que se requerirán a los futuros empleados, pero sí existe una consciencia generalizada de que las aptitudes de hoy no serán las requeridas mañana, y a pesar de ello la Universidad parece que se mantuviera inalterable a esos cambios que van mucho más allá de la simple exposición directa o virtual de los conocimientos. Así pues, si nuevos son los diseños laborales, ¿cómo de “nueva” ha de ser la Universidad del futuro? No parece lógico que se sigan replicando modelos que se remontan a siglos pasados y sigamos engañándonos pensando que la introducción de nuevas tecnologías o espacios al estilo Bolonia serán los que salvarán a nuestros jóvenes del futuro. Se hace necesario repensar la Universidad³

¹ Otras Universidades que ya recogían este modelo de formación dual: Universidad de Deusto prevé itinerarios duales para determinados grados y máster; Mondragon Unibertsitatea remontándose a 1966; la Universidad de Burgos que, a través del programa “Práctica Dual Universitaria 4.0” recoge este modelo de formación a partir del segundo año de cursar el grado universitario, previéndose una selección de los futuros trabajadores en atención a los méritos acreditados y previéndose la transformación del contrato de trabajo a tiempo parcial en uno a tiempo completo, cuando se finalice el período de formación dual; la Universidad de Lleida prevé este modelo para los grados, máster o formación continua. Se ensalza el papel que juega el tutor del Centro y el de la empresa, a fin de coordinar los esfuerzos para que el “aprendiz” pueda alcanzar el máximo nivel de aprendizaje; los resultados de la formación se reflejarán en el “cuaderno de aprendizaje”. Este “aprendiz” suscribirá un contrato de trabajo con la entidad en la que lleva a cabo la prestación de servicios a tiempo parcial, debiendo existir un convenio suscrito entre la entidad, la Universidad y el alumno-aprendiz a fin de consolidar los deberes relativos a la protección de datos y confidencialidad.

² Nacida con la pretensión de otorgar al estudiante un papel de mayor protagonismo en su proceso de aprendizaje, facilitándose de esta manera el futuro ingreso de este en el mundo laboral. Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre.

³ “Se está requiriendo a las Universidades que su formación esté orientada a la creación de habilidades y competencias sociales y profesionales que permitan al individuo hacer frente a los

y tratar de convencernos que, así como las diferentes asignaturas de un mismo escenario curricular no conforman compartimentos estancos, sino que se imbrican y continuamente interfieren entre sí, lo mismo ocurre con el medio y el fin, siendo el medio el estudio teórico y el fin la inserción laboral de los estudiantes.

De hecho, si nos acercamos a cualesquiera de las aulas de nuestro variopinto espacio universitario, observaremos cómo una de las inquietudes que están presentes en la mayoría de nuestros estudiantes es la sensación temprana de desconexión entre los conocimientos teóricos aprehendidos y la realidad que les espera más allá de las clases. Este sentimiento se torna, en los últimos años de los estudios universitarios, en una inquietud e inseguridad a enfrentarse con un panorama desconocido y sobre el que no se sienten suficientemente preparados, ni tan siquiera desde el punto de vista teórico.

Para resolver esta falta de cohesión, la alternativa pasa por relacionar los dos mundos, siendo conscientes de que poner en práctica los conocimientos teóricos trasciende del espacio reducido del aula, que meta y camino están conectados desde el principio y, en este sentido, aunque la formación dual universitaria no sea la panacea, sí que se inserta debidamente en las pretensiones europeas⁴ de conseguir ese protagonismo estudiantil y lograr una formación integral del individuo, conectando de forma aún más adecuada la formación universitaria con las necesidades de las propias empresas en un entorno cambiante⁵.

Tras ello. ¿Cuál es el papel del Derecho del Trabajo en este ámbito? Procurar un sustento jurídico a la relación que se entabla entre el estudiante-trabajador y la empresa en la que lleva a cabo esta formación en alternancia⁶ y, precisamente, esta

actuales desafíos del trabajo”. Chisvert-Tarazona, M.J y OTROS: ”Formación en alternancia en el espacio universitario. Una experiencia de proyecto integrado a partir del aprendizaje basado en problemas”. Educar 2015. Vol..51/2, pág.299.

⁴ De hecho, desde la propia Unión Europea se impulsa que se lleve a cabo una participación más intensa entre “los entornos laborales particulares en la formación superior”, teniendo presente que esta imbricación se hace más que necesaria con relación al ejercicio de determinadas actividades laborales o profesionales. Boudjaoui, M. y Otros.: “La formación en alternancia en Francia: entre prácticas sociales y objeto de investigación”. Educar 2015, Vol. 51/2, pág.279.

⁵ Habilidades, actitudes, soft skills, son demandadas por el mercado laboral y no evaluadas por el sistema formativo oficial. En este sentido, Beraza Garmendia, J.M y Azkue Irigoyen, I.: “Diseño de un itinerario de formación dual: Universidad-Empresa en GADE”, Journal and Management and Bussiness Education, 2018, Vol.1, núm.1, págs.53-68: “La formación dual tiene cabida en este modelo, puesto que posibilita a los jóvenes la obtención de un título, a través de un proceso de aprendizaje que se desarrolla de manera compartida en el centro de formación y en la empresa, que les permite desarrollar competencias complementarias (trabajo en equipo, responsabilidad,...), descubrir el funcionamiento diario de la empresa y adquirir conocimientos, destrezas y habilidades necesarias para ejercer una profesión y responder a las necesidades específicas de la empresa.

⁶ Todolí Signes, A.: “La formación dual en Holanda”. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales. 36/2017. págs. 47-60. Nos proporciona este autor las líneas

idea de profesionalidad es la que aleja el vínculo de una práctica extralaboral o una beca, consiguiendo a la postre evitar un uso desviado de estas fórmulas.

De esta forma, hay que buscar la mejor cobertura para amparar el trabajo efectivo del universitario en la empresa o entidad donde adquirirá poniendo en práctica los conocimientos, teorías y habilidades o recursos internos que redundarán en la motivación intrínseca del alumno, así como en la exploración del deseado enfoque por competencias⁷.

Examinando nuestro panorama contractual laboral -y centrándonos por razones evidentes en la contratación temporal- no parece que existiera modelo contractual temporal que específicamente combinara adecuadamente trabajo con formación universitaria y que, proyectándose al futuro, pudiera actuar de trampolín para acceder al mercado laboral. De ahí la necesidad de fijar un marco legal en donde se pueda desenvolver esta nueva figura: el contrato para la formación dual universitaria.

2. ¿CONTRATO AUTÓNOMO O SUBESPECIE DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE?

La Ley de Presupuestos Generales del Estado⁸, siguiendo de esta forma una tendencia ya mostrada por anteriores normas dedicadas a esta finalidad

maestras bajo las cuales se concibe el modelo en alternancia -basado en la suscripción de un contrato de aprendizaje- en Holanda, habiendo optado por este país por las similitudes que plantea con el nuestro, lo que supone, a la postre, que sea factible exportar sus aportes a España.

⁷ Estas dos ideas son expuestas por Boudjaoui, M, Clénet J. y Kaddouri, M. ; “La formación en alternancia en Francia: entre prácticas sociales y objeto de investigación”. Educar 2015, Vol. 51/2. Abundando en esta afirmación -pág.299- dejan constancia los autores de cómo en base a las experiencias contrastadas se observa que la motivación del alumnado experimenta una mejora, por cuanto encuentra la razón de ser a los conocimientos teóricos impartidos en la medida en que conecta estos con su entorno laboral.

En definitiva “no se puede entender la competencia como la mera acumulación de saber (teórico o práctico), o como la disponibilidad de recursos y capacidades; sino que conlleva orientar a la acción esa acumulación de conocimiento, y movilizar conocimientos, procedimientos y actitudes para resolver situaciones en diversos escenarios profesionales (Navío, 2005)”. Chisvert-Tarazona y Otros:”Formación en alternancia en el espacio universitario. Una experiencia de proyecto integrado a partir del aprendizaje basado en problemas”. Educar 2015. Vol..51/2, pág.302. Por su parte, Martínez Usarralde M.J.: “Reflexiones acerca de la alternancia: una comparación entre el modelo de prácticas a través del módulo de FCT (Formación en Centros de Trabajo) y el aprendizaje en España”. Contextos Educativos 3 (2000), pág.302, resalta las bondades del modelo de educación en alternancia al comprobar cómo los países que la llevan a cabo (así Suecia, Alemania o Austria) tienen menos dificultades para que sus jóvenes puedan acceder al mercado laboral.

⁸ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. BOE de 31 de diciembre de 2020. “El contrato para la formación dual universitaria, que se

presupuestaria, incluye una novedad que afecta directamente a la norma básica laboral y que no venía contemplada en el inicial proyecto de Ley.

Nos referimos a la modificación del art.11 del Estatuto de los Trabajadores que se opera a través de la Disposición Final Trigésimo Sexta al introducir el contrato para la formación dual universitaria⁹.

De esta manera, se habilita la suscripción de este novedoso contrato de trabajo que alterna formación y práctica laboral pero que, en esta ocasión, está destinado a unos sujetos que tradicionalmente no eran los naturales pretendientes de esta relación laboral: futuros titulados universitarios.

Acaso uno de los primeros interrogantes que el lector se plantea es si esta nomenclatura (contrato para la formación dual universitaria) obedece a una realidad jurídica independiente al genuino contrato para la formación y el aprendizaje.

La conclusión que alcancemos en torno a esta pregunta va a determinar consecuencias jurídicas de gran trasfondo y calado. Si partimos de una concepción de la figura de la formación dual universitaria incardinada en el contrato para la formación y el aprendizaje, tendríamos que extrapolar (en la medida de lo posible y adaptando, en su caso, los efectos a la especial idiosincrasia de esta innovadora relación) las consecuencias jurídicas y, en general, todo el tratamiento que ya se viene dispensando a este contrato formativo.

formalizará en el marco de los convenios de cooperación educativa suscritos por las universidades con las entidades colaboradoras, tendrá por objeto la cualificación profesional de los estudiantes universitarios a través de un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria, para favorecer una mayor relación entre este y la formación y el aprendizaje del trabajador.

Reglamentariamente se desarrollará el sistema de impartición y las características de la formación de los trabajadores en los centros universitarios y en las empresas, así como su reconocimiento, en un régimen de alternancia con el trabajo efectivo.

Asimismo, serán objeto de desarrollo reglamentario los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa y con la retribución del trabajador contratado, que se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo, sin que en ningún caso sea inferior al salario mínimo interprofesional.”

La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación dual universitaria comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.”. De esta forma, se introduce un nuevo apartado 3) del art.11, desplazando a los sucesivos ordinales las previsiones ya contenidas en el precepto antes de la modificación aludida.

⁹ Rojo Torrecilla, E.. (29 de diciembre de 2020). Del Proyecto de Ley a la Ley 11/2020 de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2021. Algunas notas a los contenidos de interés social y de protección social. [Mensaje en un blog]. Recuperado de EL BLOG DE EDUARDO ROJO (eduardorojotorrecilla.es) .Señala este autor que la finalidad esperable de esta modificación es ”corregir los problemas detectados con las prácticas educativas de estudiantes universitarios que en más de una ocasión se convertían en sustitución pura y simple del trabajo realizado por personal laboral de la empresa o institución en la que realizaban las prácticas”

Por el contrario, si la opción correcta es la de entender que el contrato para la formación dual universitaria es una clase no de contrato para la formación y el aprendizaje, sino una tercera modalidad de contrato formativo, que se suma a los ya preexistentes contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, el esquema previamente diseñado por el legislador y acotado por nuestros tribunales no tiene que coincidir con el de los lindes en los que se mueve esta nueva figura.

El legislador no nos lo pone fácil. De un lado, como más adelante trataremos de poner de manifiesto, porque son innumerables los perfiles que aparecen esbozados tan solo con la norma legal, esperando ser trazados a través de un reglamento cuya fecha de aprobación es, a día de hoy, totalmente incierta; y de otro, por la poca expresividad de la norma también en este sentido.

Así pues, optamos por el criterio interpretativo más seguro que nos impulsa a examinar la ubicación concreta de la figura. En atención a esta circunstancia, observamos cómo la formación dual universitaria (a la que ni siquiera se menciona en el Preámbulo de la norma legal) merece un apartado propio dentro del genérico art.11 del Estatuto de los Trabajadores.

Esto es, el nuevo precepto 11 del ET se rediseña para dar cabida a esta figura; de un lado, en el párrafo primero se aborda el tratamiento del contrato en prácticas; en el segundo párrafo aparece el contrato para la formación y el aprendizaje; en el tercer apartado -separado, por tanto, del anterior- surge el contrato para la formación dual universitaria. Se cierra el artículo con el mismo inciso que antes, aquel que velaba por la igualdad de sexo y el velado deseo de compromiso negocial para la transformación de los contratos temporales en indefinidos.

A mayor abundamiento, tras leer el precepto constatamos cómo las dos clases de contrato -para la formación y el aprendizaje y el contrato para la formación dual universitaria- no comparten ni el mismo destino¹⁰ ni tampoco se dirigen a los mismos potenciales destinatarios¹¹.

La lógica jurídica nos lleva, por tanto, a entender que la figura hoy examinada no es una subespecie de un contrato previo, por cuanto, si así hubiera sido, se habría

¹⁰ La finalidad del contrato para la formación dual universitaria se acerca más a la pretendida por el contrato en prácticas que a la del contrato para la formación y el aprendizaje. En efecto, en este último existe una pretensión de acceso al mercado laboral en alternancia con la procura de formación especializada, y subsidiariamente, básica del trabajador-aprendiz. En nuestro nuevo contrato, el trabajador cuenta previamente con un bagaje de formación.

¹¹ Tradicionalmente -aun cuando se haya ampliado sensiblemente su ámbito subjetivo fundamentalmente de mano de la Ley 12/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo - el contrato va destinado a personas jóvenes, acotándose la edad de estas. Por el contrario, como más adelante trataremos de poner de manifiesto, el contrato para la formación dual universitaria es ajeno a la edad del candidato.

ubicado en el mismo apartado dirigido al ya clásico contrato para la formación y el aprendizaje.¹²

De esta manera, la inicial conclusión es que hemos de dar la bienvenida a un nuevo contrato formativo que se suma a los dos anteriormente existentes. Observaremos, posteriormente, si esta primera impresión resiste los embates de su actual diseño legal.

3. LA CAUSA DEL CONTRATO

En un sistema de relaciones laborales como el nuestro, el axioma que -con carácter general- preside la válida concertación de los contratos de trabajo de naturaleza temporal “estructural” es, como resulta bien sabido, el de causalidad, interpretada esta, seguramente, desde una perspectiva no especialmente técnica; esto es, no tanto desde la perspectiva de la finalidad económico-social a la que sirve el contrato -que es siempre y en todo caso el intercambio de trabajo dependiente por salario-, sino más bien focalizada en la naturaleza básicamente temporal de la necesidad temporal de la empresa, que justificaría así la imposición de un término resolutorio, ya sea este cierto -derecho a reserva de puesto de trabajo o lapso temporal- o incierto -finalización de la obra o servicio- en su cuándo.

Ahora bien, este rasgo resulta diverso cuando nos encontramos ante contratos formativos en donde la imposición de este término resolutorio como elemento accesorio del contrato no se justifica por tanto por la necesidad cubierta por la empresa, sino por la vertiente formativa que cualifica a estas modalidades. Es esta concreta “concausa” formativa a la que en ocasiones se ha hecho referencia o, desde otra perspectiva, la conexión de su objeto o actividad laboral con esta finalidad, la que justifica la limitación temporal tanto en su duración como en el uso de estas modalidades formativas.

Pues bien, es este axioma de causalidad en la temporalidad el que también está presente en este nuevo contrato y el que justifica su consideración como un nuevo contrato formativo y el que, adelantamos, en ocasiones nos permitirá integrar contenidos de su escaso régimen jurídico legal.

¹² Mucho antes que viera la luz esta norma que hoy comentamos, existían voces autorizadas en nuestra doctrina que preconizaban la fórmula de alternancia que sirve de fundamento para el contrato hoy analizado. Así, Todolí Signes, A.: “La formación dual alemana y el contrato para la formación y el aprendizaje: ¿Diferente legislación o diferentes controles de calidad?” Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y de Derecho del Empleo, Volumen 3, número 4, octubre-diciembre de 2015, pág.40, señalaba la ventaja de acudir al contrato para la formación y el aprendizaje a fin de implantar la formación dual universitaria, destacando cómo este contrato ofrece la “posibilidad de realizarse en formación dual en alternancia y no con simultaneidad como propone el contrato en prácticas”.

Para demostrarlo basta con acudir a la expresión legal. Y ello ya que este contrato “tendrá por objeto la cualificación profesional de los estudiantes universitarios a través de un régimen de alternancia de actividad laboral”. De esta manera, el empleo de este contrato atiende a un fin legal: la cualificación profesional¹³ de los estudiantes universitarios; y es precisamente en el adjetivo “universitarios” donde surge la primera diferencia notable con respecto al contrato para la formación y el aprendizaje.

Recuérdese cómo el contrato para la formación y el aprendizaje efectivamente pretendía la cualificación profesional del sujeto en cuestión (literalmente así se expresa en el art.11.1 ET) pero existe un “pequeño” detalle que aleja el contrato de formación dual universitaria de su congénere contrato para la formación y el aprendizaje: el destinatario natural de la relación laboral. Cuestión esta que nos remite directamente a la necesidad de exponer quiénes son sus potenciales destinatarios.

4. ÁMBITO SUBJETIVO

Lo primero que observamos es que este contrato de trabajo está destinado para los “estudiantes universitarios”.

En principio, la delimitación acerca del colectivo concreto de posibles destinatarios finales parece no resultar compleja, a saber: personas que están cursando estudios universitarios.

Mas si ahondamos en la delimitación del término para tratar de descubrir a los potenciales trabajadores, surgen dudas derivadas de la propia interpretación en la cualidad que han de ostentar y que nos impulsan a detenernos, siquiera someramente, ante el concepto de “Universidad” y a las titulaciones que estas ofrecen.

Ciertamente, de la mano del Real Decreto 1393/2007 de 29 de octubre (por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, BOE de 30 de octubre de 2007) se experimenta un drástico cambio en el que resulta afectado el panorama normativo anterior, consignándose a partir de esta norma una nueva realidad. Entre otros aspectos que cabría destacar de este Real Decreto, nos encontramos que, a diferencia de lo que venía ocurriendo hasta el momento, se dota de autonomía a las Universidades para que sean estas las que recojan su propio catálogo de enseñanzas universitarias.

¹³ El concepto de “profesionalidad” bien nos puede remitir a la idea de “oferta para el desarrollo de las competencias y de la construcción de la identidad profesional de la que los usuarios (alumnos, estudiantes, aprendices...) van a apropiarse”. Boudjaoui, M y Otros.: “La formación en alternancia en Francia: entre prácticas sociales y objeto de investigación”. Educar 2015, Vol. 51/2, pág.247.

Esto es, si antes la competencia en la enumeración de los títulos universitarios españoles era eminentemente estatal, recogiendo al efecto una suerte de titulaciones homogéneas en todo nuestro país, a partir del precitado momento se abandona ese listado para conceder a las Universidades la facultad de que sean ellas las que diseñen los títulos y los contenidos concretos de estos¹⁴. Esta idea de “autonomía en el diseño del título” preside e inspira los contenidos consignados en la norma, siguiendo los dictados enunciados en la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril.

No es momento ahora de destacar las bondades y debilidades del Real Decreto, pero a los efectos que aquí nos atañen, sí hemos de poner de relieve que la autonomía en la organización y diseño de los planes universitarios entraña una heterogeneidad de títulos universitarios, lo que implica la imposibilidad de hablar de un único perfil en los estudiantes.

De un lado, las Universidades pueden desarrollar títulos oficiales tendentes a la consecución de un Grado¹⁵, Máster o Doctorado¹⁶. La consecución del título tiene efectos para todo el territorio nacional, siendo plenamente válido en todos los países del Espacio Europeo de Educación Superior.

Junto a aquellos, se encuentran los títulos propios. Esto es, estudios impartidos por concretas Universidades que no comparten los efectos anteriormente señalados, por cuanto tampoco han tenido que someterse a los requisitos formales que la norma estatal establece, específicamente el relativo a la aprobación por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación dependiente del Ministerio de Educación.

Si complejo es el mundo de los estudios universitarios oficiales, cuando hablamos de estudios propios desarrollados por las distintas Universidades, se abre un mar de posibilidades que tiene efectos también en los posibles estudiantes que cursan estas titulaciones.

Enlazando esta idea con la que preside el presente esbozo de estudio, la pregunta es ¿se encuentran incluidos dentro del concepto de “estudiantes universitarios” todas las personas que cursan estudios universitarios con independencia de si son oficiales o propios?

¹⁴ La reforma normativa se inserta en la necesaria armonización para conseguir el Espacio Europeo de Educación Superior.

Esa autonomía a la que hemos hecho referencia no obsta para que sea necesario observar una serie de requisitos -contenidos en la norma aludida- tendentes a procurar la calidad de la titulación y que, entre otros aspectos, vigila por la necesaria acreditación previa de la agencia de calidad para la obtención de los títulos oficiales.

¹⁵ Resolución de 11 de mayo de 2017 de la Secretaría General de Universidades por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Universidades de 10 de mayo de 2017 por el que se ordenan las enseñanzas universitarias oficiales de Grado.

¹⁶ Real Decreto 99/2011 de 28 de enero (BOE de 10 de febrero de 2011).

Desde nuestro punto de vista, y si quiera sea incipientemente, y a la espera de su necesario desarrollo reglamentario, creemos evidente que nada debiera objetarse a su utilización cuando se trate de estudios oficiales, especialmente de grado, máster y doctorado industrial. Es cierto que la necesaria conexión de las empresas en el diseño de las competencias que deberán adquirirse en este proceso parece conectarse más con los estudios de máster que de grado. Pero nada impide en principio esta posibilidad¹⁷.

Mayores dudas surgen, sin duda, en el campo de los títulos propios dada la enorme variedad en cuanto a su posible extensión y caracterización. Quizás nuestra primera impresión fuera la necesidad de proceder o bien a su rechazo por los riesgos que ello podría generar de abrir una vía enorme -sobre todo en cursos de escasa duración con patrocinio empresarial- o admitirlo de forma limitada, por ejemplo, solo en el caso de los másteres propios o de aquellos con una cierta duración. Pero todo ello desde el prisma de una normativa legal que, no se olvide, nada especifica ni concreta.

Dejando por tanto esta cuestión únicamente planteada, lo cierto es que a continuación surgen otros que, entendemos, tienen que ser solucionados empleando la misma argumentación.

Y ello ya que no solo existen diferentes titulaciones sino también distintos centros universitarios. La educación superior -Real Decreto 429/2015 de 29 de mayo de creación, reconocimiento, autorización y acreditación de universidades y centros universitarios- puede desarrollarse a través de Universidades públicas o privadas; de igual modo, existen centros que imparten educación superior universitaria con arreglo a sistemas educativos extranjeros; en tercer lugar, mencionados específicamente en la norma anterior, aparecen los centros universitarios de defensa, la Universidad de la Iglesia Católica; también existen centros docentes adscritos a Universidades y, por último, Institutos Universitarios de Investigación¹⁸.

Todas las entidades antes referidas destinan su objetivo a formar en educación superior a las personas, pero cuando nos centramos en el contrato de formación dual universitaria, ¿se está pensando en algún tipo de centro universitario en particular o, por el contrario se está englobando a todos los entes antes reseñados?

Ciertamente, tendremos que esperar a que estas -y otras muchas- dudas que se nos plantean sean despejadas por el Reglamento de desarrollo, pero avanzando en

¹⁷ Con fundamento en el ya mencionado RD 1393/2007, de 29 de octubre, el Sistema Universitario del País Vasco aprobó el protocolo para la formación profesional dual universitaria, conteniéndose el mismo en la Resolución de 30 de septiembre de 2019 del Director de Unibasq-Agencia de Calidad del Sistema Universitario Vasco.

¹⁸ En el Real Decreto se menciona también expresamente a la UNED, comprendida, por tanto, en esta regulación.

nuestra comprensión del contrato de trabajo que hoy estudiamos, entendemos que debemos ofrecer una respuesta universal tanto para el primer planteamiento como para el segundo.

Hemos abogado por una restricción en cuanto a los títulos que posibilitan la opción legal a la formación dual universitaria, por las razones anteriormente explicitadas, mas en esta ocasión nos vamos a ceñir a los términos literales bajo los que se expresa la norma para defender que son todos y cada uno de los centros universitarios que forman parte de la educación superior los que, válidamente, podrían emplear esta fórmula de educación universitaria dual. Siendo ello así, y con las salvedades antes señaladas, no encontramos tampoco razón legal alguna para circunscribir el ámbito de aplicación de la norma a unos estudiantes universitarios que muestren un perfil concreto.

Las excepciones cuando suponen la restricción de derechos, y en este sentido limitar el ámbito subjetivo del contrato en cuestión implica una limitación de derechos a la ciudadanía, han de ser interpretadas de forma constreñida, no pudiendo ampliar las exclusiones a supuestos no contemplados específicamente en la norma objeto de interpretación.

Estas dos consideraciones, en realidad, forman parte de la misma: el derecho al acceso al trabajo y ellas son las que nos conducen a la afirmación de que, salvo que existiera en el futuro una norma que explícitamente contemplara a un colectivo determinado, la interpretación de “estudiante universitario” engloba a cualquier persona que esté realizando estudios universitarios, ya sean los oficiales o los propios a los que hemos hecho referencia en la Universidad en donde se está matriculado. La mera circunstancia de la matriculación es suficiente como para entender la acreditación de ese apelativo de “universitario”.

De otro lado, el mismo argumento es perfectamente predicable en torno a la cualidad que debe ostentar el centro en cuestión. Es indiferente que se trate de una Universidad privada o pública, un centro que esté adscrito a cualquiera de estas o un Instituto Universitario de Investigación o que tenga la denominación de Centro Universitario de Defensa o sea una Universidad de la Iglesia Católica. Esto es, todos los entes universitarios recogidos genéricamente en el Real Decreto 420/2015 acogen a estudiantes que tienen la cualidad de “universitarios” (valga la redundancia).

Junto a esta consideración, habrán de exportarse todas las previsiones recogidas en el Estatuto de los Trabajadores y referidas a la capacidad del trabajador¹⁹.

No obstante, y a pesar de que en principio estén llamados como posibles destinatarios de este contrato todos los estudiantes que se encuentran matriculados

¹⁹ En torno a esta cuestión, no creemos que se plantee mayores problemas por cuanto el primer requisito atinente a la edad (dieciséis años) está perfectamente asegurado en la generalidad de los

en una Universidad, sea cual fuera esta, entendemos que el ámbito subjetivo implícitamente sí está restringido.

Así, si para ejercer determinadas profesiones (estamos pensando en las más “tradicionales”) precisan que el trabajador ostente una determinada cualificación, (al menos el grado universitario) ¿se podría hacer una excepción con los trabajadores-estudiantes? Entendemos que no.

No cabe la posibilidad de que, a través de este contrato, el universitario pueda hacer todas y cada una de las funciones en todo caso, por cuanto solo la superación del grado finalmente le habilitaría para, con garantías, desenvolverse en el ámbito profesional concreto. De esta manera, existen determinados estudios universitarios (ponemos nuestra vista, fundamentalmente, en los estudios de grado) en los que se dificulta enormemente la cualificación profesional del trabajador²⁰, pero es que en otras actividades laborales se nos antoja simplemente imposible su real desempeño²¹.

Así pues, a pesar de que todos los que han abonado las correspondientes tasas de matriculación y realizado en forma el proceso para su inscripción son “estudiantes universitarios”, en la práctica existirán colectivos de estudiantes a los cuales no sea posible ofrecer este tipo de relación laboral, quedando espacio tan solo para las prácticas externas universitarias y, por supuesto, para -ciñéndonos ahora al ámbito laboral- el contrato en prácticas regulado en el art.11.1 del ET una vez se haya obtenido el título correspondiente.

5. EL CONVENIO DE COOPERACIÓN

El sustento jurídico de esta relación laboral estriba en una relación a la que, en principio, es ajena al estudiante-trabajador. La norma expresa que el contrato para la formación dual universitaria habrá de formalizarse “en el marco de los convenios de cooperación educativa suscritos por las universidades con las entidades colaboradoras”.

supuestos, por cuanto el acceso a esos estudios universitarios se produce cuando el sujeto tiene la mayoría de edad. Al no existir edad máxima para trabajar -teniendo siempre en consideración las contadas excepciones en atención, particularmente, a la actividad a desempeñar- tampoco creemos que existan mayores inconvenientes en este punto.

²⁰ Por descender a un terreno concreto: la abogacía. Los estudiantes universitarios del grado en Derecho tienen abiertas las puertas para acceder al mundo empresarial en múltiples -al menos en clave de posibilidades- actividades, pero no podrán actuar como letrados en ejercicio para defender y asistir intereses de terceros en un juicio oral.

²¹ Específicamente, dentro del sector sanitario, esto ocurriría con los médicos. Esa responsabilidad que ostentan cuando llevan a cabo funciones tendentes a la sanación no es posible que sea asumida por parte de estudiantes universitarios, a nuestro juicio, con independencia del momento concreto en que se encuentren en orden a la superación de sus planes de estudio.

De esta manera los sujetos implicados en el contrato resultan ser tres: Universidad, entidad colaboradora²² y estudiante. Este último adquirirá la condición de trabajador con relación a su único empresario (la entidad colaboradora) pero que duda cabe que también mantiene un nexo con la Universidad a la que pertenece que podría afectar -y este aspecto trataremos de desgranarlo ulteriormente- a su vínculo laboral.

El convenio de cooperación educativa nos recuerda a las prácticas académicas externas de los universitarios. En efecto, el Real Decreto 592/2014 de 11 de julio (por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios) dedica un precepto²³ a su desarrollo. Así, en el Real Decreto de regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios se emplea la misma denominación (convenio de cooperación educativa) para referirse al contrato que unirá a la Universidad con el centro receptor del estudiante en prácticas, siendo este el instrumento a través del cual se regulan las relaciones sustentadas, concretamente los compromisos asumidos, obligaciones y derechos de las tres partes afectadas: estudiante, entidad colaboradora y Universidad.

Si relacionamos el convenio de cooperación con el contrato de formación dual universitaria, observamos que el sentido y finalidad es compartido con el antes

²² Siguiendo la interpretación que al efecto nos ofrece nuestra doctrina laboral (por todos, Calvo Gallego, J., tomada de una intervención oral sin que conste su publicación) no existe óbice jurídico alguno para entender que es indiferente que nos hallemos ante una empresa privada o pública, sea persona física, jurídica o comunidad de bienes y esté o no presidida por ánimo de lucro. Todas estas realidades son candidatas idóneas para concertar el convenio que ofertará el contrato de trabajo al estudiante.

²³ Art.7 Convenios de Cooperación Educativa: “1. Para la realización de las prácticas externas, las universidades o, en su caso, las entidades gestoras de prácticas a ellas vinculadas, suscribirán Convenios de Cooperación Educativa con las entidades colaboradoras previstas en el artículo 2.2 del presente real decreto y fomentarán que éstas sean accesibles para la realización de prácticas de estudiantes con discapacidad procurando la disposición de los recursos humanos, materiales y tecnológicos necesarios que aseguren la igualdad de oportunidades. 2. Los convenios establecerán el marco regulador de las relaciones entre el estudiante, la entidad colaboradora, la universidad y, en su caso, la entidad gestora de prácticas vinculada a esta última. En sus estipulaciones básicas o en los anexos que las desarrollen deberán integrar al menos:

- El proyecto formativo objeto de la práctica a realizar por el estudiante.
- El régimen de permisos a que tenga derecho con arreglo a la normativa vigente.
- Las condiciones de rescisión anticipada de la práctica en caso de incumplimiento de sus términos.
- En su caso, el régimen de suscripción y pago de seguros, tanto de accidentes como de responsabilidad civil, o garantía financiera equivalente.
- La existencia, en su caso, de una bolsa o ayuda de estudios para el estudiante y la forma de su satisfacción.
- La protección de sus datos.
- La regulación de los eventuales conflictos surgidos en su desarrollo.
- Los términos del reconocimiento de la universidad a la labor realizada por los tutores de la entidad colaboradora.

expresado. La diferencia estriba en que cuando se suscriban para que el estudiante universitario lleve a cabo una prestación de servicios laboral, no podremos referirnos al estudiante como practicante sino como trabajador y serán necesarios una serie de retoques para adecuar el contenido del convenio a la nueva realidad laboral que se entablará²⁴.

A través del convenio de cooperación educativa, se atenderá de forma ineludible a garantizar la “cualificación profesional de los estudiantes universitarios”²⁵. Esto es, como el objetivo primigenio a alcanzar es esa capacitación laboral, entendemos que contenido necesario del reiterado convenio habrá de ser el ámbito funcional o desarrollo del itinerario laboral del estudiante-trabajador, sin perjuicio que el desglose concreto de las actividades profesionales a desempeñar sea de competencia exclusiva del empresario en atención a su poder de dirección, siendo susceptible de ser modificado en atención a las competencias o resultados aptitudinales pretendidos en el seno de la empresa.

6. LAS FUNCIONES

La escueta normativa legal y las amplias remisiones a una aún inexistente normativa reglamentaria -al menos en el momento de cerrar estas líneas- generan importantes dudas en torno a la relación que en esta concreta modalidad tendrá la posible formación exclusivamente teórica, desarrollada en el centro universitario. Como se recordará, en el contrato para la formación y el aprendizaje, el tiempo de formación teórica forma parte de la propia jornada laboral, distinguiéndose entre la actividad de formación teórica, no remunerada, y la actividad estrictamente laboral que sí lo es. El resultado es un contrato necesariamente a tiempo completo -art. 12.2 ET- asentado y dirigido desde la empresa con la finalidad de desarrollar una formación que permita la expedición del correspondiente certificado de profesionalidad, título de formación profesional o, en su caso, acreditación parcial acumulable.

En el caso de esta nueva modalidad contractual, aquella situación se complica en gran medida ya que a la espera del desarrollo reglamentaria y de las

²⁴ Así, a título de ejemplo -y aun cuando probablemente esto también nos lo tenga que descubrir el Reglamento de desarrollo del art.11.3 ET- a diferencia de lo que ocurre con las prácticas externas universitarias que no constituyen relación laboral, aquí dado que lo que se pretende es el concierto de un contrato de trabajo, no será preciso incluir aspectos como el pago de seguros o la ayuda de estudios.

No obstante, acaso sea conveniente delimitar qué se entiende por “entidad colaboradora” a los efectos del contrato de trabajo que se suscribirá ulteriormente.

²⁵ Se observa, nuevamente, la vinculación tan estrecha entre la realidad universitaria y la profesional, por cuanto ambos mundos tienen que orientarse a la misma finalidad de formación integral de la persona.

correspondientes reformas en la normativa educativa para regular las exigencias de los títulos que opten por esta denominación, las posibilidades ahora mismo abiertas son extraordinariamente amplias: desde sistemas en el que la totalidad de la formación sea dual o en la empresa (quizás algo ciertamente difícil) hasta lo que seguramente será más normal planes de estudios que contemplen la impartición de un determinado porcentaje de materias -incluidas, por ejemplo, la elaboración del trabajo fin de grado y de máster- en esta forma dual en colaboración con las empresas impartiendo el resto en la propia Universidad en la forma, podríamos denominar, clásica.

Por tanto, y en el fondo, seguramente será el propio plan de estudios de la concreta titulación la que fije la extensión de la formación dual. Y todo ello sin olvidar que es posible que dentro de estos mismos planes, y seguramente de acuerdo con la propia titulación o mención, el alumno pueda, o bien acogerse a un solo convenio con una única empresa para el desarrollo de todas estas materias, o bien a diversos convenios de colaboración educativa con distintas empresas para la superación de cada una de ellas dando lugar a sucesivos contratos conectados con la concreta materia o asignatura y a los posibles anexos que para cada alumna, empresa y asignatura se firmen entre la Universidad, la empresa colaboradora y el propio alumno.

Si esto es así, podemos encontrarnos -repetimos, en este momento inicial, y a la espera del desarrollo del marco normativo reglamentario y académico- con dos tipos de contratos para la formación dual universitaria.

El primero, sería un contrato que bien podríamos denominar como contrato marco, en que se englobarían las sucesivas tareas y procesos formativos que dentro de la empresa debería desarrollar el trabajador para adquirir las competencias y habilidades de distintas asignaturas o materias.

El segundo sería un modelo de contrato mucho más específico y simple solo para una materia o asignatura y que por su propia naturaleza debería poder compatibilizarse con otros contratos de esta misma naturaleza que el mismo estudiante trabajador debería formalizar con otras empresas para la superación de cada una de las distintas asignaturas o materias que se prevén bajo esta modalidad.

Ello conduce, como parece evidente, a una clara separación con el tradicional contrato de formación y aprendizaje. En primer lugar, porque, como ya hemos señalado, el carácter instrumental de este contrato al convenio educativo entre la universidad y la empresa generará normalmente la posible existencia de múltiples posibilidades: desde la firma de un único contrato con una única empresa para el desarrollo en la misma de todos los módulos o asignaturas duales que se prevén en el plan de estudios hasta la posibilidad, al menos teórica, de diversos contratos con distintas empresas para la adquisición en cada una de ellas de las competencias establecidas en el plan de estudio para una concreta materia, asignatura o incluso varias del mismo itinerario.

Por tanto, y a la espera del desarrollo de la regulación reglamentaria, que, eso sí, debiera estar conectadas con las modificaciones en relación con las correspondientes normas educativas, solo nos queda por señalar que, en primer lugar, la diferenciación sostenida entre esta modalidad y la de formación y aprendizaje hace que, en principio la relación que se entablará entre el estudiante universitario y la empresa²⁶ pueda serlo a tiempo parcial, garantizándose así la necesaria “alternancia”²⁷ que se debe respetar en este tipo de contratación, pues en definitiva lo que se busca es “favorecer una mayor relación entre este [marco de formación universitaria] y la formación y el aprendizaje del trabajador”.

Y, en segundo lugar, que sobre todo se utilizará el sistema de contrato con una misma empresa para distintas competencias/materias/asignaturas, parece más que posible que el trabajador-estudiante, comience realizando un cometido laboral concreto pero que este no se mantenga uniforme durante toda la relación contractual.

Las titulaciones universitarias -aunque, en última instancia, esta afirmación será más o menos rotunda en función del tipo de estudios que se curse- habilitan para el desempeño de más de un puesto de trabajo (partiendo siempre de que no existe fraude de ley, por cuanto este no se presume), así que el futuro graduado o doctor o especialista o máster, podrá desplegar sus conocimientos en más de una categoría profesional; de hecho, acaso en ocasiones esta opción será la más “universitaria” por cuanto abrirá campos de intervención más universales.

En principio no creemos que exista óbice jurídico alguno para cambiar de funciones al trabajador-estudiante o incluso de lugar de trabajo cuando ello

²⁶ Nótese cómo el legislador emplea dos vocablos para referirse al mismo ente, dependiendo de la cualidad con la que actúe. Así, cuando se trata de diseñar el vínculo triple que se entabla entre Universidad, centro en el que se desarrollará la actividad profesional y estudiante universitario, la persona física o entidad que posibilita el ejercicio efectivo de la labor del estudiante es una entidad colaboradora; por el contrario, cuando se pone el acento en la relación laboral que vincula al estudiante-trabajador con el centro en el que se despliega la relación laboral, ya no se alude al ente (o persona física) como entidad colaboradora, sino como empresa. Ambas -entidad colaboradora y empresa- aluden a la misma realidad.

²⁷ Según la RAE, alternar (término al que se nos remite cuando buscamos su sustantivo) significa: “variar las acciones diciendo o haciendo ya unas cosas, ya otras, y repitiéndolas sucesivamente”.

No existe un único modelo de régimen de trabajo en alternancia. El que nosotros hemos adoptado supone una opción a favor de una estrecha imbricación entre los dos mundos hasta ahora considerados -en la mayoría de los supuestos- autónomos. De esta forma, “el medio laboral y educativo proponen de forma conjunta situaciones-problemas y recursos” (Boudjaoui, M y Otros: “La formación en alternancia en Francia: entre prácticas sociales y objeto de investigación”, op.cit., pág. 244). De esta manera, “La alternancia en la Universidad sería utilizada... para Sauvage (2000) ...en políticas de flexibilidad a corto plazo ...[pudiendo] ser utilizada en política de flexibilidad a corto plazo, también puede dar respuesta a preocupaciones de gestión de recursos humanos a medio plazo con la posibilidad de constituir un vivero para futuras contrataciones”.

resulte necesario para la adquisición de las correspondientes competencias o materias y dichos cambios aparezcan plenamente justificados en el proceso formativo y acordados desde un inicio con el trabajador. El art.39 del ET solo prevé las modificaciones impuestas por el empresario y en este caso no existiría ni movilidad funcional ni modificación sustancial al amparo del art. 41 ET ya que en ambos casos contaría con el acuerdo previo del trabajador, sin que el mismo, por su justificación normativa, pueda ser considerado una renuncia de derechos. Es más, seguramente no nos encontraríamos ante un caso de polivalencia funcional -entendida como adscripción a distintos grupos o categorías al mismo tiempo- sino ante la fijación de condiciones sucesivas, tanto funcionales, como correlativamente salariales, actuando por tanto el único contrato para la formación dual como un contrato marco para al superación de las distintas asignaturas o materias, cada una de las cuales supondría una concreta actividad, un concreto lugar de realización y un concreto salario.

En cambio, si se optase por un contrato para cada una de las materias o asignaturas, la solución sería mucho más fácil.

7. MODIFICACIONES DEL CONTRATO

Si antes dedicábamos nuestra atención a la posibilidad genérica que tenía el empleador de modificar las funciones del trabajador-estudiante, es momento de observar qué otras vicisitudes podrían soportar esta relación laboral en alternancia²⁸.

Difícil de plasmar (aun cuando no imposible) en la práctica, entendemos, la potestad organizativa que posee el empleador cuando esta supone una modificación de las condiciones necesarias para la adquisición de las competencias y habilidades que deben adquirirse a lo largo de este proceso. El desplazamiento y el traslado²⁹, así como el cambio definitivo de funciones a otras no adecuadas no parecen ser opciones *-a priori*, al menos- que pueda barajar el empleador, por cuanto mal cohonesta con la naturaleza jurídica del contrato para la formación dual universitaria; la relación laboral no puede obviar la vertiente formativa³⁰. Todo lo más quizá cupiera plantear, por dotar a la relación de algo de flexibilidad, la

²⁸ No se aborda en este apartado modificaciones que afectan a la identidad del empresario por cambio del mismo (art.44 ET) ni aquellas otras que no son unilateralmente instadas por el empleador.

²⁹ Al ser este un contrato necesariamente temporal se hace difícil pensar en el cambio definitivo de residencia y lugar de trabajo; no obstante, sí sería factible pensar en el traslado porque la modificación operada en los dos elementos antes indicados fuera superior a doce meses en el plazo de tres años (art.40.6 *in fine* ET).

³⁰ Como suele ocurrir con el discurso jurídico, habrá excepciones a esta máxima. Así, si pensamos en un estudiante universitario que prosigue su titulación a través de la modalidad on line o a distancia, sería posible seguir manteniendo el vínculo formativo con la Universidad en

posibilidad excepcional o limitada del ejercicio de estas potestades cuando ello, como decimos, no suponga merma en el proceso de adquisición de conocimientos que justifica este contrato y condiciona -o debe condicionar- su régimen jurídico.

Otros aspectos susceptibles de ser modificados pueden referirse al horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y, en general, cualquier otra condición contractual que inicialmente se pactara. Lo que acabamos de exponer esperamos que nos recuerde de forma automática a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo; en este sentido, nos preguntamos ¿sería posible aplicar el contenido y alcance del art.41 del ET a estos particulares trabajadores? A nuestro juicio, nada se opondría a ello siempre, claro está, que dichos cambios fueran compatibles con la finalidad formativa en la que se inserta, y repetimos, justifica la singularidad de esta modalidad contractual

En definitiva, las únicas modificaciones jurídicamente admisibles seguirían atendiendo a esa concepción finalista a la que viene llamado el presente contrato³¹.

8. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El contrato para la formación dual universitaria es un contrato de naturaleza temporal. Ciertamente en el art.11.3 no se señala (a diferencia de lo que ocurre con los otros dos contratos formativos) los tiempos de contratación. No se indica cuál será su período mínimo ni tampoco cuál es la duración máxima, pero claramente se trata de una modalidad de empleo temporal.

Los tiempos concretos de duración de este contrato vendrán, acaso, señalados por el propio convenio de cooperación educativa, fijándose probablemente en atención al lapso que se considera conveniente para adquirir las habilidades profesionales de cada materia.

Para los supuestos en los que se hayan previsto más de un contrato de trabajo, habiéndose diseñado los mismos en los itinerarios formativos en atención a asignaturas o materias concretas, la superación de estas supondrá la finalización del contrato y el concierto del nuevo.

A pesar de ello, entendemos que sería deseable (aunque la norma en este punto no se refiera al reglamento de desarrollo para el tratamiento de esta relevante

la que se está matriculado, aun cuando el estudiante-trabajador tenga que cambiar de residencia. Esta modificación -en los supuestos aquí apuntados- entendemos ha de examinarse con especial cautela, atendiendo no solo a los intereses empresariales, sino anteponiendo a estos los propios a la formación profesional del trabajador a afectar.

³¹ Cualquier modificación operada en los términos del contrato que no atiendan a esa pretensión primitiva de formación integral profesional, sería -siempre a nuestro juicio- ilícita por incurrir en manifiesto abuso de derecho o fraude de ley.

cuestión) que la norma estableciera los plazos máximos de este contrato para dotar de la ansiada seguridad jurídica a este contrato, siendo los planes de estudio y más concretamente los convenios de cooperación los que precisen *a posteriori* los tiempos que tal vez podrían fijarse en atención al número de créditos atribuido a cada asignatura.

Junto a la anterior previsión extintiva, que se engarza directamente en el art.49.1.c) ET, aplicable sería la normativa genérica que prevé la extinción del contrato de trabajo sea cual fuere este.

Con ello no queremos decir que no haya que introducir matices para, constatando la realidad concreta a escrutar, ser cautos con la apreciación de los condicionantes específicos para aplicar determinadas causas que posibilitan el despido del trabajador³².

Existe, no obstante, una causa ínsita en el contrato que hoy nos atañe, cuyo cumplimiento conllevaría la resolución contractual. Si el contrato se condiciona a la circunstancia de que el trabajador sea estudiante universitario, la pérdida de esta cualidad supondrá ineludiblemente la desaparición del contrato (condicionada, eso sí, a la comunicación o denuncia).

Expresado de otra manera, y descartando por falta de operatividad jurídica, la acción de nulidad, al existir una fuerte conexión negocial que presupone la previa inserción del sujeto-trabajador con la Universidad, la pérdida en la condición de “estudiante universitario” conllevará ineludiblemente aparejada como efecto la extinción de la relación laboral nacida a su amparo.

De esta manera -art.49.1.b) ET- la pérdida en la condición de estudiante universitario (v.gr. no abono de la matrícula) supondrá la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la condición resolutoria explícitamente consignada en el contrato (si así se hubiera previsto de forma expresa) o de manera implícita (para aquellos otros supuestos en los que no se hubiera reflejado), siendo aplicable toda la doctrina elaborada en torno a la limitación y apreciación de abuso de Derecho.

9. LAGUNAS DE REGULACIÓN

Aparece en nuestro panorama laboral normativo un nuevo contrato que tiene la ambiciosa pretensión de tratar de cubrir un déficit plenamente constatado, consistente en la falta de ocupación de personas que tienen en su haber una titulación universitaria.

³² Dificil de aplicar -a nuestro juicio- el despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas (art.52.a) o b) ET), debiendo emplearse un juicio de valor menos exigente para apreciar la culpabilidad y gravedad que se exigen en los supuestos de incumplimientos laborales que posibilitan los despidos disciplinarios (art.54 ET).

Ciertamente, antes de la inclusión de este modelo contractual, existía una previsión normativa que se destinaba a promover la contratación de los recién titulados universitarios: el contrato en prácticas. Sin embargo, a pesar de las bondades que puedan ensalzarse de este tipo de relación laboral en prácticas, lo cierto es que no se ha conseguido que ese colectivo cada vez más numeroso de egresados pueda incorporarse al mercado laboral y hacerlo ejerciendo las funciones que se relacionan directamente con los estudios cursados. Siendo esta la realidad laboral, no es descabellado pensar que este problema de inserción laboral deba ser abordado antes de que se produzca, antes, por tanto, de la consumación de los estudios universitarios.

Este nuevo contrato pretende impulsar la contratación antes de la obtención de la titulación universitaria, permitiendo a la empresa moldear al estudiante-trabajador para que se acomode a las necesidades e idiosincrasia de la entidad en la que se desarrolla el trabajo.

Este intento, cargado de bondad y de buenas intenciones, está no obstante limitado en lo que hace a su viabilidad por la cantidad de aspectos cruciales que no han sido ni tan siquiera esbozados en la norma que le dota de vida.

Aspectos tan importantes como son “el sistema de impartición y las características de la formación de los trabajadores en los centros universitarios y en las empresas, así como su reconocimiento”, los “relacionados con la financiación de la actividad formativa y con la retribución del trabajador contratado” solo son apuntados por el actual art.11.3 del ET, esperando ser “desarrollados” (empleando el verbo que la norma original utiliza) por un Reglamento.

De esta manera, el Reglamento que cubrirá estas lagunas (y otras que a vuela pluma serían relativas a la duración del vínculo contractual o modelo oficial del contrato en cuestión³³) no será -a nuestro entender- una norma puramente de desarrollo, sino más bien de creación de una figura que apenas es reglada en la norma legal (Ley 11/20, de 30 de diciembre).

Esta circunstancia genera la duda acerca de si hasta en tanto en cuanto no tengamos Reglamento, ¿es factible jurídicamente concertar el contrato de formación dual universitaria?

La elucubración que hemos de realizar en este punto pasa por pensar qué harían nuestros juzgadores en los supuestos de impugnación de estos contratos. ¿Optarían por entender que esas contrataciones están celebradas en fraude de ley porque existen aspectos (muchos) sin precisar o, por el contrario, optarían por aceptar la licitud de estos contratos?

³³ Partimos de la necesidad de reflejar este contrato por escrito, a fin de observar los mandatos contenidos en el art.12 del ET.

Con base a una interpretación teleológica y eminentemente práctica, se habrá de entender (es nuestro sentir) que siempre que el contrato para la formación dual universitaria responda a la causa que se prevé legalmente y se formalice con un trabajador que posee la cualidad de estudiante universitario, ese contrato estará celebrado conforme a Derecho.

El efecto de inseguridad jurídica que entraña el actual diseño de este contrato se traslada al empresario donde el estudiante adquiere la calidad de trabajador. En efecto, no presenta más dilema la cuantificación del salario (“que se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo”). Así pues, siendo como es una relación laboral ordinaria el efecto automático es el de aplicación de las previsiones convencionales, siendo una de las principales la de la cuantificación del salario.

Siguiendo con esta cuestión (el salario) se observa el deseo -fútil, de otro lado- de garantizar en todo caso (entiéndase para esos colectivos de trabajadores que no están sujetos a convenio colectivo) el salario mínimo interprofesional, siguiendo en este punto las previsiones legales aclaradas para el contrato a tiempo parcial³⁴.

El en absoluto desdeñable -a nuestro juicio- vacío normativo se produce con relación a la “financiación” que parece referirse -tal y como está expresado- tanto a la actividad formativa como a la retribución del trabajador³⁵. La cuestión crematística puede inclinar la balanza a favor del empleo de esta modalidad contractual por parte de nuestras empresas, lo que a *sensu contrario* supone que no es descabellado aventurarnos en la poca acogida -más allá de las experiencias que previamente se estaban llevando a cabo por las entidades colaboradoras en ámbitos autonómicos o provinciales concretos- que tendrá esta figura contractual para quien, a la postre, tiene el poder de aplicarla: el empresario.

Así pues, una de las preguntas que ineludiblemente tenemos que formularnos para que este contrato no siga la senda del ya extinto contrato indefinido de apoyo a emprendedores, es cómo se puede convencer a los empresarios para que apuesten por su celebración³⁶.

³⁴ En este punto, el presente contrato nos recuerda al contrato para la formación y el aprendizaje (art.11.2 ET). Recordemos que el salario que le corresponde al aprendiz es calculado en función de la jornada de trabajo efectivamente realizada, sin tener en cuenta -por tanto- el tiempo dedicado a la formación teórica.

³⁵ “...objeto de desarrollo reglamentario los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa y con la retribución del trabajador contratado”. Tendrá que aclararse, en este punto, los tipos de cotización a los que se verán sometidas las bases de cotización. Tal y como está redactado el precepto, entendemos que estaría sujeto a los tipos que se regulan en general para los contratos de naturaleza temporal, sin que -sí no media previsión específica en sentido contrario- puedan entenderse aplicables los previstos para los contratos para la formación y el aprendizaje.

³⁶ Todolí Signes, A.: “La formación dual en Holanda”. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales. 36/2017. Pág.48. Tras destacar las bondades de ese modelo

Uno de los argumentos bien podría estribar en la responsabilidad social empresarial. El acudir a este contrato redonda en la idea de compromiso de la empresa para con los ciudadanos. Una empresa que apueste decididamente por formalizar contratos con trabajadores universitarios procurando de esta manera la inserción laboral de estos, excede del mero cumplimiento escrupuloso de la normativa legal y convencional existente, y por ello se puede encuadrar -a nuestro juicio de forma clara- en ese concepto de contornos difusos y heterogéneos antes expresado.

El segundo argumento es más individualista. La empresa -piénsese sobre todo en aquellas que pertenecen a sectores como la aeronáutica, ingeniería o salud, entre otros- puede tener un legítimo interés en formar a sus propios trabajadores, procurándoles además estrategias empresariales y técnicas *know how* y, en definitiva, cuantas conforman el sello distintivo de la entidad. En este sentido, se nos antoja más dúctil el perfil de una persona que no ha prestado sus servicios con anterioridad que la persona que atesora cierta experiencia.

Dejando atrás las desviaciones de las tradicionales prácticas, se observa una diferencia que puede también impulsar a nuestras empresas a emplear este contrato de trabajo. A través de las prácticas no solo no se asegura, sino que se imposibilita a que la entidad donde el estudiante lleva a cabo esta formación práctica pueda lucrarse de su actividad; el centro es el alumno y todas las actividades que despliega la empresa deben estar orientadas a que él obtenga un rendimiento académico. No obstante, con el contrato para la formación dual universitaria giran las tornas y, como ocurre con cualquier otra relación laboral, aquí sí el empresario perseguirá con la prestación del trabajador-estudiante un beneficio, un aporte para su entidad.

Quedan, no obstante, sin resolver otras cuestiones -en absoluto menores- relativas a la eventual indemnización que le podría corresponder al trabajador-estudiante una vez finalice su contrato. Parece que, no obstante, por razones de congruencia y coherencia normativa, la solución pasa por negar la indemnización por terminación de contrato.

A falta de previsión al respecto, no parece coherente que se haya optado por negar la indemnización por fin de contrato a los que son en prácticas o para la formación y el aprendizaje, optando por una solución totalmente divergente para las hipótesis de concertación de este contrato para la formación dual universitaria.

Expresado de otra manera, el régimen jurídico del contrato para la formación dual universitaria debe seguir la senda ya marcada por el resto de contratos

(enfocado en la formación profesional dual) en los países que como Alemania lo han implantado, nos hace ver las diferencias con respecto a España y que se refieren, básicamente, a la dimensión de nuestro tejido empresarial que no es comparable con las grandes empresas que dominan el panorama en el modelo alemán.

formativos, pues él también participa de la misma naturaleza o calificación jurídica³⁷. Negamos, por tanto, el derecho del trabajador-estudiante a recibir la indemnización prevista en el art.49.1.c) ET (por supuesto, quedando a salvo lo que al efecto se pueda disponer vía convenio colectivo).

Otra de las dudas que pudieran plantearse hace referencia a la posible (o no) aplicación de las consecuencias previstas por el art.15.5 ET en cuanto hace al encadenamiento de contratos. La solución -a nuestro juicio- debe ser la de negar la aplicación del mencionado precepto y ello no solo porque -como venimos insistiendo- estamos ante un contrato formativo que debe seguir la suerte de sus congéneres, sino porque en ocasiones será frecuente (y aconsejable) el empleo de diversos contratos de esta índole a lo largo de la vida universitaria del trabajador.

En otro orden de cosas, el precepto finaliza con una referencia -no explícita- al Régimen General de la Seguridad Social. Para que no haya lugar a equívocos (lástima porque esta razón debería haber inspirado a todo el precepto en aras a la añorada seguridad jurídica) se enuncia la extensión del campo protector del nivel contributivo del Sistema, encontrándose amparado el trabajador frente a las diferentes contingencias³⁸.

Cerramos el presente esquema de aproximación a esta figura contractual señalando que el contrato para la formación dual universitaria -entendemos- seguirá el régimen ordinario previsto en relación a la igualdad de derechos con el resto de trabajadores (con base al art.12.4.d), 17 ET y, por supuesto, art.14 CE), siendo aplicable todo el régimen en torno a las obligaciones concretas que conlleva la plasmación cotidiana de la buena fe contractual (art.5 ET) y, en general, las contempladas para el contrato a tiempo parcial (art.12 ET)³⁹, incluyendo las estipulaciones posibles que generan diferentes derechos o deberes para las partes contractuales⁴⁰.

³⁷ Otra previsión a la que, entendemos, tendrá que dar respuesta el reiterado Reglamento es la relativa a los posibles efectos que entraña en la duración del contrato los periodos suspensivos de incapacidad temporal, o por nacimiento o cuidado de hijos, riesgo durante el embarazo o la lactancia, entre otros. Hasta en tanto en cuanto esto se produzca, deberá seguirse el mismo régimen que el observado para el contrato en prácticas y para la formación y el aprendizaje.

³⁸ Resuena el eco de la tradición ya abandonada del contrato de aprendizaje en su relación con el desempleo. “La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación dual universitaria comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.”

³⁹ Entendemos, no obstante, que no sería posible -sin trastocar la naturaleza jurídica de este contrato- la realización de horas complementarias, quedando a salvo la posible realización de horas extraordinarias de fuerza mayor (art.12.4.c) ET).

⁴⁰ Así, el periodo de prueba (art.14 ET) o el pacto de plena dedicación (art.21.1 ET). Con considerables reservas: pacto de no concurrencia post contractual (art.21.2 ET) y el de permanencia (art.21.4 ET).

Queda todo un trabajo por delante que afecta no solo a la necesidad de contar con el citado Reglamento, sino también a las propias Universidades que habrán de repensar sus actuales modelos educativos para dar cabida de forma feliz a esta nueva iniciativa de contratación. Será necesario, de igual modo, diseñar convenios de colaboración adecuados con entidades que, en calidad de oferentes de empleo, se adecúen a la doble dimensión que un trabajador de estas características presenta en orden a la satisfacción de unas expectativas que, a partir de la promulgación de la norma, se han erigido como causa del presente contrato.

10. REFERENTES PRÁCTICOS

10.1. La experiencia del País Vasco

Ya anticipábamos en momentos anteriores que la experiencia en la formación dual universitaria era algo más que una idea teórica, por cuanto algunas de nuestras Universidades ya habían dado el paso (antes de la promulgación de la norma que hoy se trata de comentar) para poner en marcha este nuevo modelo, aun cuando -lógicamente- no fuera a través de la suscripción de este recién nacido contrato. De entre todas estas experiencias, nos permitimos comentar sucintamente dos.

El proyecto de formación dual universitaria del País Vasco está reglado y atiende a una serie de parámetros de calidad que se señalan en la Resolución de 30 de septiembre de 2019 del Director de Unibasq-Agencia de Calidad del Sistema Universitario Vasco, por la que se da publicidad al Protocolo para la obtención del reconocimiento de formación dual para titulaciones universitarias oficiales de Grado y Máster, aprobado por la Comisión Asesora de Unibasq, el 27 de septiembre de 2019⁴¹.

La lectura de aquella nos sugiere que estamos ante un modelo de enseñanza en alternancia destinado tanto a los estudiantes universitarios de grado como de máster, e incluso de forma específica proyectándose solo para determinados itinerarios formativos, pudiendo, en este último caso, el estudiante elegir libremente entre la forma que podríamos denominar clásica y la experiencia dual. Sea cual fuere el título (grado o máster), necesariamente este ha de ser “oficial”, entendiéndose como tal el que perteneciendo al Sistema Universitario Vasco esté inscrito en el Registro de Universidades, Centros y Títulos⁴².

⁴¹ Disponible en: https://www.unibasq.eus/wp-content/uploads/2019/11/Nuevo_Protocolo_Unibasq_DUAL.pdf [Fecha de consulta: 24.01.2021].

⁴² Ciertamente, también se prevé la posibilidad de extender la aplicación de la formación dual a aquellos títulos expedidos por otras Universidades extranjeras, siempre que medie convenio con las pertenecientes al Sistema Universitario Vasco.

Esta opción dual universitaria no es improvisada, sino que tiene que aquietarse a unos requisitos previos que validan estos títulos. La comprobación de estos presupuestos se atribuye al denominado Comité de Evaluación de Vectores de Unibasq⁴³; es gracias a su evaluación positiva como se consigue la habilitación para que la Universidad lleve a cabo este tipo de formación que culminará con la expedición de un título con la mención específica a la “formación dual o en alternancia”, ya sea en relación a la titulación o al itinerario formativo desplegado.

El procedimiento que se ha de seguir ante el Comité de Evaluación se inicia con la propuesta de la Universidad⁴⁴ que ha de contener una suerte de documentación tendente -fundamentalmente- a justificar la idoneidad de la formación dual y presentar las diferencias entre este modelo y el que pudiéramos calificar como “tradicional”. El sentido de esta comparativa es dejar constancia de las bondades del sistema de alternancia y la consecución de objetivos o competencias previstas inicialmente en ese concreto título.

A esta justificación habrá que adicionar otra suerte de datos para comprobar que la implicación de las entidades donde se desarrolla la formación dual es real y que ellas están presentes desde el diseño de los planes de estudio, pues solo así se puede garantizar que las instituciones donde finalmente los estudiantes trabajarán no son “meras receptoras”; la idoneidad de estos centros también es comprobada, debiendo señalarse las plazas disponibles o el porcentaje de créditos al que equivale la realización de esta formación en alternancia; cronograma; criterios de evaluación, garantizando la participación de los tutores del aula y de la entidad⁴⁵, así como la correspondencia de la prestación de servicios con las asignaturas cursadas.

Otro de los aspectos a destacar de esta documentación imprescindible para que les sea concedida la mención ya enunciada, se refiere a los relativos a la selección de los candidatos y el tipo de vínculo a establecer con la persona elegida. Así, en lo que hace a los primeros, será necesario reseñar cuáles son los criterios empleados para tomar la decisión de elección; en lo que respecta al tipo de vínculo que unirá al estudiante elegido y la entidad donde realizará la prestación

⁴³ El Comité está integrado (aun cuando no se enuncia el número de personas que lo componen) por académicos prestigiosos de las diferentes ramas del saber, debiendo ser uno de ellos extranjero, un estudiante y una persona “con perfil profesional”. Se prevé la posibilidad de contar con asesores.

⁴⁴ El informe definitivo ha de emitirse en el plazo máximo de 6 meses desde el inicio del procedimiento, entendiéndose que la omisión de aquel equivale a la denegación de la propuesta (silencio negativo). Previamente, habrá de haberse dictado un informe provisional del que se dará traslado a la Universidad a fin de que en el término de 20 días pueda presentar alegaciones.

⁴⁵ En relación a los tutores: se trata de garantizar la implicación y comunicación del tutor de aula con el tutor del centro o institución donde el alumno realiza la prestación de servicios. Las personas que asuman el papel de tutorización deben contar con la experiencia suficiente, debiendo garantizarse la disponibilidad para con el tutorizado.

de servicios, no se califica jurídicamente el mismo aun cuando se hace necesario garantizar que el alumno perciba una cantidad económica no inferior al salario mínimo interprofesional, debiendo suscribirse un seguro que cubra las mismas contingencias que se tutelan a los trabajadores, excepto la relativa a desempleo que es potestativa.

Una vez concedida la mención conforme a los trámites sucintamente expuestos, habrá de firmarse un convenio de colaboración cuyo contenido y alcance está previsto en el Acuerdo de 8 de abril de 2020 de la Comisión Permanente del Consejo de Gobierno de la Universidad de País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, por el que se aprueba la normativa reguladora de los Convenios de Colaboración para el desarrollo de programas de formación dual de los títulos de grado y máster de la Universidad de País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (BO País Vasco de 8 de junio de 2020).

De esta forma, se hace precisa la formalización de un Convenio con cada una de las entidades participantes, para dejar constancia de las condiciones bajo las cuales se desarrollará la formación dual (contrato de trabajo o relación fuera del ámbito laboral⁴⁶).

Si finalmente se optara por el vínculo laboral, junto con el contrato de trabajo correspondiente se habrá de rellenar un convenio específico al que se hace mención en el anexo. Este habrá de ser suscrito tanto por el trabajador-estudiante como por la Universidad (ajena a la relación laboral) y el ente en donde realiza la actividad laboral. Se incluyen una serie de menciones relativas a las condiciones laborales de este trabajador que se encuentra amparado por las previsiones normativas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Convenio Colectivo de aplicación.

De la lectura del documento, destacamos la preocupación constante por garantizar la continuidad en el proceso formativo-académico del trabajador, aun cuando se incluyen otras menciones⁴⁷ que completan este convenio administrativo.

⁴⁶ Si se opta por esta fórmula, la regulación es la contenida en el Real Decreto 592/2014 de 11 de mayo, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

⁴⁷ El convenio desciende a la figura de los tutores (académico y profesional) para establecer las responsabilidades de estos o la obligación de la Universidad de buscar alternativas para los supuestos en los que el contrato de trabajo se resuelva por causas ajenas al trabajador-estudiante. Aparecen también referencias específicas al trabajo fin de grado y fin de máster (incluyendo los derechos del autor a la propiedad intelectual) o deberes de confidencialidad que habrán de soportar las partes. Pero, lo más destacable -a nuestro juicio- es la previsión expresa a los efectos que podría tener una resolución del vínculo laboral cuando el trabajador no ha intervenido en esa extinción; en este sentido, se prevé la posibilidad de arbitrar fórmulas alternativas para que el que fuera empleado pueda obtener el título universitario a pesar de la finalización anticipada del contrato de trabajo.

10.2. La experiencia de la universidad internacional de Andalucía

El Reglamento relativo a los Convenios de Colaboración para el desarrollo de programas duales en las titulaciones de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA) mediante itinerarios formativos en alternancia (aprobado en Consejo de Gobierno de 30 de septiembre de 2020, modificado en Comisión de Postgrado el 19 de noviembre de 2020⁴⁸) ahonda en el camino implementado ya por otros centros universitarios nacionales.

El Reglamento es consciente de la necesidad de implantar un modelo de formación dual universitaria contando para ello con el resorte jurídico adecuado a fin de garantizar la existencia de un “vínculo jurídico” entre el estudiante (o estudiante-trabajador) y la entidad donde este desarrolla y ejecuta la prestación de servicios.

La presente propuesta parte -nótese, reiteramos, cómo tanto el que aquí se diseña como el que se propone por la Universidad del País Vasco se elaboran sin contar con la previsión normativa del contrato para la formación dual universitaria- de la necesidad de garantizar al estudiante de un “seguro asimilable al resto de trabajadores y trabajadoras en la entidad salvo en lo que se refiere a la prestación por desempleo”.

Siendo ello así, la UNIA aprueba a través de la resolución comentada, un texto que vinculará a los ulteriores convenios de colaboración que con motivo de estos “programas de itinerarios formativos en alternancia” se suscriban.

Interesa destacar de su lectura los siguientes aspectos:

- a) De un lado, la necesidad (tanto para los supuestos de prácticas no laborales retribuidas como para las relaciones genuinamente laborales) de asegurar frente a los riesgos (con la exclusión del desempleo);
- b) Cada programa de itinerario formativo en alternancia tiene que contar con un convenio de colaboración que suscribirá la Universidad y el centro en donde se desarrolla la actividad del estudiante o estudiante-trabajador.
- c) La firma del mencionado convenio supondrá que se desplieguen una serie de efectos jurídicos que ya sí difieren en función de si la relación que unirá al estudiante con la entidad es o no laboral. Centrándonos en esta última, el convenio se ajustará a un modelo concreto predefinido que especifica los deberes (“compromisos”) del estudiante-trabajador y la entidad en la que desarrolla la actividad prestacional laboral.
- d) Siendo cierto que el modelo del convenio es diferente en atención a la especial naturaleza jurídica del vínculo que une a estudiante (o estudiante-trabajador) y a la entidad donde se desarrolla la prestación, se incluyen

⁴⁸ Disponible en: [Reglamento_programas_duales_titulaciones_Consejo_de_Gobierno_30-09-2020.pdf \(unia.es\)](#) [Fecha de consulta: 25 de enero de 2021].

una serie de alusiones genéricas que habrán de observarse en cada uno de los citados convenios y que tratan, a la postre, de asegurar un diseño acertado del itinerario, una correcta supervisión del mismo, garantizándose la presencia del tutor académico y profesional y dejando constancia de los deberes que asume tanto el alumno (o alumno-trabajador) como la Universidad, sin olvidar señalar la vigencia del documento.

- e) Se recogen una serie de indicaciones de carácter más formal relativas a plazos, formas para instar la suscripción del convenio y competencia para su suscripción.
- f) Se trazan los criterios de selección del candidato garantizándose la participación en su elección tanto de la Universidad como de la propia entidad receptora.
- g) Por último, se clarifica que no estamos frente a un modelo cerrado, sino que el mismo será susceptible de mejoras una vez sean detectadas las debilidades, creando para ello a un órgano específico: Comisión mixta.

En definitiva, creemos que estas previsiones autonómicas bien pudieran resultar de ayuda o referencia para desarrollar en el anunciado Reglamento los elementos que tan solo han sido esbozados por la norma estatal.

Lo que sí parece incontestable, a la luz de las experiencias sobre el terreno, es que las Universidades se ven atraídas por este modelo de (para ellas) formación, al perseguir una mayor cohesión entre el mundo laboral y el teórico. Queremos, además ver, que de la actitud de las Universidades que ya han emprendido este camino se desprende una inicial insatisfacción a ofrecer como única alternativa a sus estudiantes el ya consolidado modelo de prácticas (curriculares o no), explorando otras vías que se apartan de estas e introduciéndose en las realidades laborales.

La Universidad -dedicada tradicionalmente a desplegar un papel meramente formativo teórico- ofrece la posibilidad de insertar laboral a sus estudiantes, compaginando estudios con relación laboral. Esto es, a nuestro juicio, adaptarse a la nueva realidad en la que se muestra claramente cómo el proceso formativo no es algo puntual que se sitúa en una etapa concreta del individuo sino que acompaña a este durante todo su devenir profesional.

11. CONCLUSIONES

Tenemos ante nosotros un nuevo contrato que se nos antoja tremendamente novedoso porque sus implicaciones no se ciñen al ámbito laboral, sino que despliega efectos en la forma de concebir la enseñanza universitaria.

Ciertamente la finalidad que trata de satisfacer no es ni mucho menos autóctona. De hecho, existen experiencias consolidadas en el ámbito del Derecho comparado

que nos han servido de inspiración para el diseño de este modelo contractual, pero salvando esta circunstancia (que, de otro lado, entendemos positiva por cuanto es oportuno aprovechar las bondades que otros sistemas jurídicos poseen) lo cierto es que a través de la presente modalidad se posibilita adecuar las necesidades de nuestros universitarios con las que tiene una empresa.

El contrato para la formación dual universitaria pretende servir de engarce para esos dos mundos (el universitario y el de la empresa) que están -a pesar de la regulación de las practicas no laborales- tan poco conectadas entre sí.

De esta manera, el concierto de esta modalidad contractual va a representar la oportunidad profesional para que los estudiantes puedan ver la vinculación entre los contenidos teóricos en los que se despliega su formación universitaria y la aplicación de los mismos, a través de una auténtica relación laboral que, por serlo, llevará aparejada los efectos, derechos y obligaciones que regula el Estatuto de los Trabajadores.

El diseño, a primera vista, merece una favorable acogida. La Universidad vela por la adecuación de esa relación laboral con el itinerario formativo diseñado y es razonable que este contrato suponga una vía para conseguir minimizar la situación tan delicada que sufren nuestros recién titulados.

Siendo ello así, no podemos dejar de advertir la existencia de deficiencias que podrían trastocar esa inicial visión optimista sobre el presente contrato. Son muchas -demasiadas- las lagunas existentes, las preguntas que hoy por hoy no tienen respuesta y que dejan a este contrato al albur de lo que diga un reglamento que, y esto acaso es lo más censurable a nuestros ojos, no tiene una fecha, aun cuando fuera aproximada, de aprobación.

Por esta imprecisión, lo que adelantábamos en estas líneas han sido básicamente conjeturas acerca del devenir de esta figura contractual. Ciertamente, nos encontramos con un contrato con el propósito claro de procurar simultanear la actividad laboral con la formación universitaria, pero a partir de ahí todo son dudas y de entre todas ellas, nos asalta la que a nuestro juicio es la principal: ¿cómo se llevará a cabo la financiación de este contrato?

Esta es, siempre a nuestro entender, la primera incógnita que planea sobre esta figura acaso porque somos sumamente escépticos a que el empleo de esta fórmula contractual descansa exclusivamente en la responsabilidad social empresarial.

Así pues, creemos que urge la elaboración de ese Reglamento que comprometa también a la Universidad quien, de otro lado, deberá repensar en la figura del docente tal y como hoy está concebida.

Mercado de trabajo

LA ECONOMÍA 4.0 Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ¿COMPATIBILIDAD O TRADE-OFF? *

ALBERTO VAQUERO GARCÍA

Profesor Titular de Universidad de Economía Aplicada

Universidade de Vigo

EXTRACTO

Palabras clave: digitalización económica, relaciones laborales, derechos fundamentales.

Las relaciones laborales están sufriendo importantes cambios con la digitalización de los procesos productivos. Cada vez son más numerosas los sectores y actividades con una mayor flexibilidad laboral, como consecuencia de la masiva e intensiva incorporación de las nuevas tecnologías al mundo laboral y esto conlleva modificaciones en el desarrollo del trabajo. Lo anterior genera una serie de interrogantes sobre el cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajador, que es precisamente el objetivo de esta comunicación.

ABSTRACT

Keywords: economic digitization, labour relations, fundamental rights.

Labour relations are undergoing major changes with the digitization of production processes. More and more sectors and activities are becoming more flexible at work, as a result of the massive and intensive incorporation of new technologies into the labour market, and this entails changes in the development of work. This raises a number of questions about the fulfilment of workers' fundamental rights, which is precisely the aim of this communication.

*El autor agradece los valiosos comentarios y sugerencias de Jaime Cabeza Pereiro y Emma Rodríguez Rodríguez. Este trabajo se enmarca dentro del proyecto “Los derechos fundamentales ante el cambio de trabajo autónomo en la era digital financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2017-83488-C4-2-R). Miembro del Grupo de Investigación GEN-Governance and Economics-

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA INCIDENCIA DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA SOBRE EL EMPLEO
3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES A NIVEL LABORAL
 - 3.1. Los derechos fundamentales del trabajador digital desde el marco general
 - 3.2. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y de Garantía de los Derechos Digitales y su incidencia en materia laboral
4. RECOMENDACIONES
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Desde diversos organismos supranacionales como la Organización Internacional del Trabajo (2018) y la Comisión Europea (2017, 2018), se viene advirtiendo que el creciente proceso de digitalización económica supone tener que adaptarse a un nuevo escenario económico, con una especial incidencia en materia de relaciones laborales y ocupación. Este proceso afecta a dos grandes áreas: transformación digital de las empresas y economía de las plataformas (Rocha, 2018). Si bien los problemas de la Economía 4.0 no resultan exclusivos del trabajo en plataformas, ni de la digitalización de los procesos productivos y de servicios, sí que se manifiestan especialmente a través de esta nueva forma de entender la actividad económica (Cabeza, 2019).

En efecto, cada vez es más frecuente encontrarse con empresas y trabajadores inmersos en ese profundo cambio tecnológico, operando bajo las condiciones que supone la digitalización económica. Lo que no hace muchos años se circunscribía al transporte de viajeros, hoy en día se expande a una creciente cantidad de servicios y actividades. A modo de ejemplo, la contratación de servicios a través de una *app* se manifiesta en el transporte de personas y mercancías, entrega de comida a domicilio, actividades relacionadas con tareas de oficina e introducción de datos, servicios profesionales, trabajo creativo y multimedia en línea, trabajo de apoyo de ventas y marketing, desarrollo de software y trabajo tecnológico, escritura y traducción, micro tareas en línea y servicios de atención en hogares y lugares de trabajo.

A partir del informe *The social protection of workers in the Platform Economy* del Parlamento Europeo (2017), se obtiene como el 3% de los trabajadores adultos reciben al menos la mitad de sus ingresos a través de plataformas digitales¹. Cabría preguntarse si este nuevo escenario supone una mayor inestabilidad laboral hacia el

¹ El estudio hacía referencia a una encuesta realizada en el Reino Unido, Suecia, Alemania, Suecia, Austria, Holanda, Italia y Suiza para cuantificar la extensión de fenómeno de la digitalización (Huws *et al.* 2017).

trabajador. Esto se produciría si no se consigue el marco adecuado de las relaciones laborales o el mantenimiento del empleo (Vaquero, 2020).

Además, esta dualización del mercado laboral es mucho más intensa que la que se produce en los modelos económicos tradicionales. Como consecuencia de la digitalización económica hay profesiones y sectores que han ganado en flexibilidad, sobre todo por la parte del prestador de servicios (Suárez, 2017) y esto trae consigo importantes ajustes laborales. Lo anterior genera una serie de interrogantes sobre el cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajador, que es precisamente el objetivo de esta comunicación.

Para ello el esquema a desarrollar es el siguiente. Tras esta introducción, el segundo apartado se centra en señalar la incidencia de la digitalización de la economía en materia de empleo. El tercer epígrafe analiza el cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajador digital, desde una doble perspectiva, primero generalista, para en un segundo momento abordar el tratamiento de los derechos digitales a partir de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y de Garantía de los Derechos Digitales. En cuarto apartado señala una serie de recomendaciones. Finalmente, se establecen las conclusiones de este trabajo.

2. LA INCIDENCIA DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA SOBRE EL EMPLEO

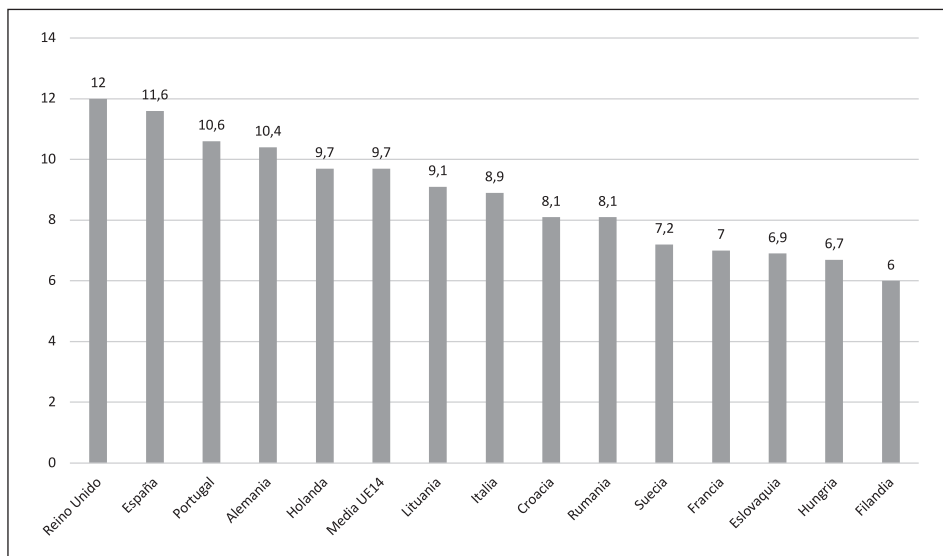
Aunque puede parecer algo novedoso, la Economía 4.0 no resulta un punto de ruptura respecto al modelo tradicional de relaciones laborales. Por el contrario, se trata de un crecimiento globalizado de las formas de trabajo en precario que se venían observando desde la década de los setenta del siglo XX (Cabeza, 2019). Este proceso se ha venido acentuando con la globalización económica. La tabla 1 recoge, a partir de la investigación de Cruz Villalón (2017a; 2017b) los factores influyentes en el nuevo mercado de trabajo digital bajo la economía global: globalización, aceleramiento de los cambios tecnológicos, descentralización y externalización de procesos productivos, efectos de la actividad económica sobre el medio ambiente, efectos sobre los flujos migratorios y un mercado de trabajo menos uniforme para los trabajadores.

Tabla 1: Factores y efectos generados por la digitalización económica en el mercado laboral en el marco de la economía global

Factores	Efectos generados
Globalización	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento general de la competencia internacional. • Se difumina el concepto de centro de trabajo tradicional. • Las reglas económicas se establecen a nivel supranacional.
Aceleramiento de los cambios tecnológicos	<ul style="list-style-type: none"> • Afectación para todos los países, sectores productivos y actividades profesionales. • Se puede eliminar o prescindir prácticamente la intervención humana en determinadas actividades y servicios.
Descentralización y externalización de procesos productivos	<ul style="list-style-type: none"> • Se lleva a cabo en base a la especialización productiva. • La externalización aumenta cuando existe una alta influencia de la negociación colectiva, para contrarrestar ese efecto.
Efectos de la actividad económica sobre el medio ambiente	<ul style="list-style-type: none"> • El trabajo a distancia, controlado a través de las nuevas TICs favorece que existan menos desplazamientos, con un reducción de la huella ecológica.
Efectos sobre los flujos migratorios	<ul style="list-style-type: none"> • La inestabilidad política o económicas puede frenar la migración de trabajadores, capitales, mercancías y servicios, con el consiguiente efecto sobre el mercado de trabajo del país receptor.
Mercado de trabajo menos uniforme para los trabajadores	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento de la dualidad del mercado laboral

Fuente: Elaboración a partir de Cruz Villalón (2017a; 2017b)

Aunque la incidencia global en materia de empleo de las plataformas digitales sigue siendo reducida, se trata de un fenómeno con un significativo crecimiento. El gráfico 1 recoge el porcentaje de trabajadores que realizan alguna actividad en una plataforma digital, a partir del informe *Platform Workers in Europe* del Joint Research Centre de la Comisión Europea (2018). A nivel europeo y a partir del informe *An overview of European Platforms: Scope and Business Models* del Joint Research Centre se comprueba como en 2016, el mayor número de plataformas activas de prestación de servicios se encontraba en Francia y el Reino Unido (50 o más), seguido de Alemania, Holanda y España (40 o más).

Grafico 1: Porcentaje de trabajadores en plataformas digitales (2017)

Fuente: Comisión Europea (2018).

Otra de las cuestiones que van a marcar notablemente los efectos de las plataformas digitales sobre el mercado del trabajo es el perfil de sus trabajadores. La mayor parte son varones menores de 35 años y con estudios superiores, afectando la sobrecualificación a más de la tercera parte de estos trabajadores. El 68,1% de los que trabajan se declaran asalariados, el 7,6% trabajadores por cuenta propia, el 4,9% desempleados, 13,0% estudiantes, 2,4% jubilados y 3,9% se dedican a tareas del hogar (Comisión Europea, 2018). En Huws *et al.* (2017) se señala que solo una pequeña parte (entre el 7-13%) de las personas entrevistadas señalan que son autónomas, mientras que más del 50% se consideran empleadas a tiempo completo.

En Garben (2017) se indica la existencia de importantes diferencias entre el trabajo tradicional y el que se realiza vía plataformas digitales. En concreto se destaca para este último sistema las bajas remuneraciones obtenidas, sobre todo cuando se trata de micro trabajo; la escasa seguridad en el empleo; el elevado subempleo; diferencias entre la capacidad de actuación entre la plataforma y los trabajadores debido a la regulación unilateral de las condiciones de trabajo; excesivo protagonismo a los mecanismos de rating; ausencia de mecanismos para resolver los conflictos; escasa representación sindical; acceso muy reducido a los mecanismos de protección social y factores de riesgos específicos de las plataformas digitales, como ritmos de trabajo más intensos, ausencia de canales directos de comunicación con clientes, aislamiento, disponibilidad de 24 horas al día y siete días a la semana, carencia de planificación en las tareas, etc.

Con la digitalización de la economía surgen importantes cambios en materia laboral. Una primera modificación operará sobre el tiempo de trabajo, puesto que resulta posible trabajar casi en cualquier lugar y hora. Ahora bien, si lo anterior podría permitir mejorar la combinación del trabajo con la vida privada, ya que el trabajador pasa a ser, al menos en teoría, el propietario del tiempo de trabajo, la realidad no siempre va en este sentido, sino más bien todo lo contrario. Lo que parece producirse es que la digitalización laboral puede estar provocando una disponibilidad horaria más allá de lo que era habitual (Rodríguez y Pérez, 2018). Además, esta situación podría desencadenar dedicar más tiempo a trabajar, puesto que, al no contar habitualmente con ingresos suficientemente elevados, se provocaría una dedicación mayor (Suarez, 2017).

En segundo lugar, de extenderse este modelo de trabajo a través de plataformas digitales, la figura del trabajador por cuenta ajena irá perdiendo importancia, aumentando la del *freelance*. Esta nueva forma de empleo presenta una serie de características muy definidas (CCOO, 2017): i) flexibilidad organizativa, puesto que el prestador de servicios puede elegir cuándo, dónde y cómo trabajar; ii) libertad para elegir proyectos y trabajos por parte del anterior prestador de servicios y, iii) fuerte variabilidad de ingresos, puesto que no existirá un ingreso máximo, pero tampoco mínimo. Estas tres características convierten a las relaciones laborales, en las que antes participaba el binomio empleador-empleado, en relaciones mercantiles, donde la protección social es, por lo general, menor y donde un algoritmo (que no suele ser conocido) es el responsable de asignar el trabajo a realizar.

En tercer lugar, la creciente digitalización económica provoca una menor duración en el tiempo de prestación de servicios, al tratarse de tareas que se realizan en un escaso margen de tiempo. Esto se traduce, en menores salarios y unas menores aportaciones a la Seguridad Social. Además, lo anterior provoca que la mayoría de estos trabajadores se ofrezcan en más de un tipo de servicios, y trate de estar activos en dos o más plataformas, a menudo combinando actividades de alta y baja cualificación, para poder complementar sus ingresos.

Todo lo señalado obliga a reflexionar sobre el grado de intensidad del proceso de digitalización económica y sus áreas de impacto, una cuestión no baladí. A partir de Rodríguez y Pérez (2018) se pueden señalar siete áreas de impacto de la Economía 4.0, que se resumen en la tabla 2.

De todas ellas, es preciso detenerse en las dos últimas, relativas a aspectos de seguridad y salud en el trabajo, especialmente riesgos psicosociales y en el control de la vida privada de los trabajadores mediante los medios digitales vs derechos fundamentales, por ser dos de las más relevantes para esta comunicación.

Por lo que respecta a aspectos de seguridad y salud en el trabajo, especialmente riesgos psicosociales, es preciso recordar que con las plataformas digitales ya no hay frontera del tiempo y el lugar de trabajo. Esto puede provocar una excesiva carga de trabajo (y de responsabilidad) que afectará a la salud de los trabajadores.

Es obvio que la creciente digitalización de la economía exige mezclar los tiempos de trabajo y privados, con larga jornadas laborales y teniendo que estar conectado en todo momento para atender a las obligaciones laborales. Sin duda, es necesario tener en cuenta todos estos elementos para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores digitales. En relación al control de los trabajadores por parte del empleador es evidente la mayor facilidad de esta actividad por medio de sistemas digitales. En este sentido se puede señalar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control por el empleado del uso del correo electrónico por sus empleados (caso *Barbulescu v. Rumanía* núm. 61496/08 de 12 de enero de 2016), que señala la inexistencia de vulneración de los derechos del trabajador tras el acceso a las comunicaciones enviadas desde el servicio de mensajería instantánea de la empresa, que demostraron una conversación de naturaleza privada y que trajo consigo el despido del trabajador.

De la sentencia se deduce que no habrá vulnerabilidad si se comprueba la existencia de una prohibición de uso de las herramientas informáticas del empleador para fines personales y la ausencia de una expectativa razonable de privacidad. En España, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores establece que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. En consecuencia, el ordenamiento jurídico español posibilita al empresario a poder medidas de control sobre la actividad desarrollada por el trabajador (Cabeza y Rodríguez, 2017).

Tabla 2: Áreas de impacto de la digitalización sobre las relaciones laborales

Áreas de impacto de la digitalización sobre las relaciones laborales	Principales dinámicas de impacto
Empleabilidad y formación	<ul style="list-style-type: none"> • Necesidad de evaluar la política educativa y de formación para el empleo. • Reconfiguración de las políticas activas de empleo ante el reto de la digitalización.
Tiempo de trabajo	<ul style="list-style-type: none"> • La “soberanía” sobre el tiempo de trabajo no resulta evidente. • Necesidad de establecer límites a la continua disponibilidad por parte del trabajador
Conciliación de la vida profesional y personal	<ul style="list-style-type: none"> • Prácticas de conciliación (enfoques <i>rush hour of life</i> y corresponsabilidad) para redistribuir el tiempo de trabajo. • Necesidad de señalar claramente los pros y contras del teletrabajo.
Caída del número de ocupados y problemas de conformación de un modelo de seguridad social basado en un alto nivel de empleo	<ul style="list-style-type: none"> • Extensión de la protección por desempleo en un escenario de paro tecnológico. • Debate sobre renta básica vs renta mínima.
Definición de los sujetos de las relaciones de trabajo, concepto de trabajador y de empresario	<ul style="list-style-type: none"> • Cambios en el concepto tradicional de trabajador y empresario de la era digital. • Nuevos medios de organización y tutela de los intereses de los trabajadores.
Aspectos de seguridad y salud en el trabajo, especialmente riesgos psicosociales	<ul style="list-style-type: none"> • Riesgos asociados al trabajo tecnológico. • Medidas de prevención en los riesgos psicosociales.
Control de la vida privada de los trabajadores mediante medios digitales vs derechos fundamentales	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la intimidad como límite de control del poder de control empresarial.

Fuente: Rodríguez y Pérez (2018).

3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES A NIVEL LABORAL

3.1. Los derechos fundamentales del trabajador digital desde el marco general

El artículo 4 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 enumera los principales derechos de los trabajadores. En concreto, en el 4.1 se señala que los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que establezca su propia normativa los siguientes: i) trabajo y libre elección de profesión u oficio; ii) libre sindicación; iii) negociación colectiva; iv) adopción de medidas de conflicto colectivo; v) huelga y vi) reunión. A continuación, en el 4.2, se señala como derechos de los trabajadores en la relación de trabajo a los siguientes: i) ocupación efectiva; ii) promoción y formación profesional en el puesto de trabajo; iii) no discriminación directa o indirecta en materia laboral; iv) integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales y; v) respeto de su intimidad y a la debida consideración de su dignidad.

Antes de iniciar el desarrollo de las implicaciones económicas y laborales de este conjunto de derechos es preciso señalar que las plataformas digitales suelen ser proclives a sembrar dudas sobre la existencia del *status* del trabajador, para tratar de evitar aplicar las normas laborales (González, 2017). Si esto se consigue, el resto de derechos fundamentales puede verse altamente cuestionados. De ahí la necesidad de determinar si se trata o no de una relación laboral dependiente.

El punto de partida es garantizar una ocupación efectiva del trabajador por parte del empleador, por medio de un empleo de modo real y adecuado. Este derecho es el que permite la consecución de una parte importante de los derechos básicos del trabajador. No podemos obviar que las *apps* cuentan con un *software* muy potente y las condiciones básicas de la transacción se realizan a través de un algoritmo, que no se suele conocer. Muy relacionado con lo indicado, frente al planteamiento quizás idealista de ser “el jefe de uno”, la realidad nos muestra como los que prestan servicios a través de estas plataformas suelen cuestionar las “ventajas” de esta forma de trabajar, llegando al extremo de que esta opción de trabajar es más una cuestión de necesidad, que algo opcional.

La tabla 3 permite establecer un primer análisis en relación al tiempo de trabajo de los empleados de las plataformas digitales por países a partir de un informe de la Comisión Europea (2018). Como se puede comprobar, España es un claro ejemplo de la existencia de una relación más intensa de trabajadores en plataformas digitales (el 80,5% de los empleados en estas plataformas señalan que han trabajado al menos un mes en el último año). Sin embargo, el tiempo de trabajo es limitado, puesto que en España el 56,7% han trabajado 10 o más horas, o si se

quiere analizar a la inversa, el 43,3% de los empleados de las plataformas digitales han trabajado en la última semana menos de 10 horas.

Tabla 3: Porcentaje de trabajadores en plataformas digitales (frecuencia y horas)

	Ha trabajado al menos un mes durante el año pasado	Ha trabajado 10 horas o más a la semana
Reino Unido	82,5	56,1
España	80,5	56,7
Alemania	78,3	63,1
Holanda	89,1	55,0
Portugal	67,2	56,1
Italia	79,7	61,0
Lituania	65,0	61,3
Rumania	79,5	55,8
Francia	84,2	59,7
Croacia	64,3	63,9
Suecia	74,6	49,2
Hungría	74,8	62,0
Eslovaquia	73,4	39,6
Finlandia	68,7	48,9
Media UE14	80,1	58,2

Fuente: Comisión Europea (2018).

Además, está el problema de los “tiempos muertos”, esto es el espacio de tiempo sin trabajo, bien porque no llega ningún aviso desde la aplicación, bien porque el trabajador tiene que buscar nuevas actividades. En el informe *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital de la OIT* (2019a) se señala que los trabajadores de las plataformas suelen dedicar 20 minutos a actividades no remuneradas (búsqueda de tareas, verificar a los clientes, redacción de opiniones, etc.) por cada hora de trabajo remunerado. Por término medio, el 88% de los encuestados señala que desearían trabajar 11,6 horas semanales más de trabajo en las plataformas. En promedio realizan 24,5 horas semanales a tareas en las plataformas (18,6 remuneradas y 6,2 no remuneradas). Además, el 58% de los encuestados señalan que no había suficientes tareas disponibles y que el 17% no había encontrado tareas bien remuneradas. Todo lo anterior provoca, según el citado informe que los trabajadores busquen empleo en otras plataformas. La evidencia así lo ratifica: el 49% había trabajado en más de una plataforma, el 21% en tres o más. Además, el resto manifiestan que solo han

trabajado en una plataforma por los elevados costes iniciales y de transacción que supone operar en varias plataformas.

La tabla 4 permite comprobar cuál es la importancia de las remuneraciones satisfechas a partir de las plataformas digitales según la Comisión Europea. Se constata como en España para el 52,1% suponen el 25% o más de los ingresos y del 17,6% para el 50% o más de sus ingresos. Los datos para media de los países estudiados serían del 61,8 % y 24,0%. Lo que pone de manifiesto la menor importancia relativa de estos ingresos para el caso español. Esto puede significar que los trabajadores que prestan sus servicios en las plataformas digitales tienen otras fuentes complementarias de ingresos, que no los hacen tan dependientes de trabajadores de otros países como el Reino Unido y Holanda, puesto que en estos países los porcentajes de trabajadores en plataformas digitales que señalan que sus ingresos por esta vía suponen el 50% o más de sus remuneraciones son del 35,7% y 29,8%, respectivamente

Tabla 4: Porcentaje de trabajadores en plataformas digitales (ingresos)

	25% o más de los ingresos	50% o más de los ingresos
Reino Unido	71,0	35,7
España	52,1	17,6
Alemania	62,8	23,9
Holanda	66,8	29,8
Portugal	39,6	15,4
Italia	61,0	20,4
Lituania	60,9	17,7
Rumania	47,7	9,7
Francia	69,1	25,8
Croacia	36,6	12,8
Suecia	64,1	23,0
Hungría	25,7	19,2
Eslovaquia	53,5	12,5
Finlandia	54,4	10,7
Media UE14	61,8	24,0

Fuente: Comisión Europea (2018).

Por lo que respecta a libre sindicación, el trabajo en las plataformas digitales no suele facilitar este derecho sino más bien todo lo contrario. Este tipo de empleos presenta una bajísima densidad sindical (Cabeza, 2019). Posiblemente estos bajos índices de sindicalización se deben a que las plataformas digitales se suelen considerar como intermediarias entre partes externas y no como agentes empleadores y, por las dificultades para la organización colectiva de los prestadores de servicios (Garrido, 2017; Rocha, 2018; Rocha, 2020).

En relación al derecho a la promoción y formación profesional los trabajadores tienen derecho a una formación que se adecue a las modificaciones de su trabajo y, además deben tener a posibilidad de acceder a planes y acciones formativas que busquen favorecer su empleabilidad. Esto, en un sistema de relaciones laborales basado en el trabajo a la demanda, no suele ser habitual.

El derecho relacionado con la prevención de los riesgos laborales debe garantizar la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene. Este derecho está regulado en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que tiene en cuenta cada puesto de trabajo y la tarea concreta que desempeña cada trabajador. En las aplicaciones basada en apps se produce una auditoria externa (a través de los usuarios) y continuada del desempeño del trabajo. Lo más habitual es a través de un sistema de comentarios y puntuación, lo que puede provocar riesgos psicosociales que deberían tenerse en cuenta en relación a los problemas de salud. Además, los controles de calidad son un indicio de laboralidad y permiten beneficiar a ambas partes y permiten mantener la confianza de los clientes por el servicio prestado, aunque quizás no sea lo más adecuado (Cabeza, 2019).

En cuanto al derecho a no ser discriminado, se debe mencionar que el proceso de contratación del servicio se basa en una serie de algoritmos que non son conocidos más que por la plataforma digital. Cabe la posibilidad de que el algoritmo penalice a aquellos trabajadores que no aceptan la totalidad de los servicios ofertados o los que no obtengan por encima de un 4 en el rating de satisfacción de los clientes². Si bien no es público como funciona este algoritmo, sí que se han publicado guías de buenas prácticas, de naturaleza potestativa por parte del operador y el cliente.

Finalmente, el derecho a la intimidad en el ámbito laboral exige que los trabajadores queden protegidos en relación a la intimidad y dignidad, así como

² Véase al respecto el artículo *When your boss is an uber algorithm* publicado por el MIT Technology Review (2015), donde se señala que los conductores de Uber y Lyft disponen de un tiempo muy limitado (15 segundos) para decidir si aceptan un determinado servicio. Del estudio se desprende que, tras varias negativas por parte del operador o de malas calificaciones por los usuarios, el algoritmo deja de avisar a ese conductor. Además, ese algoritmo es capaz de ajustar y modificar precios en tiempo real. No obstante, la existencia de estos precios “dinámicos” tampoco es nada nuevo, puesto que las compañías aéreas también lo vienen utilizando, aunque con una periodicidad menor que las principales plataformas de transporte de viajeros.

la prohibición de cualquier tipo de acoso laboral por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Puesto que el derecho a la intimidad se desarrolla especialmente para los trabajadores digitales en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y de Garantía de los Derechos Digitales y su incidencia en materia laboral, nos remitimos al apartado siguiente para su análisis.

3.2 La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y de Garantía de los Derechos Digitales y su incidencia en materia laboral

La referencia obligada para conocer los derechos garantizados a nivel digital en España es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y de Garantía de los Derechos Digitales. La normativa recoge una serie de artículos, del 87 al 91, que permiten comprobar el desarrollo que el legislador ha dado al cumplimiento de derechos del trabajador en lo relativo a su seguridad digital, siendo especialmente relevante sus implicaciones para los trabajadores que prestan sus servicios en plataformas digitales.

El artículo 87 señala el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. En él se recoge la privacidad de los trabajadores y empleados públicos en la utilización de los dispositivos electrónicos entregados por el empleador para el trabajo. Así, se establece que el empleador solo podrá acceder a los citados dispositivos para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y garantizar la integridad de los citados dispositivos. Además, el empleador deberá establecer criterios de utilización.

El actual sistema de monitorización permite que las plataformas digitales dispongan de un control mucho más rápido, efectivo y económico de sus trabajadores, que el que se puede obtener de los sistemas convencionales. Entre otras cuestiones, esto permite contar con un control en tiempo real de los trabajadores, garantizado la trazabilidad de las plataformas. Del mismo modo, y gracias a estos dispositivos se puede conocer mejor el grado de ajuste entre prestadores del servicio y los clientes. Sin embargo, lo anterior no debe ser aprovechado para un control más allá de la actividad laboral.

El artículo 88 establece el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, señalando que el empleador no podrá utilizar las herramientas digitales para contactar con sus trabajadores fuera del horario laboral o durante sus períodos de descanso. Además, se deberá establecer una política interna dirigida a los trabajadores, incluyendo los que ocupen puestos directivos en la que se establecerán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, previa audiencia de los representantes de los trabajadores.

El artículo 89 establece el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. En este caso los empleadores podrán instalar cámaras de seguridad para el control de los empleados. Sin embargo, no se podrá instalar micrófonos, salvo el caso de que resulten relevantes para los riesgos para la seguridad de las instalaciones. Bienes y personas derivadas de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo. En ningún caso se podrán instalar sistemas de grabación de sonidos ni video vigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los empleados

En el artículo 90 se desarrolla el derecho a la intimidad ante la utilización de sistema de geolocalización en el ámbito laboral. Los empleadores podrán usar estos aplicativos para comprobar la ubicación de sus trabajadores, siempre que se informe a los empleados y a sus representantes acerca de la existencia y características de estos dispositivos. De la misma forma se deberá informar acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

En relación a estos tres últimos artículos, cabe señalar que, en la mayor parte de los trabajos vía plataformas, el control del trabajador no es directo (no existe un mandato del empleador al trabajador) sino que es un software quien establece la transacción durante todo el tiempo que se produce. Esto puede generar cierta resistencia por parte del empleador, ya que la vigilancia es continua, ya que en todo momento saben dónde se encuentra. En este sentido resulta necesario garantizar al trabajador el control de la información que le afecte personalmente para preservar su propia identidad, dignidad y libertad, no teniendo que informar de los aspectos de su vida que no deseen que se conozcan. Además, los datos manejados por terceros han de ser ciertos, actuales y su obtención ha tenido que ser de forma correcta.

Finalmente, el artículo 91 señala que los convenios colectivos deberán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de los derechos digitales en material laboral.

Las cuestiones anteriores tienen una gran trascendencia práctica que precisa de un acuerdo global. En efecto, esta articulación de derechos fundamentales mínimos para trabajadores de plataformas digitales exigiría un esfuerzo por parte de la mayor parte de los países, ya que, en una economía globalizada, la normativa laboral nacional no llega a todas las partes, ni es la misma a nivel internacional. Al ser un fenómeno de naturaleza global resulta necesario garantizar el mismo alcance.

Los primeros avances ya se están produciendo, destacando especialmente el Reino Unido, que va reconocer una serie de derechos de matriz laboral a estos prestadores de servicios a partir de las recomendaciones del informe *Good*

*work: the Taylor review of modern working practices*³ (Taylor et al., 2017). El planteamiento seguido en el citado informe es que todo el trabajo que se realice en el Reino Unido debe ser justo y decente, siendo especialmente aplicable a todas aquellas actividades que se han visto notablemente influidas por la tecnología y los nuevos modelos comerciales.

Otra experiencia que es necesario señalar es la firma en abril del 2018 del primer convenio de la *gig economy* (economía de los pequeños encargos) en Dinamarca de una empresa que se dedica a poner en contacto a limpiadores con usuarios, con el acuerdo del principal sindicato de ese país⁴.

En España ya se ha dado algún tímido intento. En abril de 2019, se amplió el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, recogiendo como actividad el servicio de reparto de comidas elaboradas y bebidas, con independencia de la forma de desplazamiento, que no exija autorización administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación del servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluyendo las plataformas digitales o por medio de ellas. Todavía es pronto para evaluar los resultados, aunque es un primer paso para dejar de no tener ningún modelo de relaciones laborales en este tipo de actividades.

4. RECOMENDACIONES

Posiblemente la recomendación más importante y la que permite emanar el resto de planteamientos es la de tratar de reforzar la presunción de laboralidad de los trabajadores que operan en las plataformas digitales. Tal y como se señala en Cabeza (2019) el contrato de trabajo de los que prestan una actividad a través de plataformas digitales debe constituir la forma defectiva de la prestación de servicios o recobrar esa condición.

³ Este informe persigue que todo el trabajo que se desarrolla en el Reino Unido sea justo y decente, con posibilidades realistas de desarrollo y realización. Las recomendaciones se pueden articular en tres ejes: i) conocer el grado de explotación laboral; ii) mejorar la claridad normativa y ayudar a los trabajadores a conocer y ejercer sus derechos; y iii) mejorar el mercado laboral del Reino Unido.

⁴ Se trata de la plataforma Hilfr.dk, que contaba en 2018 con 450 limpiadores al servicio de 1.700 usuarios, para garantizar un precio por hora trabajada similar al de los convenios colectivos de sector de limpieza, aunque los limpiadores pueden establecer uno superior, si las valoraciones y comentarios recibidos así lo posibilitan. Además, se establece un suplemento de 2,7 euros por hora de servicio para compensar la ausencia de beneficios sociales de los que sí disfrutaban los trabajadores por cuenta ajena. La retribución mínima por hora se establece en 19 euros, considerado además cotizaciones para un plan de pensiones, devengo del pago de vacaciones y prestaciones por enfermedad. Sin embargo, este convenio no recoge derecho a la prestación por desempleo o formación de los trabajadores.

En el documento *Resolution on tackling new digital challenges to the world of labour, in particular crowdwork*, elaborado por la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC) en 2017 se solicitaba a la Comisión Europea que elaborase un catálogo de derechos aplicable a los trabajadores de las plataformas digitales. Este conjunto de derechos debería comprender la garantía de un salario mínimo, la posibilidad de exportar las valoraciones obtenidas por un trabajador y sus derechos sociales de un portal a otro, mejorar la protección frente al despido, garantía de no ser discriminado, mejorar los niveles de transparencia, supervisar los algoritmos para evitar la discriminación, la protección de datos, el derecho a organizarse, emprender acciones colectivas y negociar acuerdos colectivos y prohibir cláusulas de exclusividad que limiten a los trabajadores operar con otras plataformas. Precisamente, en una encuesta realizada por ETUC (2018) se señala como el 90% de los entrevistados considera que los empleados de las plataformas deberían estar representados por los sindicatos. Además, un porcentaje similar señala que los sindicatos deberían negociar con las plataformas las condiciones laborales de sus trabajadores.

La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo (Eurofound) (2018) pone de manifiesto los retos que supone la economía de plataformas, algunos relacionados con el necesario cumplimiento de los derechos fundamentales.

Se señala que no se puede exigir, a menos que haya una compensación a cambio, exclusividad del trabajador en una plataforma. Sería recomendable que los sistemas de calificación sean justos, transparentes y transferibles entre plataformas. Esto permitiría una activación de los trabajadores en varias plataformas y garantizaría la igualdad de oportunidades.

Como una parte importante de los trabajadores que realizan su actividad a través de plataformas digitales, destinan muchas horas no remuneradas a buscar trabajos. Si se contase con información completa sobre las tareas ofertadas por la plataforma, se podría reducir el tiempo de búsqueda de empleo para que los trabajadores no pierdan tiempo en tareas poco rentables.

Sería recomendable que los estados miembros promuevan la participación en la economía como actividad complementaria para los trabajadores, creando para ello una normativa fiscal específica. Esto permitiría dos objetivos. Por una parte, permitiría que aflorase una parte de la economía sumergida y por la otra, fomentaría una nueva actividad económica debidamente regulada. A modo de resumen, Eurofound (2018) señala que lo que se debería buscar es que los avances tecnológicos y el cambio de las relaciones laborales no supongan una pérdida de derechos laborales a los trabajadores.

Finalmente, si se quieren conseguir avances en la sindicalización de la economía digital, es necesario avanzar en tres ejes (Rocha, 2018): i) fortalecer el papel de la negociación colectiva en la digitalización de los sectores productivos y

empresas; ii) adaptar los esquemas habituales de acción sindical al nuevo entorno laboral de las plataformas digitales y; iii) impulsar a través del dialogo social el marco normativo adecuado.

En resumen, hay derechos del trabajador que deberían estar por encima del estatuto jurídico, siendo necesario garantizarlos con independencia de si se trata de un trabajador asalariado o un autónomo.

5. CONCLUSIONES

Las plataformas digitales y todos los cambios que trae consigo a nivel laboral son ya una realidad. Por lo tanto, más que demonizar a la digitalización de la economía, lo que se debería es garantizar a los trabajadores de las plataformas digitales el cumplimiento de los derechos fundamentales. Siendo por lo tanto perfectamente compatible las plataformas digitales con la contratación “especial” de los trabajadores.

En la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo (2019b) se señala la necesidad de fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo productivo y el trabajo decente para todos a través de actuaciones que garanticen una adecuada protección de la privacidad, así como de los datos personales, además de ser capaz de responder a los retos y las oportunidades que supone la digitalización económica, con una especial atención al trabajo en plataformas.

Así, es necesario garantizar un salario mínimo y evitar la discriminación de todo tipo, contar con la debida normativa de seguridad e higiene en el trabajo, que se señalen por escrito las condiciones de las prestaciones de servicios, poder simultanear en varias plataformas la actividad y permitir la portabilidad entre plataformas de los indicadores de calidad de los trabajadores (Cabeza, 2019). Es más, estas nuevas empresas, creadas bajo la estructura de una plataforma digital no deben justificar ninguna excepción a la aplicabilidad del régimen actual de las relaciones laborales (Rodríguez, 2019).

Por lo tanto, más que la existencia de un *trade off* entre Economía 4.0 y garantía de derechos fundamentales para los trabajadores, los esfuerzos deberían orientarse hacia la compatibilidad de ambas realidades.

Bibliografía

- CABEZA PEREIRO, J. “Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 86, 2019, pp. 63-78.
- CABEZA PEREIRO, J. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. Is the Employer Entitled to Survey Employee’s Internet Communications in the Workplace? Case of “Barbulescu v. Romania” en AA. VV., *Media and Metamedia Management*. Ed. Springer, 2017, pp. 87-97.
- CC.OO. *La digitalización y la industria 4.0: impacto industrial y laboral*, Secretaría de Estrategias Industriales, 2017, Madrid,
- CRUZ VILLALÓN, J. “El futuro del trabajo y su gobernanza”, *Temas laborales*, n.º.137, 2017a, pp.13-39.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas laborales*, n.º. 138, 2017b, pp.13-47.
- ETUC. *Resolution on tackling new digital challenges to the world of labour; in particular crowdwork*, 2017, <https://www.etuc.org/en/document/etuc-resolution-tackling-new-digital-challenges-world-labour-particular-crowdwork>
- ETUC. *Digitalisation and workers participation: What trade unions, company level Workers and online platform Workers in europe think*, 2018, [tps://www.etuc.org](https://www.etuc.org)
- EUROFOUND. *Employment and working conditions of selected types of platform work*, 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-of-platform-work#tab-02>
- EUROPEAN COMMISSION *An overview of European Platforms: Scope and Business Models*, Joint Research Centre Science for policy report, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017.
- EUROPEAN COMMISSION. *Platform Workers in Europe*, Joint Research Centre Science for policy report, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.
- EUROPEAN PARLIAMENT. *The social protection of workers in the platform economy*, Study for the EMPL Committee, Brussels, 2017.
- GARBEN, S. *Protecting Workers in the Online Platform Economy: An overview of regulatory and policy developments in the EU* European Risk Observatory. European Agency for Safety and Health at Work, 2017.
- GARRIDO PÉREZ, E. “La representación de los trabajadores al servicio de las plataformas colaborativas”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 80, 2017, pp. 209-232.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de plataformas informáticas”, *Temas Laborales*, n.º. 138, 2017, pp. 85-123.

HUWS, U., SPENCER, N.H., SYRDAL, D.S. y HOLTS, K. *Work in the European Gig Economy - Research Results from the UK, Sweden, Germany, Austria, the Netherlands, Switzerland and Italy*, FEPS and UNI-Europa, Brussels, 2017.

OIT. *La calidad del trabajo en la economía de plataformas, El futuro del trabajo*, nota informativa 5, febrero, 2018.

OIT. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Organización Internacional del Trabajo, 2019a.

OIT. *Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, 2019b.

ROCHA SÁNCHEZ, F. *La intervención sindical de las plataformas digitales laborales. Retos y propuestas de actuación*. Jornada “La estrategia de intervención de CCOO en la economía de plataformas”, Fundación 1 de mayo, Madrid, 2018.

ROCHA SÁNCHEZ, F. *La dimensión laboral de la economía digital. Reflexiones para un debate en proceso*, Fundación 1 de mayo, Madrid, 2020.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D. (2018). “El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de casos de dos empresas de base tecnológica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº. 36(2), pp. 355-372, 2018.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. “La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”, *Temas Laborales*, nº. 146, pp. 121-158, 2019.

SIMONETE, T. *When your boss is an Uber algorithm*, MIT Technology Review, 2015, <https://www.technologyreview.com/s/543946/when-your-boss-is-an-uber-algorithm/>

SUÁREZ CORUJO, B. The sharing economy: the emerging debate in Spain, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, nº. 1-2 (6), pp. 30-41, 2017.

TAYLOR, M., MARSH, G., NICOL, D. y BROADBENT, P. *Good work: the Taylor review of modern working practices*, Department for Business Energy & Industrial Strategy UK, 2017.

EL FOMENTO DE LAS START UPS COMO VIA PARA LA CREACION DE EMPLEO EN ANDALUCÍA

JOSÉ MANUEL SANTOS JAÉN

Profesor Ayudante Doctor, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Murcia

RAFAEL GARCÍA GARCÍA

Profesor contratado del Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Empresa
Universidad Católica San Antonio

EXTRACTO

Palabras clave: Startups, desempleo, tecnología, producción, financiación.

La economía andaluza se enfrenta a un serio problema en las últimas décadas, el desempleo de su población y en especial el desempleo de los más jóvenes. Este problema se espera que se agrave aún más en la actualidad como consecuencia de los efectos de la COVID-19 sobre la producción y el empleo.

Para luchar contra este problema, la Administración Pública en Andalucía debe potenciar mediante su apoyo institucional y financiero la creación de startups. Este tipo de empresas altamente tecnológicas han demostrado una alta capacidad para generar empleo de calidad, lo que sin duda podría contribuir a absorber, en gran medida, parte del empleo destruido durante esta pandemia, además de sentar las bases para una vez finalizada la pandemia conseguir aumentar el empleo en la economía andaluza y en especial el empleo de los más jóvenes.

ABSTRACT

Keywords: Startups, unemployment, technology, production, financing.

The Andalusian economy has faced a serious problem in the last decades, the unemployment of its population and especially the unemployment of the youngest. This problem is expected to become even more acute today as a result of the effects of COVID-19 on production and employment.

To deal with this problem, the Public Administration in Andalusia must promote the creation of startups through institutional and financial support. This type of highly technological company has demonstrated a high capacity to generate quality employment, which could undoubtedly contribute to absorbing, to a large extent, part of the employment destroyed during this pandemic, in addition to laying the groundwork for, once the pandemic is over, achieving an increase in employment in the Andalusian economy and especially in the employment of the youngest.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DESEMPLEO EN ANDALUCÍA
 - 2.1. El desempleo juvenil
 - 2.2. Futuro del desempleo a causa de la COVID-19
3. LAS STARTUPS COMO GENERADORAS DE EMPLEO
 - 3.1. El autoempleo a través de startups como mecanismo para reducir el desempleo juvenil
 - 3.2. Éxito de las startups en el mercado laboral
 - 3.3. El impacto de las empresas emergentes en la creación de empleo
4. CONCLUSIONES
5. REFERENCIAS

1. INTRODUCCIÓN

El desempleo es un problema económico de primera magnitud, una preocupación esencial para quienes rigen las políticas económicas de las sociedades modernas.

Sin embargo, sus consecuencias van mucho más allá: genera en las personas una importante sensación de vulnerabilidad, desde el momento en que se ven incapaces de generar recursos para mantenerse a sí mismos y a sus familias. Además, dificulta la socialización y la posibilidad, para las personas, de ser autónomas y, de alguna manera, llevar las riendas de su vida.

Esta situación de vulnerabilidad no hace sino agravar las dificultades, ya que las personas que se encuentran en ella entran en una espiral: van perdiendo empleabilidad. El paso del tiempo hace que sea cada vez más complicado encontrar un puesto de trabajo y, una vez fuera del mercado laboral, es tremendamente difícil regresar. El empleo es el principal mecanismo para la inclusión de las personas en la sociedad, de manera fundamental para los colectivos más vulnerables (minorías étnicas, migrantes, jóvenes menores de 30 años, mujeres con cargas familiares, personas discapacitadas, etc.) (Arribas, 2012).

Como es sabido, y se desarrolla a lo largo del presente trabajo, la economía nacional y la andaluza en particular, en cuanto a la situación del mercado de trabajo, presenta una gran sensibilidad a las situaciones de crisis económica, que siempre se traducen en una fuerte caída del empleo, generando desigualdades sociales y gran incertidumbre entre aquellas personas que tienen un puesto de trabajo y las que no lo tienen (por no encontrarlo o por haberlo perdido) y, dentro de las primeras, aquellas cuyo empleo es más precario y mayores sus posibilidades de perderlo, que suelen ser las menos cualificadas o las que tienen contratos temporales o trabajan en sectores o puestos más sensibles a las situaciones de crisis económica.

En este sentido, la agenda 2030 para el desarrollo sostenible elaborada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la aprobación del programa «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» por la Cumbre de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, el 25 de septiembre de 2015, entre sus 17 objetivos de desarrollo, recoge (objetivo 8^{#1}) la consecución del “trabajo decente y crecimiento económico”, entendiendo este logro como la oportunidad, para las personas, de obtener un empleo productivo y seguro, capaz de generar un ingreso justo, así como la mejora de las perspectivas de desarrollo personal, integración social, participación en la vida social y la igualdad de trato y oportunidades de hombres y mujeres. La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) centra su programa en cuatro pilares: creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social.

Introducido este nuevo concepto de “trabajo decente”, se hace muy evidente en el desarrollo de este trabajo el hecho de que un colectivo como el de los jóvenes menores de 25 años, la mayor parte buscando su primer empleo, se encuentra entre los más vulnerables. Desde un punto de vista cuantitativo, se verá como las cifras de desempleo en esta franja de población son particularmente alarmantes, y desde un punto de vista de la calidad del trabajo ofrecido, este es, en su mayoría, precario y de escasa remuneración, imposibilitando su emancipación y el desarrollo personal, familiar y social.

La búsqueda de soluciones a esta situación no se puede reducir exclusivamente a esperar que alguien venga y, por arte de magia, genere los puestos de trabajo. Se requiere también fomentar, entre quienes tienen talento para ello, el recurso al autoempleo, la generación de empresas capaces, en principio, de dar ocupación a la persona y, en un segundo estadio, iniciar un círculo virtuoso de generación de empleo directo e indirecto. Particularmente, se ha revelado como interesante y eficaz la creación de *startups*, pequeñas empresas que se apoyan fuertemente en la utilización de nuevas tecnologías, particularmente en el ámbito de las tecnologías de la información y comunicación.

El fomento de estas llamadas *startups* o empresas emergentes cumple, además, con el objetivo de realizar el muy deseado cambio de modelo económico, a través de la transición hacia una economía dinámica, innovadora y sostenible, particularmente atractiva para la población menor de 25 años, capaz de aportar ideas frescas y originales, en el campo de la innovación.

Esta tipología de empresas de naturaleza innovadora e intensivas en conocimiento y tecnología, han destacado a nivel mundial por su alta capacidad para generar empleo de calidad, lo que justifica sin duda la necesidad de un fuerte apoyo por parte de las administraciones públicas en su creación y financiación. Un

¹ Este objetivo se concreta en “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”.

aumento sensible del número de startups en los próximos años permitiría absorber parte de la gran destrucción de empleo que se está generando a causa de la pandemia causada por la COVID-19. Para ello, ha de tenerse en cuenta que Andalucía parte de un déficit de este tipo de compañías, lo que aun a pesar de ser una importante debilidad de su economía, se torna en una oportunidad si se sabe aprovechar y se potencia la aparición de estas empresas.

Este artículo pretende justificar el porqué de la necesidad de un decidido e importante apoyo por parte de las autoridades andaluzas hacia este tipo de empresas, tratando de colaborar en diseñar una estrategia dirigida a la generación de empleo y la reducción de desigualdades.

El resto del artículo se estructura de la siguiente manera: en un primer apartado se analiza el grave problema del desempleo en Andalucía, en especial entre los más jóvenes, así como las letales consecuencias para el empleo que se están derivando de la situación creada por la COVID-19. A continuación, se pone el foco en el concepto de *startups* así como en los éxitos alcanzados, hasta ahora, por este tipo de empresas en el mercado laboral, concluyendo este segundo apartado con la demanda de una mayor implicación pública en el fomento de esta tipología empresarial. En tercer lugar, se estudia el impacto en el empleo de estas empresas emergentes, tratando de relacionarlo con la creación de empleo en áreas como Andalucía.

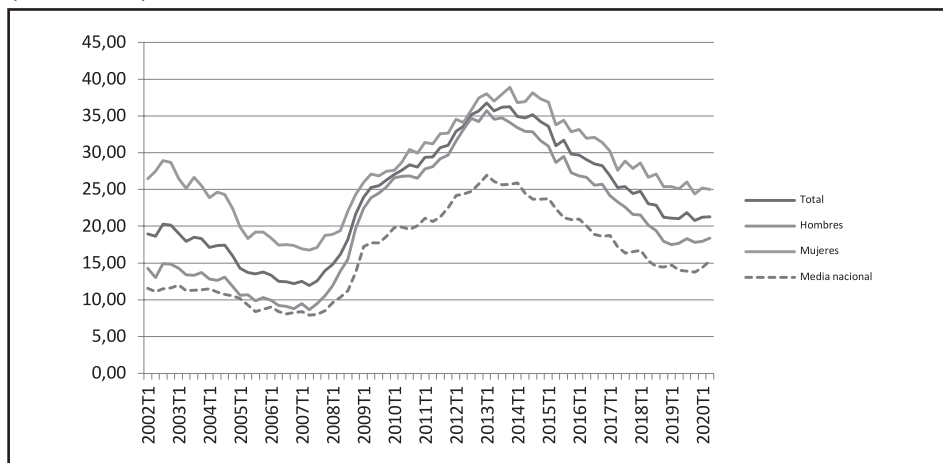
El artículo finaliza con unas conclusiones en las que se expone una razonada justificación del porqué de la necesidad de un importante apoyo institucional que permita aumentar el número de empresas emergentes en la economía andaluza en aras de luchar contra el desempleo en esta comunidad autónoma.

2. EL DESEMPLEO EN ANDALUCÍA

En los últimos años, el desempleo ha venido siendo una de las principales preocupaciones para la economía nacional en general y la de Andalucía en particular, creando enormes desigualdades y problemas sociales entre la población andaluza ya que, mediante el empleo, los ciudadanos no solo obtienen los recursos económicos imprescindibles para mantenerse a sí mismos y a sus familias, sino que también se hacen a sí mismos, redefinen sus necesidades y se enriquecen como personas (Gómez, 2003).

No se trata de un problema exclusivo de esta comunidad autónoma, sino que su solución es uno de los grandes retos de la economía nacional, pero sí se puede afirmar, tal y como refleja el siguiente gráfico, que el desempleo azota con más fuerza a esta región en comparación con el conjunto del país. Actualmente, la tasa de paro en Andalucía (21,32%) supera en cinco puntos porcentuales a la media nacional.

Evolución de la tasa de paro en Andalucía (total y por sexos) y en España (2002-2020).



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE.

En este gráfico se ha podido observar como la tasa de paro en Andalucía ha sido muy superior a la media nacional en los últimos 20 años. Además, esta diferencia se ha acrecentado en momentos de crisis económica como la iniciada tras el estallido de la burbuja inmobiliaria a mediados de 2007, en los que en España se destruyó el empleo a un ritmo superior al del resto de países de la OCDE (Meléndez, 2012). En esta crisis, la economía andaluza registró una tasa de paro del 37%, diez puntos porcentuales superior a la media nacional en esos momentos tan terribles para la creación de empleo, lo que supuso un detrimento de la felicidad y condiciones de vida de la población andaluza (Aguilera, Martín and Granados, 2014).

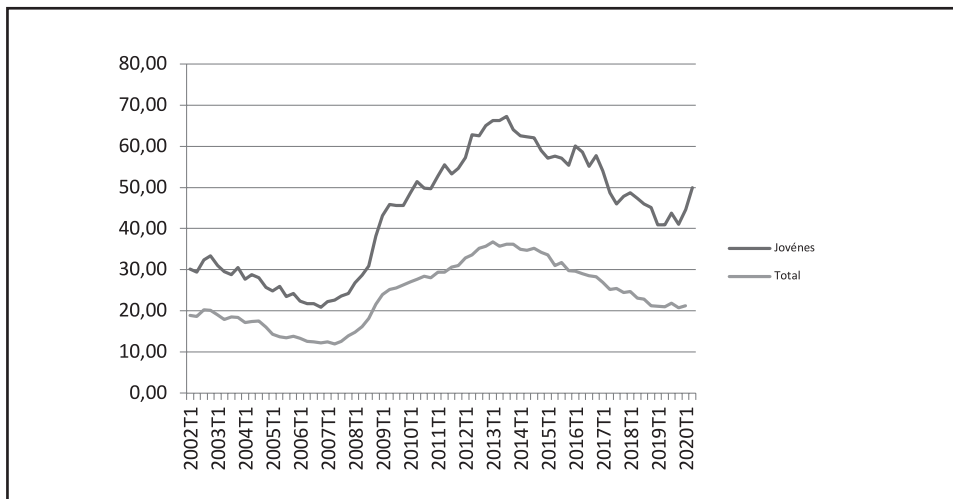
El análisis de la destrucción de empleo durante los periodos de recesión se hace especialmente relevante en estos momentos en los que la economía nacional, y por ende, la andaluza se encuentran inmersas, debido a la pandemia generada por la COVID-19, en una crisis económica que sin duda va a generar una fuerte caída en los índices de empleo, ya que el impacto sobre el mercado de trabajo no tiene precedentes y alcanza una elevada gravedad (Heras, 2020), aumentando no solo el desempleo sino también la pobreza y con ello deteriorando la calidad de vida de la población (Ortiz, Marín and Jaén, 2020). Además, este impacto sobre el empleo, se espera muy dispar entre los diferentes colectivos poblacionales, lo que agravará las ya existentes desigualdades (Heras, 2020), las cuales, a nivel de género, quedan reflejadas en el gráfico anterior, que nos muestra como la pérdida del puesto de trabajo afecta en mayor medida a las mujeres, siendo actualmente la tasa de desempleo casi siete puntos porcentuales superior a la de los hombres.

2.1. El desempleo juvenil

Continuando con el estudio de las desigualdades, si el análisis del desempleo se realiza en función de la edad de las personas sin trabajo, el resultado muestra una enorme incidencia derivada de la tasa de paro juvenil. El siguiente gráfico muestra cómo, si ya es importante el problema del paro en Andalucía, éste se vuelve particularmente alarmante en lo que a los jóvenes se refiere. Como se puede observar, la tasa de paro de los menores de 25 suele ser entre un 70 y un 90% superior a la media regional. En la actualidad, esta tasa de paro es un 130% superior a la registrada por el conjunto de la población.

También podemos observar cómo, en momentos de crisis, esta tasa de paro se ha visto afectada con mayor virulencia. Así, la última crisis económica vivida por la economía andaluza agrietó la ya débil estructura en la que se apoyaban las condiciones laborales de los más jóvenes (Ortega and Martín, 2012), alcanzando en este periodo la tasa de paro juvenil el 67%. La observación anterior se reafirma al comprobar cómo, debido a la actual crisis en la que nos encontramos, la tasa de paro juvenil actual ya ha experimentado en el segundo trimestre de 2020 un crecimiento sensible (5 puntos porcentuales), lo que demuestra cómo son los jóvenes los que en primer lugar y en mayor medida están sufriendo la destrucción de empleo.

Evolución de la tasa de paro juvenil en Andalucía (2002-2020).



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE.

2.2. Futuro del desempleo a causa de la COVID-19

En cuanto a las expectativas de generación de empleo, en Andalucía la mayor parte de las empresas tienen una dimensión de microempresa, con plantillas de

menos de 9 empleados y, aquellas que tienen expectativas de crecimiento a corto plazo, no parece que vayan a crecer lo suficiente como para traspasar el umbral de la micro y de la pequeña empresa, salvo excepciones.

Por consiguiente, se pone en evidencia la necesidad de diseñar medidas que fomenten el crecimiento de las empresas y que estimulen la puesta en marcha de negocios con alto potencial de desarrollo (Martínez, 2006).

la exposición anterior muestra con claridad que Andalucía se encuentra actualmente ante un gran problema, derivado del crecimiento, aún superior, de la tasa de paro juvenil esperado en los próximos meses, a causa de la COVID-19, y las terribles consecuencias en términos laborales, que se recrudecen en particular para este colectivo, lo que requiere de la búsqueda de soluciones, con el principal reto de combinar la protección de las personas trabajadoras, y sobre todo, de los colectivos más vulnerables en el mercado de trabajo, con una orientación necesariamente diferente de las políticas activas de empleo (López and Guiu, 2020).

En este punto, conviene tener presente que el desempleo juvenil no solo acarrea graves consecuencias económicas y sociales para esta población, sino que además tiene un efecto negativo para el desarrollo de la economía regional a través de la llamada “fuga de cerebros” y agrava el problema de la llamada “España vaciada”.

Esta fuga de cerebros provoca la huida de jóvenes altamente cualificados a otras regiones y/o países que le ofrecen mayores expectativas de desarrollar su trayectoria profesional y, con ello, mejorar sus condiciones laborales (Velciu, 2016) y de vida (Bartolini, Triandafyllidou and Gropas, 2015). Esta situación torna en inútil el enorme esfuerzo, en términos de recursos humanos y económicos, generado por las comunidades autónomas para asegurar a sus jóvenes una excelente formación académica.

Por otra parte, el vaciamiento de amplias zonas rurales amenaza con su deterioro y representa un peligro para el crecimiento sostenible y el respeto al medio ambiente, al tiempo que hace desaparecer un importante patrimonio cultural y social.

3. LAS STARTUPS COMO GENERADORAS DE EMPLEO

3.1. El autoempleo a través de startups como mecanismo para reducir el desempleo juvenil

Una de las políticas dirigidas al aumento del empleo que se ha mostrado como eficaz, es el impulso del autoempleo (Romero and Fuentes, 2017), especialmente por lo que se refiere a las personas con menores habilidades laborales y/o experiencia

en el mercado de trabajo (Congregado, Carmona and Golpe, 2012), entre las que se encuentra la población juvenil. Por este motivo, en los últimos años la preocupación por la creación de empleo relacionado con la actividad emprendedora se viene manifestando como uno de los temas significativos en el ámbito del diseño de políticas públicas de los países desarrollados (Martínez, 2006). En esto ha incidido notablemente el hecho de que el fomento del autoempleo se ha revelado a la vez como una fuente creadora de empleo, ya que estos emprendedores no actúan solos, sino que a su vez generan empleo para otras personas (Iglesias, 2008).

Dentro de las distintas opciones para el autoempleo, hay una que se configura como especialmente dirigida al sector de la población más joven, las empresas emergentes. Estas se definen como proyectos de naturaleza innovadora e intensivos en conocimiento y tecnología, que cuentan además con una elevada capacidad para crecer rápidamente (Estévez, 2019) y que se esfuerzan por lograr un aumento significativo de empleos (Kollmann *et al.*, 2016). Características estas que encajan perfectamente con el perfil de los jóvenes en la actualidad, en muchas ocasiones ampliamente formados, y con una alta capacidad creativa.

El inicio de este tipo de compañías aparecen a comienzos de los años 90 en Silicon Valley en los Estados Unidos (Díaz Santamaría, 2016), en donde surgen como empresas impulsoras de la innovación continuada y del cambio técnico para después trasladarse a Europa (March-Jordà and March, 2011). Este tipo de compañías se engloban en el subgrupo de empresas conocidas como empresas de base tecnológica (Díaz Santamaría, 2016). Según la Office of Technology Assessment (OTA)², Estas empresas de base tecnológica son “organizaciones productoras de bienes y servicios, comprometidas con el diseño, desarrollo y producción de nuevos productos y/o procesos de fabricación innovadores, a través de la aplicación sistemática de conocimientos técnicos y científicos”. Se trata de empresas pequeñas, normalmente en contacto con centros de investigación o universidades, en un área específica de su actividad principal, para así aprovechar y rentabilizar sus conocimientos (Fariñas and López, 2007) evolución y características”, “type”:”article-journal”, “volume”:”363”, “uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=09e24bcd-89d2-45fa-83d3-455d9a19e413”]”, “mendeley”:{“formattedCitation”:(Fariñas and López, 2007.

Desarrollan su actividad principal a partir de conocimientos generados tanto a nivel interno como por fuentes externas, y se dedican en su mayoría a sectores destacados, como el biotecnológico, el electrónico, el sector relacionado con las comunicaciones y las nuevas tecnologías (Elorz, 2003).

² Oficina dependiente del Congreso de los EE.UU de América, que existió durante el período comprendido entre 1972-1995, con funciones de asistencia y asesoría tecnológica a los congresistas. Sobre esta Oficina, vid. http://ota.fas.org/technology_assessment_and_congress/ (Consultado el 13/10/2020).

3.2. Éxito de las startup en el mercado laboral

Los estudios realizados en los últimos años reflejan como las políticas activas dirigidas al fomento del autoempleo a través de las startup han dado excelentes resultados (Camarero Garcia and Murmann, 2020) en los países desarrollados. En Estados Unidos, estas *startups* han sido protagonista del cambio estructural experimentado por su mercado de trabajo (Dent *et al.*, 2016), creando actualmente el 70% de los nuevos empleos (Terrazas, 2020).

En Europa, cada startups genera de media 12 puestos de trabajo y planea crear casi 6 empleos más en el futuro. Aunque con mucha mayor incidencia en los países del norte que en los del sur, siendo las cifras, en España, la mitad de las señaladas anteriormente (Kollmann *et al.*, 2015). De esta manera, en 2018 las startups europeas generaron 5 millones de empleos (Bermejo, Megias and Mitjavila, 2019).

Con estos excelentes datos de creación de puestos de trabajo, especialmente juvenil, han conseguido convertirse en un aliado de las administraciones públicas para mejorar sus políticas de empleo (Kollmann *et al.*, 2016). Esto se debe, fundamentalmente, al elevado potencial, demostrado en el medio y largo plazo, para contribuir al desarrollo económico de un país a través de la generación de empleo. Además, estas *startups* han aportado también valor añadido vinculado a la innovación y al conocimiento, generando un efecto positivo y dinamizador sobre otros sectores de la economía (Mora Esquivel, 2010). De esta manera, han coadyuvado a rejuvenecer la economía creando una base sólida para el crecimiento económico (Voicu-Dorobanțu, Jinaru and Caragea, 2014), ya que no solo generan empleo sino que, actualmente, también contribuyen de manera significativa en el pib nacional con un 5% (S/A, 2017).

Tal y como refleja el Barometro de emprendimiento en España (2019), los subsectores en los que potencialmente pueden desarrollarse este tipo de empresas son:

- Inteligencia artificial.
- Blockchain.
- Robótica y digitalización de la fabricación.
- Ciencias de la salud y la vida.
- Fintech (tecnología financiera).
- Agtech (tecnología aplicada a las prácticas agrarias).
- Ciberseguridad.
- Cleantech (tecnología que optimizan los recursos naturales).
- Edtech (tecnología educativa).
- Adtech (tecnología de la publicidad).
- Videojuegos.

Como se puede apreciar de la relación anterior, todos estos sectores de futuro de desarrollo de startups relacionados con las nuevas tecnologías, se diferencian de los sectores tradicionales y se caracterizan por la necesidad de una robusta estrategia de Investigación, Desarrollo e Innovación de las empresas. Este fuerte compromiso con la innovación ha dado como resultado que en los últimos años las startups se hayan convertido en un instrumento efectivo para el desarrollo económico y la generación de empleo cualificado (Rocha, Olave and Ordonez, 2019).

Esto es debido a dos de las claves para aumentar la competitividad de la economía, como son: la penetración de las nuevas tecnologías en la sociedad y en las empresas, y su capacidad tecnológica (Sánchez Torné, Pérez Suárez and Morán Álvarez, 2020), que se han convertido en factores decisivos para generar empleo (Bravo, 2018). Esta afirmación se basa en el hecho contrastado de que los territorios con mayor capacidad de innovación tienen mayor emprendimiento (Sánchez Tovar, García Fernández and Mendoza Flores, 2015) instando a potenciar el crecimiento económico, generar nuevos empleos y, por consiguiente, mejorar la calidad de vida de la ciudadanía (Vaquero, 2011). Aun a pesar de estas bondades, entre las debilidades detectadas por el Sistema Andaluz del Conocimiento (SAC) se encuentra el escaso número de empresas *spin-off* o *startup* que surgen al amparo del conocimiento, para el tamaño del sistema andaluz. Esto demuestra, por un lado la pérdida de oportunidad para el desarrollo de la economía andaluza y por otro lado, la posibilidad de implantación y crecimiento de este tipo de empresas en la comunidad autónoma.

3.3. El impacto de las empresas emergentes en la creación de empleo

Un estudio de la fundación Kauffman señala que la práctica totalidad del empleo neto creado en los EEUU a lo largo de la pasada década se generó en compañías de una antigüedad no superior a los cinco años (Stangler & Litan, 2009). Ante la preocupación lógica por la volatilidad de este tipo de empresas, muchas de las cuales no se terminan consolidando (de hecho, se considera que menos de la mitad de empresas emergentes que se crean llegan a alcanzar los cinco años de vida), se puede argumentar que la destrucción de empleo que esta volatilidad podría causar se ve compensada con creces por el número de puestos de trabajo generado por aquellas que logran sobrevivir (Horrell et al., 2010).

En el contexto de la economía española, no se dispone apenas de datos oficiales que ligen a este tipo de empresas en particular con la creación de empleo. Sí existe algún cálculo realizado por consultoras privadas. Así, de acuerdo con el Mapa del emprendimiento de South Summit (2017), con datos referidos a 2016, el 50 % de las empresas emergentes españolas factura menos de 150.000 Euros anuales y cuenta con una plantilla de entre 2 y 5 empleados. Tan sólo un 6 % de ellas factura más de 1 millón de Euros o cuenta con más de 20 empleados.

A destacar el hecho de que el 40 % no cuenta con ningún empleado contratado. En el terreno del empleo, no es fácil encontrar un estudio que muestre una cifra de empleo total generado por estas empresas. Si situamos el promedio en 3-4 empleados, supondrían entre 10.000 y 15.000 empleos directos. Las cifras, sin ser la panacea, tampoco resultan en modo alguno desdeñables. Además, el dato positivo es la facilidad y rapidez con la que se crea este tipo de empresas, que hace pensar que, creando el caldo de cultivo adecuado a través de la eliminación de trabas burocráticas y administrativas, podrían aparecer con rapidez, superando los índices de desaparición que, como se ha adelantado, se les supone a las empresas emergentes (Saiz, L. C., Chordà, I. M., & Perales, R. M. Y., 2018).

Por lo que se refiere, en particular, a la realidad laboral y económica de la Comunidad Autónoma Andaluza, de acuerdo con el ‘Informe GEM Andalucía correspondiente al periodo 2019-2020 es la tercera comunidad por número de emprendedores en la fase de arranque o concepción de un negocio y se encuentra en la media nacional en la fase de consolidación.

Este crecimiento, que se sitúa tradicionalmente en microempresas ligadas al sector terciario con escasa base tecnológica (aunque predominan los emprendedores con formación superior y de postgrado en Andalucía, un 42%, quedan por debajo del porcentaje de España, que se sitúa en un 46,5%), está empezando a cambiar en los últimos años (desde el año 2018, en que empieza a aparecer en los informes de la Comisión Europea o en el ‘Startup Ecosystems Ranking’, en el que se señala a Sevilla y Málaga como focos con mucho potencial, al ocupar las posiciones sexta y séptima en la clasificación por ciudades, que aunque siguen lejos de los principales ejes del país como son Barcelona, Madrid, Valencia y Bilbao, permite ser optimistas respecto del futuro.

Una vez analizadas las ventajas que, para una comunidad autónoma como la andaluza, tendría una proliferación de startups que permitiera, en el corto plazo, absorber parte de la destrucción de empleo que la COVID-19 esta generando, y posibilitar, cuando los efectos de la pandemia se reduzcan sensiblemente, la reducción del desempleo juvenil, es importante resaltar que estas empresas necesitan contar con ciertas condiciones que les permitan florecer, con clientes y consumidores dispuestos a demandar sus productos o servicios, con instituciones públicas o privadas- tradicionales o digitales- que les otorguen inversión y financiamiento y con unos recursos humanos dotados de características y habilidades especiales que trabajen, junto con los dueños, en el impulso del negocio (Porrugas, 2019).

Es en el apoyo de las instituciones públicas donde la Junta de Andalucía tiene una oportunidad a través de dos instrumentos como son la RIS3 Andalucía (Estrategia de Innovación de Andalucía 2020) y el PAIDI 2020 (Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Investigación 2020), con los que crear un Fondo de Capital Riesgo que permita a estas compañías la obtención de los recursos financieros necesarios para poder iniciar su andadura y, con ellos, la ya mencionada

contribución a la producción y generación de empleo, llevando a cabo acciones como las siguientes:

- Lanzamiento del programa “Start-up Andalucía” para atraer startups tecnológicas de todo el mundo en los sectores prioritarios para esta Región.
- Impulso a través de la agencia IDEA del Capital Riesgo como medida de fomento del emprendimiento.
- Establecimiento de instrumentos financieros reembolsables de participación en el capital para la creación, lanzamiento y desarrollo de empresas con alto potencial de crecimiento.

4. CONCLUSIONES

1. La economía andaluza se enfrenta a un reto importante: tratar de frenar el aumento de las ya más que preocupantes cifras de desempleo de su población, y en especial de los más jóvenes, como consecuencia de la destrucción de empleo que la COVID-19 está causando en su economía. De esa forma, se conseguirá que las grandes desigualdades ya generadas por el desempleo no se acrecienten aún más.
2. Para luchar contra estas cifras de desempleo cada vez más elevadas, el impulso del autoempleo y en concreto, de las *startups*, empresas caracterizadas por su naturaleza innovadora e intensiva en conocimiento y tecnología, se aprecia como una estrategia muy interesante.
3. La apuesta por esta tipología de empresa, se basa en su capacidad para contribuir al desarrollo económico y a la generación de empleo. Capacidad que ha sido demostrada en los últimos años con la generación de 5 millones de puestos de trabajo en Europa. Esta capacidad productiva y generadora de empleo ha contribuido en países como EEUU a conseguir un cambio estructural en su mercado laboral.
4. Ante la escasez de *startup* en la economía andaluza, las autoridades de esta comunidad autónoma pueden, a través de dos instrumentos, la RIS y el PAIDI 2020, crear las herramientas necesarias que permitan, mediante el apoyo financiero que estas empresas precisan, aumentar la proliferación de *startups* en su tejido empresarial y, de esta manera, absorber gran parte de la destrucción de empleo prevista a consecuencia de la COVID-19
5. Una vez finalizada la pandemia, además, este instrumento puede servir como base para iniciar la senda del crecimiento económico y la generación de empleo, especialmente entre los más jóvenes, a través del mantenimiento del apoyo financiero y el apoyo a la formación precisa para la motivación y creación de este tipo de empresas.

6. Asimismo, la proliferación de *startups*, puede implicar un cambio en la estructura empresarial que, además de los objetivos de empleo, permita generar un crecimiento más sostenible, respetuoso con el medio ambiente y que impida la despoblación del medio rural, a través de la dotación de medios tecnológicos que permitan trabajar desde cualquier parte.

5. REFERENCIAS

AGUILERA JIMÉNEZ, JUAN DE DIOS, MARTÍN MARTÍN, JOSÉ MARÍA Y MONTERO GRANADOS, ROBERTO (2014) “Felicidad, Desempleo y Crisis Económica En Andalucía. Algunas Evidencias”, *Revista de Estudios Regionales*, 99, 183-207.

ARRIBAS RUBIO, FRANCISCO JAVIER (2012) “Una Mirada Sociológica Al Desempleo”, *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences* 34(2).

BARTOLINI, LAURA, TRIANDAFYLIDOU ANNA, AND GROPAS RUBY (2015) “Escaping the Crisis and Emancipating Oneself: Highly Skilled Mobility from Southern Europe”, *Altreitalie*, 51, 36-52.

BERMEJO CARMEN, MEGIAS JAVIER, AND MITJAVILA MARÍA DEL MAR (2019) “Spain Startup Manifesto: El Manifiesto Del Ecosistema Emprendedor.” Disponible en <https://startuexplore.com/es/blog/spain-startup-manifesto-ecosistema-emprendedor-espanya/>.

BRAVO, MANUEL (2018) “Aspectos Conceptuales Sobre La Innovación y Su Financiamiento. Revista Análisis Económico”, *Revista Análisis Económico*, 27(66), 25-46.

CAMARERO GARCÍA, SEBASTIÁN AND MURMANN, MARTIN (2020) “Unemployment Benefit Duration and Startup Success.” *ZEW-Centre for European Economic Research Discussion Paper*, 20-033.

CONGREGADO, EMILIO, CARMONA, MONICA, AND GOLPE, ANTONIO (2012) “Self-Employment and Job Creation in the EU-12”, *Revista de Economía Mundial*, 30, 133-55.

DENT, ROBERT , KARAHAN, FATIH, PUGSLEY, BENJAMIN, AND AYŞEGÜL ŞAHİN (2016) “The Role of Startups in Structural Transformation”, *American Economic Review* 106(5), 219-23.

DÍAZ SANTAMARÍA, CARLOS CRISTIAN (2016) *Aproximación Descriptiva y Econométrica Del Ecosistema Del “Startups” En España: Un Análisis de Los Principales Factores de Éxito*. Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

ELORZ SIMÓN, KATRÍN (2003) *Las Empresas de Base Tecnológica: Motor de Futuro En La Economía Del Conocimiento*, en *La Creación de Empresas de Base Tecnológica: Una Experiencia Práctica*, 11-18. Centro Europeo de Empresas e Innovación de Navarra (CEIN).

ESTÉVEZ BLANCO, ADRIÁN (2019) “Startups, Nuevo Foco de Las Políticas Públicas de Atracción de Talento, Knowhow y Transferencia de Conocimiento. El Caso de España

e ICEX-Invest in Spain”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, 909, 143-53.

FARIÑAS, JOSÉ CARLOS Y LÓPEZ, ALBERTO (2007) “Las Empresas Pequeñas de Base Tecnológica En España: Delimitación, Evolución y Características”, *Economía Industrial*, 363, 149-60.

GÓMEZ SANCHIS, ENRIC (2003). “La Experiencia de Paro”, *Política y Sociedad*, 40(1), 161-84.

HERAS LLORENTE, RAQUEL (2020) “Impacto Del COVID-19 En El Mercado de Trabajo: Un Análisis de Los Colectivos Vulnerables”, *Documentos de Trabajo (IAES, Instituto Universitario de Análisis Económico y Social)*, 2, 1-29.

HORRELL, M., LITAN, R.E. & MARION, E. (2010): *After Inception: How Enduring is Job Creation by Startups?*, Kauffman Foundation Research Series: Firm Formation and Economic Growth, Missouri.

IGLESIAS CUETO, BEGOÑA (2008) “Políticas de Fomento Del Autoempleo y Creación de Empleo. Un Estudio de Caso”, *Estudios de Economía Aplicada* 26(3), 1-15.

KOLLMANN, TOBIAS, STÖCKMANN, CHRISTOPH, HENSELLEK, SIMON, AND KENSBOCK, JULIA (2015). *European Startup Monitor 2015*. Universität Duisburg-Essen Lehrstuhl für E-Business.

KOLLMANN, TOBIAS, STÖCKMANN, CHRISTOPH, HENSELLEK, SIMON, AND KENSBOCK, JULIA (2016). *European Startup Monitor 2016*. Universität Duisburg-Essen Lehrstuhl für E-Business.

LÓPEZ SANTAMARÍA, ELSA Y ORTEU GUIU, XAVIER (2020) “¿ Qué Ocorre Con La Empleabilidad? Reflexiones Críticas Sobre Su Orientación y Desafíos En Tiempos de Crisis”, *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, 43.

MARCH-JORDÀ, ISIDRE, AND MARCH, ISIDRO. 2011. *Start-Ups: Aprender a Gestionarlas*. Netbiblo.

MARTÍNEZ CODURAS, ALICIA (2006) “Entrepreneurship y Creación de Empleo: El Caso de Andalucía”, *Estudios de Economía Aplicada* 24(2), 567-93.

MELÉNDEZ SANROMÁ, ESTEVE (2012) “El Mercado de Trabajo Español En La Crisis Económica (2008-2012): Desempleo y Reforma Laboral”, *Revista de Estudios Empresariales. Segunda Época*, 2, 29-57.

MORA ESQUIVEL, RONALD (2010) *Análisis Del Proceso de Fundación y Factores de Crecimiento En Empresas de Base Tecnológica*. Universitat de València.

ORTEGA SANTOS, ANTONIO Y PAZ MARTÍN, MARTÍN (2012) “La Juventud Española En Tiempos de Crisis. Paro, Vidas Precarias y Acción Colectiva”, *Sociología Del Trabajo*, 75, 93-110

ORTIZ GRACÍA, MARÍA DOLORES, TORNEL MARÍN, MARÍA TERESA Y SANTOS JAÉN, JOSÉ

MANUEL (2020) “Un Retorno Inevitable Al Concepto de Pobreza En España En Tiempos de Confinamiento Por El COVID-19”, *La Razón Histórica: Revista Hispanoamericana de Historia de Las Ideas Políticas y Sociales*, 46, 63-76.

PORRAGAS, SERGIO (2019). “¿Grandes Generadoras de Empleos o Generadoras de ‘Grandes Empleos’?,” *Expansión MX*.

ROCHA OLIVEIRA, RONALTY, LEON OLAVE, MARIA ELENA Y MORENO ORDONEZ, EDWARD DAVID (2019) “Estrategias de Innovación Para Empresas Startups.” *Revista Pensamento Contemporâneo Em Administração*, 13(1), 46-62.

ROMERO, MARÍA Y FUENTES, DANIEL (2017) “Tasa de Paro Estructural En La Economía Española: Estimaciones, Consecuencias y Recomendaciones”, *Cuadernos de Información Económica*, 257, 49-57.

S/A (2017) “Las Start Ups Ya Aportan Más Del 5% Del PIB.” *EconomíaDigital*, 2017. Disponible en https://www.economiadigital.es/directivos-y-empresas/las-start-ups-ya-aponan-mas-del-5-del-pib_188308_102.html.

SAIZ, L. C., CHORDÀ, I. M., & PERALES, R. M. Y. (2018). Impacto social y económico de las aceleradoras de emprendimiento: análisis de factores condicionantes e implicaciones para la innovación social. *CIRIEC-España*, (93), 211-240.

SÁNCHEZ TORNÉ, ISIDORA, PÉREZ SUÁREZ, MACARENA Y MORÁN ÁLVAREZ, JUAN CARLOS (2020) “Una Comparativa de La Innovación de España y Rusia:¿ Políticas Bilaterales Para La Innovación?”, *Revista Finanzas y Política Económica*, 12(1), 203-235.

SÁNCHEZ TOVAR, YESENIA, GARCÍA FERNÁNDEZ, FRANCISCO Y MENDOZA FLORES, JOSÉ ESTEBAN (2015) “La Capacidad de Innovación y Su Relación Con El Emprendimiento En Las Regiones de México”, *Estudios Gerenciales*, 31(136), 243-52.

STANGLER, D. & LITAN, R.E. (2009): *Where Will the Jobs Come From?*, Kauffman Foundation Research Series: Firm Formation and Economic Growth, Missouri.

TERRAZAS, PABLO (2020) “Generar Empleo Potenciando Nuestras Start-Ups”, *Más*. Disponible en <https://www.cmasapp.cl/2020/07/21/generar-empleo-potenciando-nuestras-start-ups-por-pablo-terrazas/>.

VAQUERO, CARLOS (2011) “Invertir En Investigación: Análisis de La Situación Española”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 23, 35-57.

VELCIU, MAGDALENA (2016) “Human Capital Flight-Romania’s Case.” *SEA-Practical Application of Science*, 4(12), 573-79.

VOICU-DOROBANȚU, ROXANA, JINARU, ARON, AND CARAGEA, ALEXANDRU (2014) “The Collaborative Poles Network and the Development of an Efficient Entrepreneurial Ecosystem.” *SEA: Practical Application of Science*, 2 (3).

Comentarios de jurisprudencia

**LA LABOR SINDICAL FRENTE A LOS PROTOCOLOS DE
SEGURIDAD EN EL SECTOR DE CONTACT CENTER: DERECHO A
LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS USARIOS
vs DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 25 de noviembre de 2020

ECLI:ES:TS:2020:4187

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA*

SUPUESTO DE HECHO: La empresa objeto de la sentencia adopta la decisión de prohibir a los representantes de los trabajadores el reparto de comunicados y de información sindical en la sala de operaciones o plataforma en formato papel. Se plantea entonces si tal medida restringe el derecho fundamental a la libertad sindical y si esta restricción puede quedar justificada al considerarlos derechos a la protección de datos y a la intimidad de los usuarios de la Contact Center.

Frente a esta medida la Confederación General de Trabajo (CGT) presenta demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional para que declare la nulidad de tal actuación empresarial, al ser contraria a la libertad sindical. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara el derecho.

RESUMEN: La sentencia objeto de comentario desestima el recurso y resuelve que esta práctica empresarial lesiona el derecho fundamental de libertad sindical. Esta posición la mantiene a pesar de reconocer que la empresa ha de proteger el derecho a la intimidad de los consumidores y que es responsable de los datos personales cedidos por sus clientes y usuarios, quedando obligada a garantizar esta protección. Se considerará que no se puede prohibir a los representantes de los trabajadores el reparto de comunicación e información sindical en formato papel. Se concluirá que la medida empresarial no supera los tres requisitos o condiciones constitucionalmente exigidos para restringir el derecho fundamental a la libertad sindical: el juicio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad.

* Profa. Acreditada contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Conjuntamente, se razona que no ha quedado acreditada vulneración alguna de los datos personales de los clientes o usuarios, ni del sistema de seguridad de la empresa por permitir en el centro de trabajo la difusión de información y de comunicados sindicales en formato papel. Se advierte que la empresa no ha proporcionado a los representantes un sistema digital fiable, eficaz y seguro para que puedan repartir sus comunicados e información sindical a las personas trabajadoras.

ÍNDICE

1. MARCO NORMATIVO
 - 1.1. Aplicación del supuesto de hecho: Información y explicación del supuesto que se va a analizar y comentar
 - 1.2. La acción sindical ante la protección de datos y el derecho a la intimidad de los usuarios en las Contact Center
2. MARCO APLICATIVO PARA SITUAR EL CONFLICTO
 - 1.1. La legitimidad de la medida empresarial: valoración de la protección de la intimidad y de los datos personales de sus clientes
 - 1.2. El derecho de información de los representantes a las personas trabajadoras en la Era 4.0: ¿elección del medio de transmisión u obligación de adaptación?
 - 1.3. La ordenación del derecho a la libertad sindical al caso planteado: garantía y ponderación de derechos fundamentales
3. VALORACIÓN FINAL

1. MARCO NORMATIVO

1.1. Aplicación del supuesto de hecho: información y explicación del supuesto que se va a analizar y comentar

La empresa Teleperformance España S.A.U se dedica a la prestación de servicios de telemarketing telefónico, de atención al cliente y de televentas a empresas e instituciones, tanto a nivel nacional como internacional. Este objeto social marca que la empresa tenga que salvaguardar y garantizar los datos de los clientes y de los usuarios, pues son claramente reservados, tales como, datos personales, datos de tarjetas de crédito o de débito, información financiera, información confidencial del negocio, campañas y estrategias de clientes, entre otros.

En esta tesitura queda claro que la actividad de la empresa comporta que los trabajadores que prestan servicios en ella, tengan acceso a estos datos. La seguridad de estos datos corresponde a la empresa, y así se responsabiliza en los contratos con sus clientes y usuarios. La actividad de la empresa conlleva a que los empleados “trabajen” con millones de datos reservados de consumidores y usuario. En este contexto hay que tener en cuenta la dimensión de la empresa, que emplea a 4.500 trabajadores en distintos centros de trabajo repartidos por varias

Comunidades Autónomas. Por su parte, las relaciones de trabajo de todos los empleados se regulan en el II Convenio Colectivo de Contact Center¹.

Pues bien, como responsable principal de la seguridad de estos datos, la empresa procedió a diseñar unos protocolos de seguridad con instrucciones sobre “escritorios limpios” con una serie de directrices de diferente ropaje: la prohibición de introducir en las plataformas bolsos, mochilas, abrigos, usb, móviles, dispositivos de memoria externa, software de intercambio de ficheros, software de mensajería instantánea, PDAs, cámaras digitales, papel y bolígrafos².

Junto a esta política de escritorios limpios, la empresa impuso una prohibición de difundir la información sindical en formato papel. Esta prohibición la sustenta al considerar que pone el peligro los datos de los usuarios, en definitiva, en pro de garantizar la seguridad de aquellos datos. De hecho, este viene a ser un supuesto muy controvertido en el seno del conflicto planteado.

En efecto, se debate si la práctica sindical de difundir información o comunicados sindicales en formato papel (o de panfletos y comunicados en la sala de operaciones) vulnera el sistema de seguridad de la empresa, es decir, si esta concreta acción sindical permite la sustracción de datos de los clientes y usuarios de la empresa.

Por un lado, y para ejecutar las referidas políticas de seguridad, la empresa dispone de un sistema de roles muy sofisticado integrado por “usuarios de la información”; “managers y equipos de supervisión”, que aseguran el cumplimiento por los usuarios de las políticas de seguridad, al igual que los “propietarios de la información”, asistidos por los “custodios de la información”, “responsables de seguridad”, “técnicos de formación”, “coordinadores de seguridad y prevención

¹ Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact center (BOE núm. 165 de 12 de julio de 2017).

² Para situar el lector conviene esbozar la justificación de la empresa en la implantación de la política de escritorios limpios. Esta política de seguridad se sustenta en evitar situaciones que ya se han precedido como la sustracción de datos personales por parte de los empleados. De hecho, la empresa alega que sufrió una importante merma en la demanda de clientes ante la sustracción de datos personales por parte de un trabajador. Resulta que el empleado colgó en Youtube una conversación con un cliente sobre un seguro con la empresa AEG. Este hecho justificó el despido del trabajador, pero a su vez supuso una sanción millonaria de la Agencia de protección de datos a la propia empresa. En la misma línea, la empresa argumenta que la política de escritorios limpios es una práctica muy generalizada en el sector del Contact Center, y que los clientes “exigen” auditorías para constatar que la empresa mantiene esta política de escritorios limpios. Por último, la empresa sostiene que es una práctica que la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social ha considerado adecuada siempre y cuando se proporcionen taquillas. En esta controversia, la empresa mantiene tres postulados: que permite a los empleados utilizar la centralita y los medios de comunicación ante emergencias (puedan llamar o ser llamados porque hay teléfonos en cada plataforma); que admite la entrada de medicamentos y de objetos de higiene íntima (entre otros objetos autorizados), y que, a su vez, proporciona taquillas a los empleados.

del fraude” y “analistas de seguridad”. Las funciones y cometidos de cada uno de ellos se recogen en los propios protocolos de seguridad de la empresa.

Por otro lado, y para asegurar el cumplimiento estricto del mismo, la empresa tiene establecido un procedimiento sancionador, en el que se tipifican como faltas las conductas que comporten incumplimiento de su política de escritorios limpios. Hay que apuntar al respecto, que el convenio colectivo aplicable no tiene diseñado Se da la circunstancia que todos los trabajadores conocen la existencia y la aplicación de los protocolos de seguridad, pues en el Código Ético de la empresa se recoge la obligación de notificación de los mismos en la formalización de los contratos de trabajo. En efecto, el código de conducta y su política de seguridad se suscribe por todos los trabajadores al firmar sus contratos de trabajo en el marco de los planes de acogida de la empresa.

En el contexto narrado, la CGT presenta en julio de 2018 demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional con las siguientes pretensiones: (-) Se declare nula la directriz de trabajo implantada por la empresa y la actuación empresarial respecto a objetos y efectos personales en los puestos de trabajo y se deje sin efecto la misma, condenando a la mercantil a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales inherentes a la misma; (-) Se reconozca el derecho de las personas trabajadoras a tener acceso de medicación, efectos personales y de higiene íntima en el lugar de trabajo; Se reconozca el derecho a los representantes de los trabajadores a repartir de comunicados e información sindical en la sala de operaciones o plataforma en formato papel y a permitir la utilización del móvil.

En el conjunto de estas pretensiones, la CGT denuncia dos hechos sobre la política de seguridad que impone la empresa: primero, que impide a los trabajadores acceder con sus medicinas y con sus enseres de higiene; y segundo que impide a los representantes de los trabajadores difundir información sindical y utilizar sus teléfonos móviles. En relación a estos hechos, la CGT advierte que la primera conducta vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores y recuerda que la potestad organizativa y disciplinaria no puede vaciar de contenido este derecho (no puede producir resultados inconstitucionales lesionando los derechos fundamentales del trabajador)³, además, también, mantiene que viola la dignidad de los trabajadores. Luego, la segunda conducta, limita de forma injustificada la acción sindical, vulnerando el derecho fundamental a la libertad sindical, en

³ El TC reitera su doctrina al considerar que las facultades empresariales que incidan en los derechos fundamentales de los trabajadores sólo pueden derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, o bien de una acreditada necesidad o interés empresarial. A la vez, el TC advierte que no es suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador. Junto a ello, el TC mantiene que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir, en ningún caso, a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de este (por todas, STC 88/2000).

su vertiente funcional, pues sin duda, la difusión de información es un elemento esencial del artículo 28 de la Constitución Española⁴, en conexión con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS)⁵.

Al mismo tiempo, la CGT denuncia que la empresa ha vulnerado también el derecho a la igualdad al no extender este acuerdo con los trabajadores del centro de trabajo de Sevilla al conjunto de la empresa. Y es que ya en agosto de 2015 la empresa logró un acuerdo en un procedimiento de mediación por huelga promovido por el centro de trabajo de Sevilla, del que se destacan los puntos más relevantes a los que se compromete la empresa: (-) aplicar con sentido común las políticas de seguridad y de escritorios limpios; (-) permitir el acceso de medicación y efectos personales de higiene íntima en neceseres opacos (sin necesidad de que sean transparentes) de tamaño mínimo indispensable, en los que se puede portar medicación y efectos personales, y en los que no se pudiese incluir material no autorizado (bolígrafos o pendrives).

De la misma forma, permite el acceso de enseres personales sin neceser (gafas, caramelos, etc.) dejándolos encima de la mesa, lo menos visible que se pueda; (-) a buscar algún medio, en consenso con la representación legal de los trabajadores, para el reparto digital de la comunicación sindical a la plantilla del centro de trabajo. Mientras tanto, se permite el reparto de comunicados/panfletos en la sala de operaciones en formato papel. Por su parte, la representación legal de los trabajadores se compromete a no hacer este tipo de reparto cuando haya visita de clientes potenciales, así como cuando se vayan a realizar auditorías (en definitiva, sin alterar el buen funcionamiento de la empresa).

En el mes de abril de 2016, la empresa propone a la representación legal de los trabajadores el diseño de una página Web o Intranet para las comunicaciones sindicales, y la alternativa de utilizar el Portal del Empleado (o Portal del Agente) con el mismo fin de difundir información sindical.

En respuesta a esta propuesta, y en el mes de noviembre de 2016, la representación legal de los trabajadores pone de manifiesto una serie de carencias y de errores que presenta la herramienta de comunicación de intranet, de forma que limitan claramente el desarrollo de la labor sindical. Con este fundamento, solicitan a la empresa que mejore esta herramienta y que cuando no se pueda acceder al Portal del empleado ya sea por las incidencias o actualizaciones o por cualquier otro motivo, el reparto de la información sindical será en papel. Así, la representación legal de los trabajadores propone una serie de mejoras para que no se limite el desarrollo de la labor sindical.

⁴ Constitución Española, 1978 (BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978).

⁵ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE de 8 de agosto de 1985).

Posteriormente, en diciembre de 2016 la empresa envía a la representación legal de los trabajadores un escrito en el que trata de dar respuesta a las propuestas de mejora del sistema digital del reparto de panfletos en la Plataforma o portal del empleado.

En este recorrido, la representación legal de los trabajadores insiste en poder utilizar el móvil para comunicarse eficientemente con sus representados y en poder repartir sus comunicaciones en papel en los puestos de trabajo siempre que no se impidan el funcionamiento de la empresa.

Sin embargo, la empresa opta por no acceder a las peticiones al contradecir su política de escritorios limpios, que tiene que ser observada también por los representantes legales de los trabajadores, al igual que el resto de la plantilla. Desde luego, la respuesta empresarial es contundente al tratar de implantar el uso del sistema digital, en detrimento del formato papel, en las zonas de producción por cumplimiento de la política de seguridad de la compañía. Aquí la empresa señala que el reparto en papel se haga solo en las zonas comunes de turnos, descanso, patio, comedor, etc.

Finalmente, y tras el intento fallido de mediación ante el Sistema Interconfederal Mediación y Arbitraje, se celebra el acto de juicio el 15 de noviembre de 2018. En el pronunciamiento de la Audiencia Nacional se estima parcialmente la demanda presentada por la CGT.

Por una parte, estima la primera pretensión y declara el derecho de los representantes de los trabajadores a repartir comunicados e información sindical en la sala de operaciones en formato papel. La Sala no admite la licitud de la actuación empresarial al apreciar que la potestad empresarial está limitada y no puede invadir derechos legítimos de los representantes de los trabajadores.

En esta línea, la sentencia admite que la empresa está legitimada para organizar su trabajo y para establecer los sistemas de control y de seguridad necesarios para asegurar sus obligaciones de seguridad con los datos de sus clientes usuarios. Pero, a su vez, aprecia que tendría que haber probado y acreditado que la introducción del papel escrito en las plataformas constituye un riesgo patente. Téngase presente que no se permite ningún tipo de elemento para escribir en el papel. Es más, la sentencia recoge que en el centro de Sevilla se ha permitido la difusión de información sindical en formato papel, y que ello no ha supuesto peligro alguno para el sistema de seguridad. Es más, aprecia que, aunque la empresa ha intentado otra vía alternativa de comunicación sindical, ésta no ha resultado eficiente al presentar carencias que limitan la función sindical. Además, la Sala adelanta que no concibe la imposición unilateral del canal virtual, salvo que se hubiera acreditado que la introducción de comunicados en formato papel fuera una amenaza exorbitante para la seguridad de los datos.

Por otra parte, desestima la segunda pretensión relacionada con el uso del teléfono móvil en las plataformas. La Sentencia mantiene esta posición por

varios argumentos. Lo primero es que el móvil si comporta un riesgo objetivo de seguridad de los datos de los clientes y usuarios, pues pueden fotografiarse con graves consecuencias para la compañía, sobre todo si se difunde en el exterior. De hecho, los precedentes avalan esta preocupación de la empresa, que ya ha sufrido problemas relacionados con estas grabaciones. Otro argumento que sostiene la Sala es que la empresa si facilita la comunicación de los representantes de los trabajadores con el exterior. En resumen, la empresa facilita teléfonos con el fin de que los representantes pueden ejercer su labor sindical dentro de la empresa, sin limitación y sin impedimentos reales. Por tanto, la prohibición del uso de sus móviles en el lugar de trabajo está legitimada y es razonable por motivos de seguridad de los datos de los clientes y usuarios.

En este punto, la empresa interpone recurso de Casación contra esta sentencia basándolo en la infracción de los artículos 20.3 y 68 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET), 18 y 28 CE, 2.2 y 8.1 LOLS y 28.1 del Reglamento UE 2016/679⁶.

Para terminar este apartado, tanto la norma estatutaria, como la LOLS reconocen tanto a la representación unitaria, como a la representación sindical, el derecho a distribuir y a publicar información de interés para las personas trabajadoras. Como reverso del mismo, queda claro que todas las personas trabajadoras tienen derecho a recibir esa información mediante distintos medios y herramientas⁷.

No obstante, téngase presente que el enunciado de ambas leyes fue gestado en un momento o contexto en el que no existían innovaciones tecnológicas ni digitales que conocemos hoy. De hecho, tiene poca virtualidad en la actualidad que los comunicados de los representantes de los trabajadores sean a través de herramientas como el tablón de anuncios o que se disponga de un local en un momento en el que priman relaciones atípicas, nuevos modelos de negocio e incluso el teletrabajo⁸.

⁶ El recurso de casación se fundamenta en la infracción de las normas sustantivas (artículo 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011 (LRJS). En relación al cuadro normativo: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015); 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 (DOUEL núm. 119 de 04 de mayo de 2016). Este marco será objeto de análisis en el epígrafe correspondiente.

⁷ De forma concreta nos referimos a los artículos 64.7 e), 68 d) y 81 del ET; y artículos 8.1 b) y c), y 8.2.a) y c) de la LOLS.

⁸ El ordenamiento jurídico español contempla como instrumentos para facilitar la actividad de información laboral y sindical y la comunicación los locales y los tabloneros de anuncios, sin que “haya recibido una interpretación extensiva en la jurisprudencia”. Cfr. Navarro Nieto, F.: “Art. 81. Locales y tabloneros de anuncios”, en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Libro homenaje a T. Salas Franco, TB, 2016, pág. 1427 y ss.

Como resultado de ello, aún el legislador laboral no ha adaptado estos enunciados legales a la Cuarta Era Digital, tecnológica y del Conocimiento.

1.2. La acción sindical ante la protección de datos y el derecho a la intimidad de los usuarios en las Contact Center

En un primer acercamiento al marco normativo se podría dividir en dos partes bien diferenciadas que vienen a encontrarse. Por un lado, tenemos que analizar la acción sindical y su posible limitación ante la conducta empresarial. Por otro lado, conviene estudiar la protección que dispensa el ordenamiento a los derechos de intimidad y de protección de datos, y ello para responder al planteamiento más importante expuesto en la sentencia: si teniendo en cuenta la actividad a la que se dedica la empresa y en aras a garantizar los datos personales y el derecho a la intimidad de los usuarios y clientes, se puede prohibir a los representantes legales de los trabajadores repartir comunicados e información sindical en la sala de operaciones o plataforma en formato papel.

En este esbozo, una cuestión esencial es conocer hasta qué medida se puede limitar el derecho fundamental a la acción sindical cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales, como son la protección de datos y el derecho a la intimidad de otras personas. En el caso que nos ocupa, de los usuarios y de los clientes de la empresa en la que ejercen su acción sindical los representantes. Pero vayamos por parte, y procedamos a conocer el desarrollo de la acción sindical, escenificándolo en las Contact Center.

Pues bien, como sabemos la acción sindical se garantiza en el artículo 28.1 de la CE y se desarrolla normativamente en la LOLS, que claramente recoge el derecho de información.

Si nos centramos en el artículo 28 de la CE y entrando en el tradicional debate de la vertiente organizativa o asociativa versus vertiente funcional, la propia sentencia acude al dictado de la doctrina constitucional (por todas, STC 213/2002 de 11 de noviembre), considerando que la libertad sindical comprende el derecho de los sindicatos a su organización interna, y también a la promoción de acciones con proyección externa dirigidas a todos los trabajadores (afiliados o no).

Luego, si acudimos a la LOLS, se debe aclarar que el derecho a la actividad sindical se reconoce en el artículo 2.1. d) de la LOLS, regulando su ejercicio dentro de la empresa en los artículos 8 a 11 del mismo cuerpo legal.

En esta tesitura, el Tribunal Constitucional conecta los artículos 2.1.d, 8.1.b y 10.3.1 y 3 de la LOLS, y advierte que dentro del contenido esencial a la libertad sindical destaca el derecho a la actividad sindical, y, dentro de éste, el derecho a distribuir información sindical. Junto a ello, que el derecho de información sobre materias de interés laboral y sindical es un instrumento del ejercicio de la función representativa como representante de los trabajadores, recurrente y a través de

los que se ejerce la acción sindical que integra el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical.

Luego, la misma doctrina constitucional se centra en el artículo 28.1 de la CE y recuerda que, aunque de su tenor literal pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, ya ha reiterado que este precepto integra también la vertiente funcional del derecho “es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, SSTC 105/1992, de 1 de julio, FFJJ 2 y 5; 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3; 145/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6)”. Con fundamento en la referida doctrina constitucional, se declara que “los sindicatos disponen de un ámbito esencial de libertad para organizarse y actuar de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley”.

En la misma línea, la STC 213/2012 expone que el artículo 28.1 de la CE implica que los representantes de los trabajadores tienen el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical que comprende de todos los medios lícitos y sin debidas injerencias de terceros (por todas, SSTC 94/1995, de 16 de junio, FJ 2; 127/1995, de 25 de julio, FJ 3; 168/1996 de 29 octubre, FJ 1; 168/1996, de 29 de octubre, FJ 3; 107/2000, de 5 de mayo, FJ 6, y 121/2001, de 4 de junio, FJ 2).

En el sentido planteado, la misma STC indica que este derecho lleva como contrapartida el deber de mantener informados a sus representados en todos los temas y las cuestiones que tengan directa o indirectamente repercusión en las relaciones laborales (artículo 64.1.12 del ET). Este apunte es primordial a la hora de tener en cuenta que esa transmisión de noticias de interés sindical, ese flujo de información entre el sindicato y los trabajadores es el fundamento de la participación, que permite el ejercicio cabal de una acción sindical, que propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical. En definitiva, ese flujo de información “constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical” (SSTC 94/1995, de 19 de junio, FJ 4; y 168/1996, de 25 de noviembre, FJ 6). Tan solo advierte, el Tribunal que este derecho y deber de información no resulta ilimitado, pues está condicionado por la imposición legal de un “deber de sigilo profesional”.

Por todo lo expuesto, la libertad sindical, como derecho fundamental, permite que los sindicatos puedan disponer de un ámbito esencial de libertad para organizarse y para actuar de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley (así lo concreta el propio TC en la referida sentencia).

Así las cosas, son dos límites, por un lado, el deber de sigilo⁹, y por otro, el respeto a la ley. De modo que los sindicatos podrán ejercer cuantas actividades consideren adecuadas para la defensa, la protección y la promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, podrán desplegar todos los medios de acción que consideren precisos para cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, SSTC 105/1992, de 1 de julio, FFJJ 2 y 5; 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3; 145/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6).

En este punto, conviene detenerse en el límite legal, esto es, concretar el límite del respeto a la ley. El derecho a la protección de datos es un derecho fundamental autónomo consagrado y que alcanza los datos íntimos de las personas, y cualquier dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a los derechos de las propias personas.

De modo que el objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el derecho a la intimidad, pues no son solo los datos afectantes a la intimidad individual (regulado en el artículo 18.1 de la CE), sino también los datos personales de cualquier naturaleza que puedan identificar a una persona. Este derecho garantiza a las personas un poder de disponer de esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso y de la divulgación indebida de esta información. A su vez, este derecho requiere el previo consentimiento para la recogida y uso de esos datos personales, el derecho a saber y a ser informado sobre el destino y uso de esos datos, y el derecho de acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

Aquí se plantea si teniendo en cuenta que la actividad de la empresa es de Contact center, ésta puede prohibir a los representantes de los trabajadores repartir comunicados e información sindical en la sala de operaciones o plataforma en formato papel. En otras palabras, si esta prohibición está justificada teniendo en cuenta que la empresa es responsable de la seguridad de los datos de los clientes y usuarios (artículo 28.1 del Reglamento UE 2016/679).

⁹ En esta sede de análisis no se analiza el deber de sigilo, pero sí procede acudir al propio dictado de la sentencia que viene a exponer que es un deber que se impone a los representantes de los trabajadores y que supone la obligación de no difundir determinadas informaciones que les proporciona la empresa en cumplimiento de su obligación legal de información; y a la par, advierte que el deber de sigilo no es irrestricto, pues se acota en los términos del artículo 65.2 del ET “para permitir el desenvolvimiento de la labor de representación, garantizando una base de confianza entre el sujeto informante (empresario) y el informado (representante) y reduciendo así los temores o las reservas del primero por facilitar una información cuya divulgación podría perjudicar sus intereses”.

2. MARCO APLICATIVO PARA SITUAR EL CONFLICTO

2.1. La legitimidad de la medida empresarial: valoración de la protección de la intimidad y de los datos personales de sus clientes

El fondo del asunto es contemplar la posibilidad que el derecho fundamental a la libertad sindical de los representantes de los trabajadores pueda quedar restringido por el derecho a la protección de datos. En este albur, la doctrina constitucional se ha encargado de prever que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales, quedando obligado el empleador a respetarlos.

Del modo expresado, la medida empresarial restrictiva de un derecho fundamental, como es la libertad sindical, deber superar el juicio de proporcionalidad con los requisitos esgrimidos por la doctrina constitucional de ser una medida idónea, necesaria y equilibrada.

Por tanto, el ejercicio de las facultades empresariales (organizativas y disciplinarias) no pueden producir resultados inconstitucionales y lesivos de los derechos fundamentales del trabajador. Del modo dibujado, el TC ya ha puesto de relieve que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad, en definitiva, si la medida supera este principio.

Pues bien, para comprobarlo es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes que se transcriben en la propia sentencia objeto de este análisis: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”¹⁰.

La prevalencia de estos requisitos justificaría, en su caso, y legitimaría, la medida empresarial en relación a la limitar el derecho fundamental a la libertad sindical.

En este punto, el Tribunal examina si la medida que adopta la empresa (prohibir a los representantes de los trabajadores repartir comunicados e información sindical

¹⁰ En este particular, téngase presente que tal y como ha señalado la doctrina esta ponderación se concreta en la jurisprudencia de tribunales españoles y transnacionales en el triple juicio y que “El juicio de proporcionalidad es muy estricto, puesto que se refiere a una medida limitativa de un derecho constitucional”. Cfr. Álvarez Del Cuvillo, A.: “La influencia de las nuevas tecnologías sobre el derecho a la intimidad en el contexto laboral”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2020 (Ejemplar dedicado a: El trabajo a distancia), págs. 1568-1586. Este principio de proporcionalidad también ha sido estudiado de forma reciente en Merino Segovia, A., Agis Dasilva,

en la sala de operaciones o plataforma en formato papel) supera los tres requisitos que exige, tal y como se ha anotado, la jurisprudencia constitucional.

En el marco aplicativo del conflicto planteado hay que acudir, en primer orden, a lo dispuesto en el Reglamento 2016/679, gestado para proteger el derecho fundamental de la protección de datos de las personas físicas. En el Reglamento se concreta que el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad (Considerando 4). De este cuerpo legal, también es importante resaltar que el responsable de los datos debe ser la propia organización (Capítulo IV, artículo 24 y siguientes). De forma específica, y en lo que afecta a la responsabilidad en el tratamiento de datos, el artículo 28.1 viene a disponer que se debe elegir a un encargado que ofrezca las garantías suficientes y que garantice la protección de los derechos del interesado.

Si aplicamos este mandato al caso que nos ocupa, entendemos que la empresa es responsable de los datos personales de sus clientes y usuarios, y que a la hora de realizar el tratamiento de los datos debe elegir a la persona encargada. De hecho, la empresa, para la ejecución de sus políticas de seguridad, tiene establecido un sistema de roles muy sofisticado integrado por distintos perfiles a los que se les asigna funciones concretas orientadas todas a garantizar la seguridad de los datos personales que son gestionados por la empresa¹¹.

Bajo este fin de garantía de la seguridad y vinculado a la potestad organizativa de la empresa, es claro que la empresa puede adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y de los deberes laborales por parte de los empleados. Esta función de vigilancia y control queda a su vez limitada por la consideración debida a la dignidad de las personas trabajadoras.

En relación a este aspecto, la parte sindical denuncia que la política de seguridad que impone la empresa afecta a la dignidad y al derecho a la intimidad de los trabajadores, y advierte que la potestad empresarial no puede vaciar de contenido estos derechos (artículo 20 del ET).

En otro orden de cosas, la parte sindical alega que la conducta empresarial dificulta injustamente su acción sindical, vulnerando claramente el derecho a la

M., Fernández Prol, F., Ferradans Carames, C., Cabeza Pereiro, J.: “Comentario de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cuarto trimestre de 2020”, *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021.

¹¹ Los perfiles especificados en los protocolos de seguridad de la empresa son: “usuarios de la información”; “managers y equipos de supervisión”, que aseguran el cumplimiento por los usuarios de las políticas de seguridad, al igual que los “propietarios de la información”, asistidos por los “custodios de la información”, “responsables de seguridad”, “técnicos de formación”, “coordinadores de seguridad y prevención del fraude” y “analistas de seguridad”.

libertad sindical en su vertiente funcional, pues la difusión de información (en cualquier formato) constituye un valor esencial que emana del artículo 28 de la CE conectado con el artículo 2 de la LOLS. De forma reiterada se ha subrayado por parte de los tribunales españoles que la información de los sindicatos a sus representados en la empresa forma parte del ejercicio de la actividad sindical en la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2. d) de la LOLS.

Por su parte, el artículo 8.1 c) de la misma ley señala que los trabajadores afectados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, entre otras actividades, distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa, a la vez que reconoce a los afiliados al sindicato el derecho a recibir la información que le remita su sindicato. En esta misma línea, el artículo 68.d) del ET permite a la representación unitaria publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa (esta garantía se extiende a la representación sindical *por mor* del artículo 10.3 de la LOLS).

En el marco dibujado, los tribunales vienen a sostener que la representación unitaria y sindical tienen el derecho a difundir información a sus representados en sus centros de trabajo, sin más limitaciones, que comunicarlo a la empresa y no perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo¹².

Así las cosas, la empresa solo podría limitar este derecho (fundamental) si concurrieran los requisitos de ponderación que señalábamos antes.

Luego, la empresa ha publicado un procedimiento sancionador en el que se tipifican como faltas las conductas que comporten incumplimiento de su política de escritorios limpios. Es decir, ha previsto las consecuencias disciplinarias de incumplir su política de escritorios limpios.

En relación al incumplimiento laboral es interesante acudir al convenio de colectivo de aplicación a las relaciones de trabajo, cuyo artículo 67.9 califica como falta muy grave la violación del secreto de correspondencia de cualquier tipo de documentos de la empresa o de las personas en cuyos locales o instalaciones se realice la prestación de los servicios. Así, exhorta a los empleados a guardar la debida discreción y el natural sigilo de los asuntos y servicios, y se prohíbe hacer un uso indebido de la información contenida en la base de datos de la empresa.

En este punto, téngase presente que, la empresa ha decidido de forma unilateral la política de escritorios limpios que alcanza a la prohibición de introducir papel, en blanco o en escrito, en las plataformas de trabajo, pues su introducción vulnera la política reseñada.

¹² SAN 2229/2018 (FJ 4).

En este punto, ya la SAN predecesora advirtió que no comparte la actuación empresarial, y ello, aunque admita que la empresa está legitimada para organizar el trabajo y para establecer los sistemas de control y seguridad necesarios que garanticen su obligación de seguridad (conforme al Reglamento). Si bien, la Sala comparte que la empresa no puede impedir o limitar, en definitiva, invadir de forma indiscriminada, derechos legítimos de los representantes de los trabajadores.

Con este argumento, la Sala de la AN, y en los mismos términos, el TS continúan exponiendo que la potestad organizativa de la empresa no es absoluta, por tanto, ésta no puede impedir o limitar el derecho de los representantes de los trabajadores, salvo que la empresa acredite que tal medida es idónea, razonable y proporcionada al fin propuesto. Consecuentemente, la empresa no ha probado que la introducción en las plataformas de papel escrito sea un riesgo “patente y actual” para la seguridad de los datos de los clientes y de los usuarios, tratándose pues de una medida inidónea, irrazonable y desproporcionada.

Con este conjunto de premisas, el tribunal declara el derecho de los representantes de los trabajadores a distribuir en los puestos de trabajo información sindical en papel, siempre que lo notifiquen a la empresa, sea fueras de las horas de trabajo y no se disturbe la actividad normal de la actividad laboral.

2.2. El derecho de información de los representantes a las personas trabajadoras en la Era 4.0: ¿elección del medio de transmisión u obligación de adaptación?

En el contexto actual de irrupción (o disrupción) tecnológica es fundamental plantear la necesidad, o si se quiere, la idoneidad, de que los sindicatos adapten su acción sindical al nuevo terreno en el que se mueve las relaciones colectivas de trabajo. Es claro que la digitalización en el mundo del trabajo y el uso rutinario de las tecnologías impactan fuertemente en el Derecho laboral, tanto en su vertiente individual (más tratada por la doctrina científica), como en su vertiente colectiva. De hecho, y en el plano colectivo, desde instancias europeas y nacionales sí que se ha venido recalcando el importante papel de “gobernanza” y de participación que tienen que desarrollar los interlocutores sociales ante la transformación tecnológica de las sociedades, y más concretamente, de las organizaciones¹³.

Las tecnologías, la digitalización y el desarrollo de los medios de información y comunicación tienen un impacto en la acción sindical, concibiéndose como una

¹³ En este nivel se ha apuntado que “la tecnología no es algo que «sobrevenga» sin más. Los poderes públicos y los interlocutores sociales tienen la posibilidad de determinar cómo se desarrollará la IA y cómo se aplicará en el marco de la actividad profesional”. Vid. Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre la «Inteligencia Artificial»: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad, DOUE C-288, 31 de agosto de 2017. En paralelo, se han sucedido foros de debate sobre los cambios que suscita la

oportunidad para los representantes de los trabajadores. Por ejemplo, el uso de los medios telemáticos y de las redes sociales permite que los representantes de los trabajadores puedan: transmitir información laboral y sindical en tiempo real (o diferida); compartir documentación de interés laboral, sindical y todo tipo de recursos (documentos, noticias, enlaces, webs, etc.); agilizar y mejorar la conexión entre trabajadores y representantes en todas las direcciones sin barreras ni condiciones de tiempo y espacio; garantizar una mayor transparencia en la acción sindical; promocionar los debates (asambleas) con la participación de todos los trabajadores; fomentar las movilizaciones laborales, e incluso intensificar la presión hacia la empresa en el transcurso de las negociaciones y de conflictos profesionales. Estos son los efectos positivos que ha resaltado la doctrina sobre el uso de la tecnología en el ejercicio de la acción sindical, sin olvidar señalar que contribuye al fortalecimiento de la democracia y la dinámica colectiva de las relaciones laborales. No obstante, a la vez, la doctrina ha reconocido los riesgos que entraña el uso de las Tics, como la hiperinformación de los trabajadores sobre todo para quienes no comprende el ciber-lenguaje y que continúan en el modelo clásico del panfleto en papel, e incluso, el riesgo de una banalización de la relación virtual entre representantes y representados¹⁴.

A estos riesgos habría que añadir el mayor control de la empresa sobre el ejercicio de la acción sindical, sobre todo, si los medios electrónicos son propiedad de aquella, e incluso las posibles incidencias técnicas o de provisión de servicios que podrían mermar la eficiencia en la transmisión de la información sindical, tal y como ocurre en el caso que estamos estudiando.

En esta línea, se subraya el impacto de las tecnologías en la acción sindical, contemplando que puede incrementar su efectividad, mejorar sus sistemas de comunicación (si tenemos en cuenta que los canales de intranet de la empresa aumentan el volumen de personas trabajadoras que pueden tener acceso, supone una inmediatez del proceso de transmisión de la información, en tiempo real). En este sentido, aluden al uso de las herramientas informáticas de la empresa por parte de los representantes de los trabajadores como alternativa al obsoleto tablón al que

transformación digital en el mercado laboral. En este debate se reclama un diálogo continuo entre los Estados, las empresas y los interlocutores sociales, e incluso la constitución de foros de consulta europeos de carácter permanente. Vid. ETUC resolution on digitalization: “towards fair digital work”, adopted by the Executive Committee on 8-9 June 2016. Por su parte, en el plano nacional se reclama el diálogo social, el impulso de la negociación colectiva para enriquecer los contenidos en relación con los cambios tecnológicos. En efecto, se ha señalado que “La negociación colectiva, por su naturaleza y funciones, es el instrumento que puede y debe facilitar, en particular, una adecuada gobernanza de las estrategias de adaptación tecnológica de las empresas dinamizando las relaciones laborales en un sentido proactivo, anticipándose a los cambios y a sus efectos, y equilibrador”. Cfr. *Informe 03/2018, El futuro del trabajo*, Consejo Económico y Social, España, 2018, págs. 96 y 181.

¹⁴ Con este argumento de beneficios y riesgos léase a Navarro Nieto, F.: “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.

continúa refiriéndose el artículo 81 del ET o a la distribución física de información prevista en los artículos 68. d) del ET y 8.1 b) de la LOLS¹⁵.

Lo cierto es que, a día de hoy, y pesar de la disrupción tecnológica a la que ya se ha hecho referencia, el legislador no ha abordado esta materia (más allá del artículo 20.3 del ET) por lo que no existe una norma legal que declare el derecho de los representantes de los trabajadores a usar las herramientas de comunicación de las empresas (como la intranet, un canal específico o el correo electrónico).

Así las cosas, este reconocimiento ha venido de la mano de los tribunales, que en ocasiones no ha dudado en incluir este derecho en el núcleo de la libertad sindical (por todas, STC 281/2005 de 7 de noviembre). Se puede decir que este pronunciamiento marco un hito en las relaciones colectivas de trabajo, de forma concreta, respecto al uso por parte del sindicato de los medios electrónicos de la empresa para informar a las personas trabajadoras. La cuestión es que no existe norma jurídica que conceda a los representantes de los trabajadores el derecho a utilizar los medios informáticos de las empresas para las comunicaciones sindicales, por tanto, hasta la fecha, la utilización de los sistemas informáticos debía ser expresamente consentida por la empresa.

En esta posición se argumentaba que el artículo 8 de la LOLS consagra el derecho de los afiliados a recibir información sindical, más no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo. Luego, la STC 281/2005 entiende que no existe una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores a través de un sistema informático, que la empresa no está obligada a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical. A pesar de esta afirmación, la STC declara que la empresa tampoco puede impedir un uso sindical útil para la función representativa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento. Con este argumento, la doctrina expone que es un acto limitador del derecho a la información, y, por tanto, contrario a la ley. Se trata, pues, de un conflicto entre “los intereses del empresario (funcionamiento normal de la organización productiva y derecho a la propiedad) y los del sindicato (autotutela colectiva respecto al derecho a la información sindical)”¹⁶.

¹⁵ En esta línea, véase a Goerlich Peset, J.M.: “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de Treball, eomnia i societat*, núm. 92, 2019, págs. 10 y ss. El profesor reclama ante este marco de expansión de las nuevas tecnologías un control con políticas públicas e intervención activa del sindicato. De esta forma, la innovación tecnológica no será una iniciativa unilateral de las empresas. Así, es necesaria una renovada presencia “de las organizaciones sindicales y el diálogo social en el desarrollo de las políticas relacionadas con la disrupción tecnológica”.

¹⁶ En este punto, léase a Falgera i Baró, M.: “Comunicación sindical a través de medios electrónicos. La STC 281/2005, de 7 de noviembre: hito esencial en la modernidad de nuestro sistema de relaciones laborales (Conflicto CCOO vs. BBVA)”, *Iuslabor*, 2007. El emblema de la sentencia es tal que ha sido analizada por la doctrina iuslaboralista, véase, entre otros, García Ninet,

Pues bien, volviendo al caso que nos ocupa, la STS, recuérdese que el empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar de forma injustificada o arbitraria el ejercicio del derecho a la libertad sindical, por tanto, no puede imponer de forma unilateral, un concreto modo de comunicación entre representantes de los trabajadores y personas trabajadoras. En definitiva, hacemos prevalecer la autotutela colectiva en relación al derecho de información de los representantes de los trabajadores.

Además, es muy importante tener en cuenta que la labor informativa de los representantes de los trabajadores por vía telemática podría ampliar los poderes de control empresarial al fiscalizar las comunicaciones sindicales accediendo al contenido de los correos electrónicos o de los archivos que mandan los representantes¹⁷. Esta posible fiscalización o injerencia vulneraría el derecho al secreto de comunicaciones y también claramente al derecho de libertad sindical. De modo que téngase presente que “el control empresarial sólo estaría justificado para evitar ciertos riesgos derivados de un uso abusivo o desviado de los dispositivos digitales y debería respetar en todo caso el conocido principio de proporcionalidad”¹⁸.

En esta línea, en principio, y en general, no existe una regulación que conceda a la empresa una potestad sancionadora sobre la información distribuida por el sindicato a los afiliados o a los trabajadores en general, sin que tampoco pueda controlar el contenido de dicha información¹⁹.

Otra cuestión importante que conviene abordar en esta dicotomía es considerar la descentralización y la dispersión de trabajadores en la sociedad actual, y más en una empresa como Contact Center. En efecto, se tendría que plantear que el uso de las tecnologías permite superar los problemas organizativos de los sindicatos, más concretamente, crear una conciencia común o un interés colectivo, considerando que en las organizaciones productivas 4.0 los trabajadores son separados y

I.: “Sobre el uso del correo electrónico por los sindicatos utilizando los medios de la empresa, o las nuevas tecnologías al servicio de la libertad sindical. El caso COMFIA-CCOO contra BBVA-Argentina: del “ius usus inoqui” de las nuevas tecnologías”, *Tribuna Social*, núm. 181, 2006.

¹⁷ Sobre esta temática léase también a Almendros González, M.A.: “El control empresarial de la actividad de los representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.

¹⁸ Valle Muñoz, F.A.: “El control empresarial del uso de dispositivos digitales con fines sindicales”, *IusLabor*, núm. 3, 2020. Se trata de un trabajo muy interesante en el que se anotan las condiciones de carácter subjetivo y materiales recogidas por la doctrina constitucional sobre el uso de los medios electrónicos que son propiedad de la empresa. Es decir, se reconoce el derecho del uso por parte de los representantes de los trabajadores de los instrumentos electrónicos para transmitir información de naturaleza laboral y sindical, sujeta a determinados límites.

¹⁹ Sempere Navarro, A.V., San Martín Mazzucconi, C.: “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17, 2005.

diferenciados, no existe un reconocimiento entre iguales. Esta situación arroja a que los sindicatos tengan que buscar fórmulas alternativas para su acción sindical que “permitan recuperar un espacio común para los trabajadores y sus organizaciones representativas, aunque sea en el plano cibernético”, y ello considerando que esta acción sindical en el ciberespacio no tendrá el mismo alcance y significado que las fórmulas más tradicionales²⁰.

En esta dimensión, habría que destacar que lo más usual es que los conflictos que han llegado a los tribunales se ciñan a pleitear por el uso los medios informáticos por parte de los representantes de los trabajadores para ejercer su acción sindical. Esto es, que los medios instrumentales que son propiedad de la empresa puedan ser empleados por los representantes de los trabajadores para el suministro de la información laboral y sindical, teniendo en cuenta que suelen ser una propiedad de la empresa y que su eficiencia puede depender de éstas²¹.

También hay que poner de relieve que el uso de las nuevas tecnologías por parte de los sindicatos tendría que suponer un instrumento y una herramienta eficaz de comunicación en todos los sentidos (entre secciones sindicales, entre sección y representados y con la empresa); y en cualquiera de los casos una herramienta más a ser cumplimentadas con los recursos más clásicos, como puede ser el reparto de información sindical en formato papel. Así y aunque demandamos la progresiva digitalización y la promoción de la innovación en el seno de los sindicatos porque hagan uso de las TIC y de las redes sociales, un escenario de adaptación a la Era 4.0, a las nuevas formas de comunicación de la actividad online

En el caso planteado ha quedado muy claro que la empresa no puede limitar el derecho a la libertad sindical al no haber demostrado los tres requisitos ya apuntados. Pues bien, otra posibilidad que se plantea el tribunal es si la empresa hubiera podido canalizar, unilateralmente, este derecho (el de la libertad sindical, entiéndase, la difusión en formato papel de la información sindical) a otras vías en aras de garantizar la protección eficiente de los datos personales.

Del texto de la sentencia se desprende que la empresa ha puesto su voluntad en abrir otras vías alternativas (al papel) para que los representantes sindicales se comuniquen con sus representados por vía telemática. Sin embargo, esta vía, además de ser impuesta, no ha sido eficiente, pues no ha resultado ser un sistema fiable, seguro y eficaz para el reparto de panfletos y de información sindical-

²⁰ Con esta posición es muy recomendable Goerlich Peset, J.M.: “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, op. cit., pág. 20.

²¹ Nieto Rojas, P.: “El correo electrónico como medio de transmisión de información sindical y el papel de la negociación colectiva en la fijación de su alcance”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.172/2015 parte Crónicas, 2015; Meana Cubero, M.T.: “Libertad sindical y derecho de información vía intranet. STSJ Madrid 3 diciembre 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.29, 2011.

laboral. Precisamente, en lo que afecta al reparto de comunicados en papel, hay que recordar que la empresa alcanzó un acuerdo en el SERCLA (en una mediación por huelga) con el comité de empresa del centro de trabajo de Sevilla, en el que se recogía, entre otros puntos, permitir el reparto de panfletos en la sala de operaciones siempre que no se entorpezca la actividad (que haya clientes presentes o potenciales, por ejemplo).

Por un lado, y compartimos con la Sala que la imposición unilateral de este canal de comunicación no procede a no ser que hubiera cumplido el triple juicio comentado *supra*. Como se ha puesto de relieve, la introducción de comunicados e información sindical en formato papel no entraña riesgo alguno para la seguridad de los datos. De hecho, la empresa cuenta con un sistema de seguridad muy desarrollado y bien implantado que asegura el cumplimiento y la garantía de los datos personales gestionados por la compañía.

Por otro lado, la actividad sindical en la plataforma digital a través de medios electrónicos no ha resultado eficiente. Los sindicatos con implantación en la empresa remitieron varios comunicados a la empresa en los que detallaban que la utilización de la “zona sindical en el portal del agente para la comunicación interna con los trabajadores” adolecía de elementos importantes para la labor sindical, de tal forma que limitaban su ejercicio pleno como por ejemplo: apertura automática del Portal al inicio de la jornada laboral cuando el trabajador enciende su ordenador; activación de una señal o alarma o leyenda indicando que hay un comunicado nuevo o sin leer; logos de cada sección sindical; contador de visitas realizadas por los trabajadores dentro de cada sección para evaluar la eficiencia de este medio de comunicación y para garantizar el derecho de información en atención a la LOLS; posibilidad de repartir los comunicados en formato papel ante posibles incidencias o actualizaciones o cualquier tipo de motivo del Portal que impida la comunicación, tratándose más de un derecho de elección del propio sindicato a repartir los comunicados en papel si consideran que su labor sindical está siendo mermada. Para hacer valer este derecho los sindicatos se acogen a la regulación de la propia LOLS.

En la misma línea, los sindicatos reflejan que el Portal tiene errores y fallos muy importantes que lo inutilizan como herramienta para una comunicación eficaz de la actividad sindical.

Por su parte, la empresa informa a las secciones sindicales que está gestionando las propuestas lanzadas en relación al sistema digital, por ejemplo, se centra en: Tratar de activar una alarma indicando que hay un nuevo comunicado sindical. La empresa subraya que cada vez que se publique una noticia o panfleto nuevo aparecerá durante una semana una imagen en el menú justo al lado del acceso a la Zona Sindical. Una vez que el agente acceda a la Zona Sindical, aparecerá otra imagen al lado del icono de aquella Sección Sindical que hay publicado una noticia nueva; la posibilidad de llevar un control o registro de las visitas a la zona sindical.

La empresa señala que se ha creado una grabación de registros de acceso a cada una de las zonas sindicales. Para que puedan explotarlos se les ha habilitado a cada Zona Sindical un nuevo icono (llamado informe Acceso) donde se pueden extraer todas las visitas a su Zona en un Excel.

Con este tipo de medidas, la empresa considera que facilita la comunicación entre sindicatos y representados, y se garantiza que el trabajador en su puesto de trabajo pueda acceder de forma libre al navegador y visualizar las distintas informaciones que se cuelguen en el Portal.

A pesar del esfuerzo que realiza la empresa, tenemos que concluir este apartado con dos ideas nucleares:

La primera es que no está justificada esta concreta política de seguridad, esta medida por la que impide la circulación de la información sindical en formato papel. Así, la elección del tipo de comunicación del sindicato con sus representados forma parte de su derecho a la libertad sindical, y una limitación del mismo, en el caso planteado, no queda justificada. Por tanto, los representantes de los trabajadores tienen derecho a elegir esta fórmula (el papel) para transmitir la información laboral-sindical. Sin que la empresa pueda condicionar ni restringir esta actuación, siempre que lo hagan fuera de las horas de trabajo y sin perturbar el normal desenvolvimiento de la actividad en el centro de trabajo²².

La segunda es que tampoco la empresa ha proporcionado a los representantes de los trabajadores un sistema digital alternativo al formato papel (recuérdese que no debe ser impuesto) que sea fiable, eficiente y seguro para que puedan ejercer plenamente el derecho fundamental a la libertad sindical.

Con todo lo expresado, el TS llega a la conclusión que las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical tienen derecho al ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, y ésta comprende la información de los sindicatos a sus representados en la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.d) de la LOLS. En la misma línea, acude al artículo 8.1 b) del mismo cuerpo legal establece que los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo (...) distribuir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa. Otro apoyo normativo que utiliza el TS es la norma estatutaria, concretamente el artículo 68 d) del ET, relativo a las garantías de los representantes legales de los trabajadores, y entre éstas se encuentra el derecho a publicar y a distribuir,

²² La doctrina constitucional expresa esta acción como un legítimo ejercicio del derecho fundamental, así los representantes de los trabajadores no tienen un único modo para comunicarse con los trabajadores, de forma que la fórmula elegida para transmitir la información se desarrolle fuera de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa, constituye un legítimo ejercicio del derecho fundamental (SSTC 281/2005, 94/1995).

sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa.

De este marco normativo, se desprende que los representantes legales de los trabajadores tienen derecho a difundir información sindical y laboral (panfletos en papel, si lo estiman oportuno) en el puesto de trabajo, previa advertencia a la empresa y siempre que no se disturbe el normal desenvolvimiento de la actividad.

Por tanto, el TS colige que se trata de un derecho reconocido por la ley, y también de “una tradición sindical, cuya eficiencia se ha acreditado a lo largo del tiempo, porque visualiza la presencia del sindicato en la empresa y contribuye a su afianzamiento en la misma”. Sumado a ello, el TS deduce que el derecho a distribuir información en papel “no puede alterarse o sustituirse unilateralmente por la empresa, puesto que no es lo mismo la entrega del documento en persona, que otras fórmulas indirectas como la telemática, cuya imposición solo se justificaría, de haber fracasado una consulta previa con los sindicatos, previa acreditación de su idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad²³.

2.3. La ordenación del derecho a la libertad sindical al caso planteado: garantía y ponderación de derechos fundamentales

La ordenación de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales se debe ajustar al conocido como principio de proporcionalidad. Hace varias décadas que el TC se encargó de subrayar la necesidad de preservar el equilibrio entre las obligaciones que dimanaban del contrato de trabajo para el trabajador y “el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional”²⁴. Esta misma doctrina reconoce la supremacía y la posición preeminente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español.

Por este motivo, la modulación de los derechos fundamentales laborales únicamente será posible en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado funcionamiento de la actividad productiva de la empresa. Si la medida empresarial limita o modula un derecho fundamental (como es la libertad sindical) tiene que ser indispensable y estrictamente necesaria para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección (como es la garantía de proteger los datos de los usuarios y de los clientes).

A su vez, la doctrina constitucional mantiene que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés empresarial que sean menos agresivas con ese derecho

²³ SAN 59/2019, de 3 de mayo de 2019 (núm. rec. 60/2019).

²⁴ STC 98/2000, de 10 de abril.

fundamental, hay que plantear aquella que afecte con menor intensidad a tal derecho, teniendo presente el principio de proporcionalidad²⁵.

Como se aprecia en el íter doctrinal, son varias décadas ya en las que el TC mantiene que la constitucionalidad de una medida empresarial que pretenda restringir un derecho fundamental se vincula a la estricta observancia del principio de proporcionalidad. De manera que para comprobar si esa medida empresarial supera el juicio de proporcionalidad es preciso constatar si cumple los tres requisitos referidos, y que tratamos de exponer a continuación.

Tanto en el foro del TS, como en el de la AN se comprueba que la medida empresarial que pretende implantar la empresa (recuérdese que nos referimos ya solo a la prohibición de circulación de la comunicación sindical y laboral en formato papel) no supera el triple juicio señalado.

En primer lugar, la Sala determina que la medida empresarial no es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). Si aplicamos este requisito al supuesto planteado sabemos ya el objetivo es proteger los datos de los clientes y usuarios de los que dispone la empresa por razón de su actividad y de los que es responsable de garantizar su seguridad²⁶.

En este punto, no puede pasar inadvertido, tal y como recoge la Sentencia, que la empresa ya dispone de un sistema de roles muy sofisticado que garantiza estos datos, y que no considera que la medida empresarial de prohibición de circular información en papel sea una medida de seguridad que garantice tal fin, por tanto, no es idónea. En esta línea, la Supremo advierte que el hecho de introducir un papel en la empresa sin posibilidad de escribir ni de consignar nada en ese papel (al estar prohibidos los bolígrafos u otro medio de escritura) no pelagra la seguridad de ningún dato (resulta por tanto una acción inocua a tal fin).

²⁵ SSTC 39/2016, de 3 de marzo de 2016 (rec. núm. 7222/2013); 56/2008, de 14 de abril de 2008 (rec. núm. 2732/2006); 181/2006, de 19 de junio de 2006 (rec. núm. 6351/2002); 198/2004, de 15 de noviembre de 2004 (rec. núm. 4127/2001); 151/2004 de 20 de septiembre de 2004 (rec. núm. 3660/2002); 126/2003 de 30 de junio de 2003 (rec. núm. 5122/1998); 186/2000, de 10 de julio de 2000 (rec. núm. 2662/1997); 98/2000, de 100 de abril de 2000 (rec. núm. 4015/1996); 57/1999, de 12 de abril 1999 (rec. núm. 1667/1996); 1/1998 de 12 de enero de 1998 (rec. núm. 2324/1994); 186/1996, de 25 de noviembre 1996 (rec. núm. 1078/1994); 106/1996, de 12 de junio de 1996 (rec. núm. 3507/1993); y 6/1988, de fecha 21/01/de 21 de enero de 1988 (rec. núm. 1221/1986).

²⁶ En este tenor, recuérdese que es aplicable el Reglamento UE2016/79, sin que se pueda invocar por razones cronológicas las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 06 de diciembre de 2018). Esta Ley Orgánica estaría vigente también a los hechos acaecidos desde su entrada en vigor, esto es desde el 07 de diciembre de 2018.

En segundo lugar, el Tribunal esboza que la medida empresarial no es necesaria, esto es, se plantea si existe o no, otra medida más moderada para conseguir ese fin con la misma eficacia el Tribunal considera que tampoco supera este requisito de necesidad. En este aspecto, no le consta que se haya puesto en peligro o se haya vulnerado los datos por la difusión de información en formato papel.

En tercer lugar, la Sala concluye que la medida no ha superado el juicio de ponderación, dado que no se ha constatado que se haya producido una vulneración del derecho a la protección de datos por la difusión de comunicados e informaciones sindicales y laborales en formato papel, ni siquiera que se haya generado un riesgo a que se produzca esta vulneración. De este modo, el hecho de que circule la información sindical en papel no entraña riesgo alguno por lo que no se han de prohibir esas actuaciones de los representantes de los trabajadores.

Pues bien, y en relación a los requisitos de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, es de obligado hacer referencia a la STC 171/1990 de 2 de noviembre de 1990 (núm. rec. 784/1988) que viene a retratar el grado de restricción con el que puede ser “atacado” un derecho fundamental, y cuando tal limitación puede quedar justificado, en concreto se refiere a la difícil tarea de ponderar los derechos y de determinar si una determinada restricción está constitucionalmente justificada por la limitación.

Luego, en el ámbito laboral, es doctrina reiterada del TC el señalar que los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la información, presentan un matiz específico al estar mediado por el deber de buena fe que debe presidir la relación de trabajo entre trabajador y empresa. El TC expone que en modo alguno existe un deber de lealtad omnicomprendivo entre empresa y trabajador, pero puede llegar a modular el ejercicio de sus derechos fundamentales en el seno de la empresa “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”²⁷. Se puede seguir exponiendo que esta imprescindibilidad es consecuencia de la posición prevalente que poseen los derechos fundamentales, de modo que, “si la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer algún límite al ejercicio de los derechos fundamentales, este límite se ve asimismo “limitado” por la noción de imprescindibilidad”²⁸.

²⁷ SSTC 170/2013, de 7 de octubre de 2013 (núm. rec. 2907/2011); 56/2008, de 14 de abril de 2008 (núm. de rec. 2732/2006); 151/2004, de 20 de septiembre de 2004 (núm. de rec. 3660/2002); 126/2003, de 30 de junio de 2003 (núm. de rec. 5122/1998); 98/2000, de 10/04/2000 (núm. de rec. 4015/1996); entre otras.

²⁸ En este albur, acúdase a la doctrina constitucional listada relacionada con la sentencia objeto de este comentario por Morales Vázquez, C.: “Sobre la difusión de información sindical en el puesto de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1033/2020, de fecha 25/11/2020 (Recurso nº 39/2019)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.2/2021.

Queda claro que la empresa, como cualquier organización, tiene derecho a ordenar las relaciones laborales como estime conveniente para satisfacer los intereses empresariales. Igualmente, puede fiscalizar la actividad laboral que desarrolla en el seno de la misma, e incluso, considerando la actividad de la empresa, Contact Center, puede controlar a los empleados para que no realicen un uso desviado de los datos personales e íntimos de los usuarios y clientes de la empresa.

En el caso objeto de estudio, la empresa ha tratado de imponer un conjunto de medidas dispuestas a tal fin: salvaguardar y garantizar la seguridad de los datos de sus clientes y usuarios.

En esta narración, la empresa ha tomado decisiones (unilateralmente) que alteran determinados derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Así, en cierta forma limita o altera el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras cuando impone como medida la prohibición de entrar en el centro de trabajo con cualquier tipo de usb, móviles, pda, bolígrafos, entre otros elementos que podrían hacer peligrar la seguridad de los datos de esos clientes y usuarios. En relación a esta medida, recuérdese que la AN desestima la demanda planteada por la representación de los trabajadores, en definitiva, el tribunal considera que la medida esta justificada precisamente para garantizar. De este modo, tanto la AN como el TS entienden que la medida empresarial de impedir este tipo de objetos al interior de la empresa supera el principio de proporcionalidad.

Luego, y al hilo de esta exposición, y en relación a la medida empresarial por la que prohíbe la prohibición de circulación o difusión de información sindical en formato papel, queda claro que esta medida puede limitar o alterar el derecho fundamental a la libertad sindical. En relación a esta medida, nuevamente, tanto la AN como el TS consideran que no supera los tres requisitos que la doctrina constitucional exige para restringir este derecho fundamental. A juicio del TS esta medida empresarial no está justificada, ni quedaría incardinada dentro del control de la seguridad (que recuérdese es una competencia y una responsabilidad de la propia empresa). Esta posición la argumenta porque la empresa no acredita en modo alguno que la introducción de información laboral y sindical en papel vulnere su sistema de seguridad, ni afecte a los datos personales e íntimos de los clientes y de los usuarios.

3. VALORACIÓN FINAL

La sociedad actual funciona bajo unos parámetros que nada que tienen que ver con aquellos que forjaron los cimientos de las leyes laborales que conforman las relaciones de trabajo entre empresas y trabajadores (y los representantes legales de estos últimos). La implantación de las tecnologías en el ámbito laboral ha forzado importantes cambios tanto en las relaciones individuales de trabajo (Derecho del

Trabajo), como en las relaciones colectivas de trabajo (Derecho colectivo). Sin que el legislador haya reaccionado, hasta la fecha, a esta nueva realidad. Desde luego, se demanda al legislador que en las próximas reformas contemple las implicaciones del progreso tecnológico en ambas facetas de lo laboral, tanto en el plano individual como en el plano colectivo.

En lo que afecta a la acción sindical en el seno de las empresas, es claro que hoy día tiene poca virtualidad que la ley continúe refiriéndose a un instrumento de distribución laboral y sindical como el tablón de anuncios, cuando existen otras herramientas mucho más idóneas y eficientes destinadas a tal fin, como pueden ser las redes sociales, la propia intranet de la organización, o los emails de las personas trabajadoras dentro de la red de la empresa, los tabloneros virtuales o los portales de los empleados.

De hecho, lo más común en relación a los conflictos laborales es que las organizaciones sean reticentes al uso por parte de la representación unitaria y sindical de la intranet corporativa y de los recursos electrónicos que son propiedad de la empresa. Con esta ida se desea expresar que la sentencia que ha sido objeto de estudio es un tanto novedosa en cuanto el conflicto se plantea en la prohibición de circular información sindical y laboral en formato papel, y en el deseo de la empresa de fomentar la comunicación telemática entre sindicato y representados.

Claro que esta política empresarial responde a la línea de escritorios limpios considerando la actividad a la que se dedica la empresa y la responsabilidad que debe asumir en custodiar los datos de los usuarios y de los clientes que manejan las personas trabajadoras (en virtud de las obligaciones legales, como, por ejemplo, el Reglamento 216/679).

En definitiva, la empresa plantea una política de seguridad completa y exigente para con sus empleados (la prohibición de acceder con enseres personales, tipo usb, móvil, bolígrafo, entre otros objetos personales); o la implantación de portar los enseres más íntimos en neceseres transparentes. Claro que mientras tales prohibiciones estarían justificadas en atención al fin de salvaguardar los datos de los clientes y usuarios, ha quedado totalmente argumentada la extralimitación empresarial al prohibir también la circulación de la información sindical en formato papel en el seno de la empresa.

Desde estas líneas, consideramos que tal prohibición afecta y vulnera el derecho fundamental a la acción sindical al no estar justificado ni ser una medida proporcionada en atención a la doctrina constitucional (principio de proporcionalidad).

El triple juicio de proporcionalidad, de idoneidad y de necesidad ha sido la clave de este pronunciamiento judicial para entender que la medida empresarial no es ajustada a derecho, y, por tanto, debe ser impracticable por ser contraria a la libertad sindical.

Además, a pesar del interés de la empresa en promocionar el canal de comunicación telemático, lo cierto es que esta promoción no puede ser decidida unilateralmente por la empresa, ni tampoco ha sido un canal eficiente de comunicación. Por todo, y debido al carácter unilateral de la medida (sin que esté justificado en aras a la seguridad) y al resultado ineficiente, es claro que se vulnera el derecho a la acción sindical.

En relación a otros aspectos, como la portación de un teléfono móvil para la representación legal de los trabajadores, consideramos que la organización si que facilita la comunicación telefónica de éstos con sus representados y entre ellos. Si bien, para asuntos que demanden urgencia y que estén debidamente justificados ante la propia organización, se podría permite portar un teléfono móvil en el área de producción destinados a la atención de estas urgencias o de asuntos que requieran de un carácter más reservado. Este enfoque es el que propone la mediación que tuvo lugar entre empresa y representación legal de los trabajadores en el seno de un conflicto por huelga. Igualmente, entendemos que es acertada la constitución de comisiones *ad hoc* (paritarias entre empresa y representación legal de los trabajadores, de manera que, en el fuero de estas comisiones, se analice la viabilidad de las estas medidas. El fin de todo es prevenir cualquier tipo de riesgo en relación a los datos de los clientes y de los usuarios, y resolver todas las incidencias que surjan en la implantación de las medidas nuevas y alternativas a los instrumentos tradicionales y clásicos de información sindical, como son los canales telemáticos.

En el momento actual es oportuno la promoción de canales y de redes telemáticas que aprovechen los recursos tecnológicos. Así, en el fuero de esas comisiones se puede decidir la implantación progresivo y permanente del uso de los canales telemáticos siempre que sean seguros, eficientes y nunca implantados de forma unilateral por parte de la empresa. Además, se debe dejar como herramienta complementaria la posibilidad de enviar información sindical y laboral en formato papel, cuando sea una decisión de la representación legal de los trabajadores o ante cualquier tipo de incidencia del canal telemático de comunicación.

**ORGANIZACIÓN EN LA EMPRESA Y CONTRATACIÓN
TEMPORAL: USO Y ABUSO DEL CONTRATO EVENTUAL EN
ORGANISMOS PÚBLICOS Y DE OBRA O SERVICIO EN LA
SUBCONTRATACIÓN**

*Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3833) y
29 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4383)*

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ*

SUPUESTO DE HECHO (STS de 10 de noviembre de 2020 -rcud 2323/2018): El demandante venía prestando servicios, desde mayo de 2008, por cuenta del Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal de la Diputación de Sevilla (OPAEF) durante períodos temporales -con o sin solución de continuidad- y mediante las modalidades de contrato eventual por circunstancias de la producción y de interinidad hasta octubre de 2013, alegando la entidad contratante como causas “la realización de tareas propias del servicio”, en una ocasión “sustitución de trabajadora xx”, y en otra “sustitución por vacaciones de los trabajadores”. El 21-10-2013 la entidad demandada comunica al trabajador su cese por finalización de contrato, percibiendo este la indemnización correspondiente; el 11-11-2013 interpuso reclamación previa, sin resolución expresa, presentando, al día siguiente, demanda por despido ante la empleadora.

El Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla, dictó sentencia estimando, en parte, la demanda planteada por el actor, declarando el despido improcedente. La citada sentencia fue recurrida en suplicación por OPAEF ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimó el recurso determinando la procedencia del cese del actor el día 21 de octubre de 2.013, sin derecho a indemnización, ni a salarios de tramitación. El actor formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 23 de noviembre de 2017 -rec. 3579/2016-.

RESUMEN: El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de noviembre de 2020, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante, anulando el fallo recurrido, y resuelve el debate de suplicación desestimando el recurso formulado por OPAEF para confirmar la sentencia de instancia, declarando la improcedencia del despido.

* Profa. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. EL CONTROL DE CAUSALIDAD DE LOS CONTRATOS EVENTUALES EN ORGANISMOS PÚBLICOS. BREVE REPASO A LAS POSTURAS DE LOS TRIBUNALES
2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL. LA POSICIÓN DEL SUPREMO

1. EL CONTROL DE CAUSALIDAD DE LOS CONTRATOS EVENTUALES EN ORGANISMOS PÚBLICOS. BREVE REPASO A LAS POSTURAS DE LOS TRIBUNALES

En el caso analizado, el Tribunal debe decidir si resultan ajustados a derecho los diferentes contratos temporales en los que se ha venido sustentado la relación laboral entre el demandante y la entidad- pública- demandada, a cuya extinción se ha formulado la demanda de despido. La sentencia que dicta el Supremo concluye afirmando que utilizar contratos temporales para cubrir vacaciones y permisos es un fraude.

Partimos de una base incuestionable: el contrato eventual, utilizado por un organismo público en el supuesto que analizamos, debe cumplir unos requisitos formales que aparecen plasmados tanto en el artículo 15.1.b) E.T., como en su norma de desarrollo - art. 3.2 del R.D. 2720/1998; son exigencias propias de una modalidad contractual que es estrictamente temporal y causal. En concreto, el texto estatutario obliga a que se exprese con precisión y claridad la causa o circunstancias que justifiquen la contratación. Aun así, la falta de concreción no ha impedido que, en no pocas ocasiones, se analice la efectiva realidad de la causa, al admitirse prueba en contrario que demuestre que el contrato obedece a la concurrencia de la misma pese a su defectuosa plasmación formal.

La Sala IV del Tribunal Supremo, en varias sentencias dictadas fundamentalmente en relación con la contratación temporal practicada por el Organismo Autónomo Correos y Telégrafos, admitió que, en el caso de las Administraciones Públicas, el déficit de plantillas podía constituir una causa de eventualidad. Retrocedamos tres décadas, analizando una sentencia emblemática en cada una de ellas.

La STS de 23 de mayo de 1994 (rcud. 871/1993) señalaba que el déficit podía deberse a que existiese un número de puestos de trabajo no cubiertos reglamentariamente o bien a la circunstancia de que los titulares no acudiesen a prestar servicio por distintas causas, y esta doctrina se sostuvo también cuando se producía una falta temporal de plantilla durante el disfrute de las vacaciones, que fue considerada como posible causa de *acumulación de tareas* a efectos de eventualidad¹. Argumentaba la sentencia, en consonancia con otras anteriores en el

¹ La sentencia iba acompañada de un voto particular en el que se sostenía que esta causa era en principio ajena a los contratos eventuales por circunstancias de la producción, al pretenderse, en realidad, una cobertura de vacantes temporales, propia de los contratos de interinidad.

tiempo, que en el caso de las Administraciones Públicas la insuficiencia de plantilla podía actuar como un supuesto de acumulación de tareas, pues en un ámbito en el que no puede recurrirse a la interinidad por vacante si el puesto de trabajo no se ha creado como tal y no se ha incluido en la relación de puestos de trabajo, se produce esa “desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste”.

No obstante, la admisión de la insuficiencia de plantilla como causa encuadrable en el marco del art. 15.1 ET era ciertamente polémica. La STS de 16 de mayo de 2005 (rcud. 2412/2004), si bien continuó en la misma línea, diferenciaba entre el supuesto en el ámbito público y en las empresas privadas, afirmando que en estas últimas no podían calificarse como propios de la acumulación de tareas los casos en que el desequilibrio o desproporción se debía exclusivamente a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir en la plantilla, ya que esas vacantes tendrían que ser cubiertas por medio de contratación indefinida, la cual, en dicha área, se puede llevar a cabo con igual o mayor rapidez que la contratación temporal. El caso de la Administración Pública es diferente; en la sentencia se explica que “aunque en definitiva las vacantes existentes terminarán siendo provistas en la forma reglamentaria establecida, hay que tener en cuenta que tal provisión exige el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones, lo que implica que la misma no puede tener lugar inmediatamente, ni siquiera con rapidez, sino que necesariamente ha de transcurrir un período de tiempo, que en ocasiones puede ser dilatado, hasta que se realizan los nombramientos pertinentes para ocupar tales vacantes”. De ahí que “el organismo público que en un momento determinado tiene un número elevado de puestos sin titular, se encuentre en una situación de déficit de personal, en la que el trabajo sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles, situación que puede prolongarse bastante tiempo” y en esta situación aparece el supuesto propio de acumulación de tareas. Por ello, se concluye que es “lícito el que la Administración acuda a los contratos de trabajo eventuales para remediar, en la medida de lo posible, esa situación”.

Según esta doctrina, la acumulación de tareas como causa que justifica el recurso a la contratación temporal en la Administración Pública se da tanto por desbordar el incremento de tareas la capacidad de gestión de la plantilla, como por una reducción del número de empleados que dificulta la gestión de las tareas normales. En estos casos, la necesidad de respetar un procedimiento administrativo para la cobertura de las vacantes justifica la solución inmediata a la contratación temporal y, en particular, a la contratación eventual cuando son genéricos o indeterminados los puestos a cubrir ². Así lo dejaba sentado, después, la STS de

² Al respecto, Navarro Nieto, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 2020, pp.269 y 270, que, siguiendo la posición del Tribunal Supremo, aclara como en los casos individualizados se debe recurrir al contrato de interinidad, indicando que, según la jurisprudencia posterior a la STS de 7 de

7 de diciembre de 2011 (rcud. 935/2011), al afirmar que “lo que caracteriza a la acumulación de tareas es, precisamente, la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo”.

En consecuencia, hasta la fecha de este último pronunciamiento del Supremo, la doctrina de la Sala acoge la posibilidad de utilizar la contratación eventual como mecanismo coyuntural para suplir la insuficiencia de personal en los organismos públicos, siempre que su alcance se limite “a las situaciones en las que se produce un manifiesto desequilibrio entre el personal disponible y la actividad que debe desarrollar el organismo, por la existencia de vacantes que no pueden ser cubiertas de modo rápido (...)”. Es decir, en una situación de déficit de personal, en la que el trabajo sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles y apareciendo el supuesto propio de la acumulación de tareas, el organismo público sí podrá utilizar los contratos de trabajo eventual “para remediar, en la medida de lo posible, esa situación”.

2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL. LA POSICIÓN DEL SUPREMO

Se ha venido sosteniendo, por tanto, que la cobertura de las necesidades provocadas en la empresa como consecuencia de la coincidencia de las vacaciones de los trabajadores de la plantilla puede llegar a constituir causa justificativa del contrato eventual en las administraciones públicas.

Ahora bien, la STS de 12 de junio de 2012 (rcud 3375/2011) introduce un importante matiz al afirmar que, con independencia de la adecuación de las vacaciones de la plantilla para justificar la existencia de una acumulación de tareas - y en consecuencia poder recurrir al contrato eventual-, la utilización del mismo exige la concurrencia real de dicha causa, no pudiendo servir al respecto la mera mención a la concurrencia con las vacaciones de otros trabajadores de la plantilla³.

Posteriormente, la STS de 26 de marzo de 2013 (rcud 1415/2012), dictada en unificación de doctrina, se mantiene en la misma línea, estimando el recurso frente

diciembre de 2012, en todos los supuestos de vacantes deben reconducirse a la figura del contrato de interinidad (SSTS 26-3-2013, Rec.1415/2012; 10-7-2013, Rec.1991/2012).

³ En el caso planteado en la sentencia, no sólo no se consignaba válidamente la causa de la contratación, con identificación de la circunstancia de los permisos o descansos de trabajadores

a la sentencia dictada el 13 de marzo de 2012 por el TSJ de Galicia sobre despido (recurso de suplicación nº 5692/11), que casa y anula, optando por la postura de la sentencia de contraste, también del TSJ de Galicia, de 8 de noviembre de 2011. El cese es calificado de forma distinta en las sentencias comparadas porque lo que para la recurrida resulta suficiente para justificar la temporalidad del vínculo contractual, no se aprecia como válido en la sentencia de contraste. Esta última declara la improcedencia de los despidos al considerar que las contrataciones fueron fraudulentas por la generalidad de los términos en que resultaba su objeto expresado en el contrato y porque se fijó una temporalidad máxima cuando las trabajadoras demandantes realizaban actividades permanentes y normales de la demandada.

La sentencia de 26 de marzo, analizando la naturaleza jurídica del contrato eventual por acumulación de tareas, incide en sus requisitos formales. En concreto, según la misma determina, este contrato exige que se exprese con precisión y claridad la causa o circunstancias que justifican la contratación, lo que está vinculado a la vigencia del contrato ya que la duración del mismo se mide en atención al momento en que la causa se produce y tiene establecido, en todo caso, una vida máxima. Partiendo de esta base, afirma que la mera mención a la concurrencia de vacaciones o disfrute de permisos de trabajadores de plantilla no justifica la utilización de esta modalidad contractual por insuficiencia de plantilla; para conocer en qué medida se ha producido un incremento de las necesidades de la empresa se exige una identificación de los concretos permisos o vacaciones que estuvieren disfrutando los trabajadores.

El pronunciamiento que ahora nos ocupa unifica doctrina sobre todos estos aspectos controvertidos. Recordemos que el fallo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante contra la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018, en la que se razonaba que los contratos eventuales celebrados no especificaban adecuadamente la causa de la contratación, pero que eso no significaba que el trabajador desconociera la temporalidad de su contrato. Calificaba esa deficiencia como una mera irregularidad formal en la consignación del objeto del contrato, descartando la existencia de fraude de ley, ya que el organismo demandado probó la necesidad urgente de personal en diversos departamentos.

La sentencia de contraste invocada es la sentencia de la misma Sala Social del TSJ de Andalucía/Sevilla de 23 de noviembre de 2017 (rec. 3579/2016) - que se acoge al criterio de la STS 10/7/2013, (rcud. 1991/2012), que a su vez reitera el de la STS 7-6-2011 (rcud. 3028/2010)- y considera concertados en fraude de ley los contratos temporales, porque no se hizo referencia expresa en los mismos de

concretos, sino que, además, la extinción se producía sin relación alguna con el agotamiento de los periodos de descanso de los trabajadores en cuestión, lo que impedía conocer en qué medida había un incremento de las necesidades productivas de la empresa.

los trabajadores que se encontraban en aquellas circunstancias que la empleadora quiere hacer valer para justificar la necesidad de mano de obra adicional en tales periodos. Tras lo que concluye que la relación laboral se torna en indefinida, y su extinción constituye un despido improcedente. La identidad en los hechos y en las pretensiones en los dos asuntos en comparación imponen que deba apreciarse la existencia de contradicción, para unificar la distinta doctrina existente.

El Tribunal, recordando pronunciamientos anteriores, reseñados en este análisis, considera que es la sentencia referencial la que contiene la buena doctrina; en consecuencia, estima el recurso, declarando la improcedencia del despido por contratación temporal en fraude de ley. En sus argumentos, el Supremo concreta la evidente irregularidad formal en la que incurren los contratos eventuales, que se limitan a reflejar como causa de temporalidad la “realización de las tareas propias de la oficina”, sin ninguna otra precisión. Si bien aclara que esta interpretación no impide que el organismo público demandado pueda probar la existencia de un déficit de plantilla que justifique la utilización de esta modalidad contractual, no cabe dar por válida a tal efecto, “la mera y genérica invocación de la necesidad de cubrir las situaciones de vacaciones, licencias y permisos del personal de plantilla, sin mayor especificación”.

Asimismo, y teniendo como base la más reciente STS 30/10/2019 (rcud. 1070/2017)⁴, deja claro que la causa no se acredita con “la abstracta y genérica invocación de los periodos de vacaciones, licencias y permisos de los que disfruta el personal que configura la plantilla ordinaria del organismo público, sino que exige una prueba más precisa y exhaustiva de las concretas y específicas circunstancias concurrentes en esa plantilla, del número de puestos de trabajo y de las vacantes existentes en la misma, de lo que pueda deducirse la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que justifican el recurso a esta modalidad de contratación temporal”.

Recapitulando, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 2020, considera que no es conforme a derecho contratar a trabajadores eventuales cuando la finalidad de esa causa de temporalidad sea la “realización de las tareas propias de la oficina”, así como la necesidad de cubrir situaciones de vacaciones, licencias y permisos del personal de plantilla, sin especificar más detalles. Aclara como en una situación de déficit de personal, en la que el trabajo sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles y en la que concurren los requisitos propios del supuesto de acumulación de tareas, el organismo público sí podrá utilizar los contratos de trabajo eventual para remediar, en la medida de lo posible, esa situación. Sin embargo, de la “abstracta y genérica invocación” a los periodos de vacaciones, licencias y permisos de los que disfruta la plantilla ordinaria del

⁴ En la sentencia se dice textualmente: “Nada de extraordinario resulta el disfrute de los periodos de descanso y vacaciones, a los que tienen derecho todos los trabajadores de la empresa”.

organismo público, no puede deducirse la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que justifican el uso de este tipo de contratos temporales, pues, como dice la sentencia “no hay nada de extraordinario en el disfrute de estos períodos (vacacionales), a los que tienen derecho todos los trabajadores”.

La posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en pronunciamientos de los pasados meses de noviembre y diciembre de 2020 sobre el uso –y abuso- por parte de las empresas de los contratos de duración determinada del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en particular del contrato por obra o servicio y del eventual por circunstancias de la producción, estimula la reflexión sobre una de las materias que más polémica y comentarios doctrinales ha suscitado en las últimas décadas: el fraude empresarial en la contratación temporal. Con el fin de dejar constancia de las tendencias mantenidas por la doctrina judicial más reciente, las próximas líneas estarán dedicadas al estudio de dos sentencias provenientes del Tribunal Supremo, dictadas, una y otra, en unificación de doctrina.

Hemos considerado conveniente hacer este doble análisis en primer lugar, por el interés que, sin duda, ambas suscitan. La primera (STS de 10 de noviembre de 2020), por la oportunidad de reiterar una doctrina ya consolidada, pero de necesaria referencia como herramienta imprescindible para recordar y perfilar los límites de cuándo es posible acudir a la contratación eventual como mecanismo coyuntural para suplir la insuficiencia de personal en los organismos públicos y cuándo no lo es; la segunda (STS de 29 de diciembre de 2020), por las novedades que el fallo del Tribunal introduce, modificando la doctrina jurisprudencial hasta ahora existente que permitía la formalización de un contrato de obra vinculado a la duración de una contrata. En segundo lugar, por la conexión o el vínculo que mantienen las materias tratadas. Estamos ante dos temas diferenciados pero unidos a la vez; en los dos casos, el Alto Tribunal establece pautas que modulan y aclaran los límites del ejercicio del poder de dirección del empresario, ya sea esta entidad pública o privada, en el uso de los contratos temporales (o para ser más exactos, en el recurso constante a la contratación temporal como remedio sencillo para mejorar la competitividad e incrementar beneficios).

Como afirmaban los profesores Ojeda y Gorelli⁵ “nunca hemos tenido en España, ni probablemente encontremos en ningún otro país, una batería tan amplia de mecanismos para combatir la temporalidad inmotivada”; “no cabe hallar en Derecho Comparado otro país con una legislación más limpia o causal que la

⁵ Ojeda Avilés/Gorelli Hernández, Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006, pp. pp. 26 y 27.

española”. Sin embargo, el contraste entre las normas y la realidad normada es una de las grandes paradojas de nuestro sistema de relaciones laborales⁶.

A la vista de esta situación, imperante durante décadas en nuestro mercado de trabajo, constantemente nos preguntamos por la razón de la misma y sobre las medidas adicionales que podrían tomarse para garantizar la causalidad normada de la contratación temporal⁷. La explicación fáctica parece clara: la contratación temporal ha actuado como mecanismo de flexibilización y desregulación laboral, aplicándose desviadamente dentro un marco normativo muy restrictivo. Compartimos la posición de Cámara Botía⁸, a favor de medidas de recausalización y relegalización de estos contratos que impidan la existencia “de pliegues o lagunas conceptuales muy bien aprovechadas por las empresas para ajustar cada modalidad a sus intereses”. No nos cabe duda de que resulta imprescindible precisar y delimitar con mayor nitidez las causas de temporalidad y su aplicación efectiva; la elasticidad en la interpretación de la regulación ha venido permitiendo un uso expansivo -y fraudulento en muchos casos- de estas figuras. La doctrina lo ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones, así, por ejemplo, la profesora Aguilera Izquierdo⁹ se refería a la “descausalización por la jurisprudencia y la negociación colectiva del contrato para obra o servicio determinado” y a la “ampliación del contenido de la noción de eventualidad por la jurisprudencia y el olvido por la negociación colectiva del control de la causalidad de los contratos eventuales”. La preponderancia del papel de jueces¹⁰ y negociadores sociales parece evidente.

⁶ Gómez Abelleira.: “La contratación laboral temporal: balance y perspectivas”, en Gómez Abelleira, (coord.): La temporalidad laboral como problema jurídico. Diagnósticos y soluciones, Tirant, Valencia, 2014, cit., p. 30.

⁷ En este sentido, véase, Sala Franco, “Puntos críticos de la contratación temporal”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 3 (2003), pp. 6 a 13.

⁸ Cámara Botía, “Contrato de trabajo y política: del fomento del empleo al apoyo a los emprendedores”. Revista Española de Derecho del Trabajo núm.191/2016, p. 15 (versión digital).

⁹ Aguilera Izquierdo, “El principio de causalidad en la contratación temporal”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 33 (2001), p. 110 115.

¹⁰Muy interesante, sobre la labor del TJUE, Navarro Nieto, “El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada”, Diario La Ley (nº 9441), 2019. El objeto del estudio es el de mostrar las implicaciones de la jurisprudencia comunitaria en España en relación con Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, esencialmente las cláusulas 4ª y 5ª del Acuerdo Marco. Entre otras cuestiones, se analiza como el Tribunal de Justicia pone de manifiesto la inadecuación de las sanciones del derecho español ante un uso abusivo de contratos temporales, claramente en el empleo público.

SUPUESTO DE HECHO (STS de diciembre de 2020 -rcud. 240/2018-): El actor es contratado de forma temporal desde el año 2000, para prestar servicios para una empresa principal (Elcogas), a través de dos empresas contratistas (la última Masa Puertollano, SL), pero siempre con base en un mismo contrato mercantil que sufrió algunas modificaciones durante el transcurso del mismo, sin que la prestación de servicios del trabajador se viera interrumpida ni alterada en ningún momento. En el año 2015, Elcogas extingue el contrato mercantil con la última adjudicataria y esta resuelve el contrato temporal con base en el art. 49 ET, poniendo a disposición del, ahora, demandante la indemnización correspondiente por fin de contrato.

RESUMEN: El trabajador demanda ante el Juzgado de lo Social por celebración de contrato en fraude de ley, considerando que debía entenderse el mismo indefinido. El Juzgado de lo Social desestima su demanda, pero la Sala del TSJ de Castilla La Mancha, en octubre de 2017, revoca la sentencia y estima el recurso del actor declarando la contratación celebrada en fraude de ley, considerando el contrato indefinido y reconociendo, por ende, que la extinción del contrato del trabajador constituye un despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a tal calificación. La empleadora recurre al Supremo invocando una sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha (de un trabajador de la misma empresa que el actuante que vio resuelto su contrato años antes) que declaró la extinción, en base al art. 49 ET., como válida y no como realizada en fraude de ley. El Alto Tribunal dicta la sentencia que ahora analizamos, modificadora de su propio criterio, entendiendo el contrato temporal celebrado en fraude de ley y reconociendo la indemnización del actor equivalente al despido improcedente.

ÍNDICE

1. LOS CONTRATOS PARA OBRA O SERVICIO VINCULADOS A CONTRATAS SUCESIVAS.
BREVE SINOPSIS DE LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA
2. CAMBIO DE DOCTRINA: LA STS DE 29 DE DICIEMBRE DE 2020
3. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

El 29 de diciembre de 2020 la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, en Pleno, dictó sentencia en unificación de doctrina. La sentencia, que ahora nos corresponde comentar, analiza la cuestión sobre la naturaleza de la relación laboral temporal que, acogida a la modalidad contractual de obra o servicio determinado, busca su justificación de delimitación en el tiempo en atención a la existencia de un vínculo mercantil de la empresa con un tercero, modificando su propio criterio sobre este tipo de contratos ligados a la subcontratación. Para algunos, este novedoso fallo va a marcar un antes y un después en materia de contratación temporal. Aunque la sentencia no sienta jurisprudencia es, para muchos, absolutamente contundente – a lo que añadiríamos, diáfana en su estructura y contenido- y anunciadora de la tendencia de la Sala desde ahora. Sin duda, ha supuesto un auténtico estímulo para la lucha contra el fraude en el uso del contrato por obra y servicio. La doctrina científica, de manera casi inmediata a la publicación de la sentencia, ha procedido a comentar su alcance, siendo muy numerosas las consideraciones y opiniones vertidas. A pesar de los múltiples comentarios y reflexiones existentes sobre la misma -provenientes la mayoría de ellos de la doctrina más autorizada¹¹-, nos ha parecido acertado, dada la nitidez con la que expone la materia y su trascendencia práctica, referirla en este breve comentario con la intención de insistir, una vez más, en la importancia de su contenido; ahora bien, con el bienintencionado fin de no saturar al lector, reiterando lo ya manifestado por otros, nos ceñiremos a sus aspectos claves, a modo de sucinto examen reflexivo.

¹¹Véanse, como ejemplos, los comentarios de Rojo Torrecilla, “Contratas. La recuperación de la letra y el espíritu del contrato para obra o servicio (¿y la primera piedra para la reforma de la LET?). Notas a la trascendental sentencia del TS de 29 de diciembre de 2020 Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/12/contratas-la-recuperacion-de-la-letra-y.html> y de Beltrán De Heredia Ruiz “STS 29/12/20: El fin del contrato de obra vinculado a la duración de una contrata (¿y el principio del fin del “trabajador externalizado?”) Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/01/01/sts-29-12-20-el-fin-del-contrato-de-obra-vinculado-a-la-duracion-de-una-contrata-y-el-principio-del-fin-del-trabajador-externalizado/>

1. LOS CONTRATOS PARA OBRA O SERVICIO VINCULADOS A CONTRATAS SUCESIVAS. BREVE SINOPSIS DE LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. DE SU ADMISIBILIDAD AL CRITERIO RESTRICTIVO

A modo de recordatorio, partamos de una visión retrospectiva. Respecto a la posibilidad de considerar que la celebración de una contrata pueda ser calificada como obra o servicio a los efectos de justificar la duración temporal del contrato de trabajo, la Sala IV siguió inicialmente un criterio restrictivo¹² que modificó a partir de 1997 (STS/4^a de 15 enero 1997 -rcud. 3827/1995). Desde entonces -siempre y cuando no existiese fraude- se vino permitiendo su admisibilidad, aunque la celebración de este tipo de contratos no estuviera expresamente prevista en el convenio colectivo, aceptando la existencia de un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se prestaba por encargo de un tercero y mientras este se mantuviera¹³. Es decir, siguiendo la doctrina tradicional del TS, aunque es claro que en tales casos no existía un trabajo dirigido a la ejecución de una obra, entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, si se daba una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, se aceptaba la licitud del contrato de obra ligado a la contrata. Esa regla general de admisibilidad nos ha llevado a precisar que el contrato para obra o servicio mantenía una causa válida mientras subsistiera la necesidad temporal de empleados porque la empleadora continuara siendo adjudicataria de la contrata o concesión que había motivado el contrato temporal.

Siguiendo al profesor Navarro Nieto¹⁴, resulta fácil hacer una síntesis de la posición de la jurisprudencia de los últimos años. Si bien, como hemos apuntado, en un principio se vino admitiendo la vinculación entre el carácter temporal de la contrata con la contratación laboral temporal, hasta el punto que la novación, renovación o sustitución de esta por otra posterior con la misma empresa y el mismo objeto justificaba la continuidad del contrato temporal, la evolución de la doctrina más reciente ha sido palpable, introduciendo criterios restrictivos para corregir abusos y fraudes, que han matizado y actualizado la línea predominante. Como ejemplo, la STS de 19 de julio de 2018 (rec.823/17) que diferencia entre mera prórroga de la contrata y sucesiva renegociación de sus términos, aclarando que “la autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa pedida por el legislador para legitimar el recurso a esta modalidad contractual deja de concurrir cuando la contrata se nova y es sucedida por otra diversa. Lo contrario acaba desembocando en un abuso de derecho”. Se observa claramente, la intención

¹²(STS/4^a de 26 septiembre 1992 -rcud 2376/1991-, 17 marzo 1993 -rcud 2461/1991-, 10 mayo 1993 -rcud 1525/1992 - y 4 mayo 1995 -rcud 2382/1994).

¹³STS/4^a de 20 julio 2017 -rcud 3442/2015-, STS/4^a/Pleno de 4 octubre 2017 -rcud 176/2016-, 14 noviembre 2017 -rcud 2954/2015-, 20 febrero y 17 abril 2018 -rcud 4193/2015 y 11/2016-.

¹⁴Navarro Nieto, Lecciones de Derecho del Trabajo, cit., pp. 265 a 267.

de impedir que, al amparo de la doctrina consolidada hasta esos momentos, sea posible que aparezcan indefinidamente como temporales quienes están adscritos a una empresa que trabaja para otra principal en virtud de un negocio jurídico renovado de forma sucesiva. En palabras del Tribunal, “se trata de un resultado opuesto a la naturaleza de un contrato de trabajo legalmente colocado entre los que poseen *duración determinada*”. En la misma línea, la STS de 26 de marzo de 2019 (rec. 2432/2017) y, como premonitoria de la que ahora nos ocupa, por su proximidad en el tiempo, la STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2020 (rec. 5234/2019), que recuerda estos últimos pronunciamientos, dejando plasmado que “al tiempo que legitima el recurso a contratos para obra o servicio por existir una contrata entre empresas, nuestra doctrina sigue recalcando que ello no exime de cumplir con los presupuestos generales de esta modalidad contractual”.

2. CAMBIO DE DOCTRINA: LA STS DE 29 DE DICIEMBRE DE 2020

Observamos, con manifiesta claridad, que lo pretendido ahora por el Supremo es volver a una aplicación estricta de la naturaleza y finalidad del contrato de trabajo para obra o servicio determinado para evitar abusos y restringir las posibilidades de fraude. Para el Tribunal es difícil seguir manteniendo que este tipo de actividades de colaboración interempresarial justifiquen el recurso a la contratación temporal; del mismo modo, es inviable que una empresa apoye la esencia de su actividad en una plantilla sujeta al régimen de “indeterminación de las relaciones laborales”. Considera, pues, necesario rectificar la doctrina que se ha venido manteniendo durante años y que ha proyectado la duración temporal del servicio ligado a la contrata sobre el contrato de trabajo, ampliando, en suma, el concepto de obra o servicio determinado previsto legalmente.

Tengamos presente que, en el supuesto analizado, se falla sobre un caso en el que la actividad objeto de la contrata mercantil con la que se pretende dar cobertura al contrato de obra o servicio resulta ser actividad habitual y estructural de la empresa comitente (ordinaria, regular y básica de la empresa, como expresa la sentencia); de tal forma, observamos como una actividad de estas características, que nunca podría haber sido objeto de contrato temporal por carecer de autonomía y sustantividad propia, se convierte en adecuada a tal fin cuando la misma se subcontrata. Por tanto, es la voluntad empresarial de encargar una parte de su actividad ordinaria a una empresa contratista, lo que acaba posibilitando que la misma pueda recurrir a la contratación temporal. Es importante tener en cuenta que el contrato de trabajo objeto de controversia se inició en 2000 y, por consiguiente (como apunta la propia resolución), al ser anterior al RD Ley 10/2010, no le es de aplicación la limitación de los 3 ó 4 años establecida en la redacción actual del artículo 15, pero sí el contenido de la doctrina de las SSTS de 19 de julio 2018 (rec. 823/2017; rec. 824/2017; rec. 972/2017; y rec. 1037/2017)¹⁵.

¹⁵Beltrán De Heredia, cit.

El mensaje que transmite el Supremo es contundente al afirmar que “(...) quienes ofrecen servicios a terceros desarrollan su actividad esencial a través de la contratación con éstos y, por tanto, resulta ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato para obra o servicio busca atender”. Y en palabras de Tuset del Pino¹⁶ he aquí el *nudo gordiano* de la sentencia : “(...) llegados a este punto, no sólo debe rechazarse que estemos ante una relación laboral de carácter temporal en base a la desnaturalización de la causa que la justifica; sino que, debemos plantearnos la propia licitud de acudir a este tipo de contrato temporal cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros y, por consiguiente, desarrolla las relaciones mercantiles con los destinatarios de tales servicios a través de los oportunos contratos en cada caso”.

Recapitulando, la Sala entiende que la obra subcontratada es una actividad ordinaria de la empresa principal, que se perpetúa en el tiempo y, en consecuencia, no puede ser considerada como una actividad con sustantividad y autonomía propias. Por ello, la Sala desvincula por vez primera la duración de la contrata de la duración del contrato de trabajo si no existe en los servicios contratados una verdadera sustantividad y autonomía. Todos estos argumentos los pone en relación con la Directiva 99/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada, que aboga por la mejora de la calidad del trabajo temporal garantizando el respeto al principio de no discriminación y el establecimiento de un marco jurídico de referencia para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos.

Además, siendo consciente la Sala de que determinadas actividades empresariales están sujetas a flujos variables de demanda, es concluyente al afirmar que tales situaciones no pueden paliarse a través de una política de contratación que no se ajusta a la regla esencial de nuestro sistema de relaciones laborales, cual es la de indefinición del contrato de trabajo y la limitación de los supuestos de relaciones laborales de duración determinada. La propia sentencia recuerda las herramientas existentes al alcance de las empresas para adecuarse a la variabilidad de la duración de las contrataciones (organización de la jornada y tiempo de trabajo -tiempo parcial y sus varias posibilidades de distribución, fijo-discontinuo, etc.-), adaptación de las condiciones de trabajo o, incluso, de las plantillas en supuestos de afectación de la actividad de la empresa, posibilitando las extinciones por causas objetivas derivadas de la pérdida de la contrata.

¹⁶Tuset Del Pino (Magistrado-Juez de lo Social de Barcelona), “El supremo cambia de doctrina sobre los contratos de obra y servicio ligados a la subcontratación”. Disponible en: <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/jurisprudencia/el-supremo-cambia-de-doctrina-sobre-los-contratos-de-obra-y-servicio-ligados-a-la-subcontratacion/>

3. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Nos encontramos ante una decisión judicial de referencia, un revulsivo o verdadero *leading case*, si recurrimos a términos ya usados por otros (Tuset del Pino, Beltrán de Heredia, 2021). El novedoso fallo se aparta de la línea flexibilizadora mantenida hasta ahora, corrigiéndola, y estrecha los márgenes de maniobra del empresario, limitando, con contundencia, su poder de dirección. No tiene sentido que de la simple externalización de una actividad aflore una causa de temporalidad, que no existiría si se acudiese a la contratación directa. El paso es necesario- diríamos imprescindible- pero, tal vez, no sea suficiente; son muchos los que dudan sobre la capacidad de esta doctrina – que no crea jurisprudencia- de neutralizar por sí misma la precariedad asociada al trabajo externalizado.

Tengamos en cuenta que el supuesto analizado es muy particular, con un contrato de obra que duró más de 15 años y para una actividad que la Sala consideró como ordinaria de la empresa principal; esto nos lleva a pensar que mientras siga existiendo la autonomía y sustantividad propia (y en este punto tiene mucho que decir la negociación colectiva) se podrá seguir recurriendo al contrato de obra y servicio en la subcontratación tal y como se ha venido haciendo. Es cierto que la sentencia establece importantes limitaciones en lo servicios contratados por empresas que prestan servicios a terceros, desvinculando la duración del contrato mercantil de los laborales cuando se trata de actividades ordinarias y estructurales de manera que, de haberlos realizado la propia empresa principal, no podría haber recurrido al contrato temporal, pero, insistimos, siempre que no se dé el requisito de la sustantividad y autonomía propia. Como suele acontecer, habrá que estar al caso concreto.

Terminamos nuestro comentario, haciéndonos eco de una noticia, de actualidad a la fecha de entrega de este trabajo (febrero de 2021). El Gobierno ha enviado a Bruselas el “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”, un documento que recoge las líneas maestras de dos de las principales reformas que prevé acometer: la de las pensiones y la del mercado laboral; esta última incluye 17 medidas para corregir desequilibrios como al alto desempleo estructural, la dualidad de los contratos de trabajo o la alta tasa de temporalidad. A grandes rasgos, y en lo que ahora nos interesa, según consta en el propio documento, el Gobierno quiere, una vez más, simplificar y reordenar las modalidades de contratación temporal. La idea es generalizar el contrato indefinido; para lograrlo quieren “devolver la causalidad” a los contratos de duración determinada, exigiendo a las empresas una justificación clara de los motivos por los que recurre a la contratación temporal, de forma que se limite para el desempeño de actividades puramente eventuales. El Gobierno, además, quiere asegurar un uso adecuado de la subcontratación desincentivando los supuestos en los que es un mero instrumento de reducción de costes. Si estas propuestas llegasen a buen puerto, materializándose en la normativa de aplicación, será, como siempre, el tiempo el que nos desvele su eficacia real.

DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIAS Y CONFLICTO DE COMPETENCIAS: CAMBIO DE RUMBO EN ORDEN AL REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2020

ECLI: ES:TS:2020:4409

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

SARA GUINDO MORALES**

SUPUESTO DE HECHO: Este comentario jurisprudencial analiza en profundidad la reciente y relevante Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo dictada a fecha de 15 de diciembre de 2020, y por la que se resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Andalucía (Sevilla), sobre una reclamación de cantidad de la Mutua FREMAP al Servicio Andaluz de Salud derivada de contingencias comunes de una persona trabajadora. La enorme dificultad que entraña la determinación precisa de los sujetos que gestionan y controlan la incapacidad temporal se debe, principalmente, a la multiplicidad de entidades que con distinta naturaleza (pública y/o privada) participan en la misma. Lamentablemente, los mecanismos por los que se pretende asegurar la prestación por incapacidad temporal, sin que por ello sea vulnerable al engaño y al abuso ilegal de los beneficios que entraña su disfrute, son motivo de un acalorado debate tanto en las formas como en sus contenidos aún hoy día, tras más de treinta años de democracia española.

RESUMEN: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la sentencia impugnada (que estimó parcialmente la dictada en instancia), fijando la suma de los gastos sanitarios en 49'16 euros en lugar de 119'38, condenando en costas a la parte recurrente, esto es, el Servicio Andaluz de Salud.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

** Contratada Postdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

“... para hacer valer el sentido racional en contra del sentido literal incorrecto es necesario comprobar a menudo que la ley ha sido redactada erróneamente (interpretación extensiva, restrictiva)...”

Karl Engisch¹

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y JUEGO DE COMPETENCIAS: “PÚBLICO VERSUS PRIVADO”
2. ANTECEDENTES DE HECHO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2020
3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CAMBIO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN ORDEN AL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS
4. FALLO
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y EL JUEGO DE COMPETENCIAS: “PÚBLICO *VERSUS* PRIVADO”

La enorme dificultad que entraña la determinación precisa de los sujetos que gestionan y controlan la incapacidad temporal se debe, principalmente, a la multiplicidad de entidades que con distinta naturaleza (pública y/o privada) participan en la misma². Así pues, de un lado, se encuentran los organismos que declaran el derecho al nacimiento de la prestación sanitaria y, de otro, los que se encargan del pago e inicio de la prestación económica temporal³.

A causa del temor e incremento de las situaciones fraudulentas el legislador ha creado una normativa de carácter más restrictivo con las necesidades sociales,

¹ Engisch, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de Monereo Pérez, J.L., Comares (Col. Crítica del Derecho), Granada, 2001, página 125.

² Olarte Encabo, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, número 20, marzo de 2011, página 66.

³ López Insua, B.M: EL control de la incapacidad temporal *tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares-Colección Trabajo y Seguridad Social (número 90), 2015. López Insua, B.M: “Capítulo XVI. Control del fraude y absentismo laboral: el nuevo papel de las mutuas en los procesos de Incapacidad Temporal”, en VV.AA., Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Murcia, Laborum, 2014, págs. 295-310. No obstante, debemos tener en cuenta que para que el trabajador incapacitado pueda

la cual lleva siendo cuestionada por la doctrina desde su implantación debido a la amplia gama de intereses contrapuestos que entran en conflicto en esta materia. Y es que la multiplicidad de sujetos que podrán determinar ahora el comienzo, continuación y término de la IT, así como la impugnación del alta médica, no mejora en absoluto el régimen jurídico previsto para esta prestación.

Junto a la desoladora panorámica reguladora de los actuales procedimientos de control de la IT, el legislador traza ahora una nueva forma de normalización de los partes médicos de baja, confirmación y alta. El objetivo principal no es otro que de evitar el absentismo injustificado a las empresas por parte de los trabajadores, eliminando además cualquier resquicio que pudiera atentar fraudulentamente contra el sistema de Seguridad Social. Se pone de relieve en todas estas modificaciones normativas esa obsesión del legislador por controlar las situaciones de “fraude” y, por consiguiente, de “absentismo injustificado en las empresas”. De ahí que, una y otra vez, modifique los parámetros ya marcados ante el fracaso de sus múltiples tentativas por erradicar todo este engranaje de abusos que sufre el sistema de Seguridad Social. Olvidando así la finalidad primordial por la que nace esta prestación, esto es, la protección de las situaciones de necesidad⁴ provenientes de los procesos por incapacidad temporal. El núcleo de la institución de la incapacidad temporal es servir a una determinada finalidad protectora.

Cabe decir también que otras de las razones que han motivado a operar estas incesantes transformaciones en la prestación de la incapacidad temporal, ha sido la necesidad de contener las partidas económicas que alimentan al sistema social. Y es que se piensa, que el motivo que ha originado estas importantes pérdidas presupuestarias, lo constituyen, sin lugar a dudas y nuevamente, el uso fraudulento de los procesos de baja.

Ciertamente esta nueva realidad promete propiciar una reducción en los mecanismos de protección previstos para prestación por incapacidad temporal, al situar al trabajador en una situación de absoluta indefensión. Llama muy especialmente la atención en todas estas reformas el incremento de competencias que vienen experimentando las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS)⁵ y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) -o en su

acceder al disfrute del subsidio temporal deberá cumplir, previamente, con los requisitos que se establecen para estas contingencias por su normativa aplicable.

⁴ Monereo Pérez, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social” (art. 41 CE), en VV.AA, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C Y Moreno Vida, M^ªN (Dir): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2001.

⁵ Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social es el nombre con el que, a día de hoy, se pretende denominar a las antiguas Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo. La Ley 35/2014 modifica y moderniza el régimen jurídico de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (anteriormente denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional), haciendo especial énfasis en las actividades de control y seguimiento de los procesos de baja por

caso, el Instituto Social de la Marina-, en detrimento de las que le han venido correspondiendo desde siempre a los Servicios Públicos de Salud (SPS). Por lo que a fin de evitar el absentismo injustificado y la utilización de los procesos de IT como mecanismo alternativo al desempleo o la jubilación u otras prácticas abusivas, se procede ahora a diseñar una reordenación completa del sistema de gestión y control de los procesos de baja por IT. Se busca así dar solución ante ese difícil equilibrio entre el control del fraude y la protección del trabajador impedido para su actividad laboral⁶ que tanto merodea incansable en la cabeza del legislador.

El conflicto abierto de intereses entre estas entidades ocasiona, en la práctica, ingentes problemas de difícil solución que generan un debate sin visos de concluir a medio plazo. Es por ello que las vías jurisprudenciales tienden a colapsarse ante la avalancha de demandas exigidas desde un lado y otro del contrapeso socio-laboral, lo que a la postre hace inevitable tener que recurrir a la tormenta de los diversos pronunciamientos doctrinales y jurisprudencial que se han sucedido un año tras otro en relación a la incapacidad temporal⁷.

La desconfianza hacia los servicios que prestan las entidades públicas y, en particular, de los SPS, ha motivado la creación de este complejo entramado que más que favorecer al trabajador lo perjudica, olvidando así la finalidad por la que se creó esta prestación⁸, es decir, la protección de los estados de necesidad derivados de una incapacidad temporal⁹.

incapacidad temporal por contingencias comunes que podrán llevar a cabo estas entidades privadas. Y es que, tras estas reformas, no sólo podrán las mutuas gestionar la prestación económica en estos supuestos, sino también decidir sobre la denegación, suspensión, anulación y extinción del subsidio por incapacidad temporal. Cabe señalar que todas estas nuevas facultades y competencias a favor de las Mutuas, ya en parte se contienen en el reciente RD 625/2014. Por lo que lo único que pretende ahora el legislador es regular, con rango de ley, la gestión y control de la prestación temporal por incapacidad que podrán llevar a cabo las Mutuas en paralelo a la elaboración contenida en el RD 625/2014.

⁶ Véase página 4 del Proyecto de Real Decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

⁷ López Insua, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

⁸ Monereo Pérez, J.L: “Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, *Revista de Derecho Social*, nº 37, 2007, página 49. López Insua, B.M: “Derechos, garantías y deberes de los beneficiarios en situación de incapacidad temporal”, en VV.AA., Ortiz Castillo, F; Rodríguez Iniesta, G. y López Insua, B.M (Coords)., *Las incapacidad laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, págs. 97-122.

⁹ López Insua, B.M: “La Incapacidad Temporal. Dinámica, protección y supuestos especiales”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs); Maldonado Molina,

2. ANTECEDENTES DE HECHO: SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2020

Este comentario jurisprudencial analiza en profundidad la reciente y relevante Sentencia de la Sala 4º del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre de 2020¹⁰, que se resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina (concretamente, por entender dicha sentencia contraria a la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2018¹¹) interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Andalucía (Sevilla) de fecha 17 de mayo de 2018¹²sobre una reclamación de cantidad de la Mutua FREMAP al Servicio Andaluz de Salud derivada de contingencias comunes de una persona trabajadora.

A grandes rasgos, el pleito deriva de que un trabajador, afiliado a la Seguridad Social, de alta en el Régimen General, vino prestando sus servicios dirigidos y retribuidos por cuenta de una empresa que tenía concertadas las coberturas de las contingencias profesionales con la Mutua FREMAP.

El día 1 de noviembre del año 2014 dicho trabajador recibió asistencia sanitaria prestada por tal Mutua, generando una factura total que asciende a 119'38 euros compuesta por lo que sigue:

- Una primera cita: 84'38 euros.
- Gastos por medios ajenos: 35 euros.

No obstante lo expuesto con anterioridad, el Servicio Andaluz de Salud fue el finalmente responsable de dicha prestación, motivo por el cual, el día 23 de febrero del año 2015, FREMAP formuló reclamación frente al Servicio Andaluz de Salud, la cual fue desestimada, por lo que, posteriormente, el día 27 de abril del mismo año formuló una reclamación administrativa previa cuyo resultado fue, igualmente, negativo.

En definitiva, la cuestión a resolver en el presente recurso de amparo objeto de análisis es si puede la Mutua colaboradora de la Seguridad Social resarcirse de los gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria prestada en un primer momento a un trabajador que, posteriormente, fue derivado al Servicio Andaluz de Salud que cursó baja por contingencias comunes y que le siguió asistiendo durante el periodo que duró la enfermedad.

J.A. y De Val Tena, Á.L. (Coord)., *Tratado de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, págs. 705-717.

¹⁰ [JUR 2021\11106].

¹¹ [RJ\2018\1526].

¹² [JUR 2018\211529].

En fecha de 14 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz dictó sentencia estableciendo en su parte dispositiva que estimaba la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por la Mutua FREMAP contra el Servicio Andaluz de Salud, el cual fue condenado a abonar a dicha entidad colaboradora de la Seguridad Social la suma de 119'38 euros, importe derivado de los gastos de una primera asistencia sanitaria prestada a un trabajador que había acudido a sus servicios médicos.

Contra dicha sentencia, el Servicio Andaluz de Salud interpuso el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), quien dictó sentencia en fecha de 17 de mayo del año 2018 cuyo fallo estimó de manera parcial dicho recurso.

Como consecuencia, revocó parcialmente la sentencia de instancia que condenó al Servicio Andaluz de Salud a abonar a la Mutua actora la suma de 119'38 euros, fijando ahora dicha cantidad económica en sólo 49'16 euros, sin, además, efectuar condena en costas.

Y es que el juzgador entendió que el trabajador que fue asistido por los servicios médicos de la Mutua no causó baja laboral el día de la asistencia sanitaria, ni por ende inició tal día un proceso de Incapacidad Temporal, sino que la baja e inicio dicho proceso se cursó al parecer en días posteriores por contingencias comunes, sin que conste ningún pronunciamiento del Instituto Nacional de la Seguridad Social rechazando el proceso o la contingencia.

Así como no se ha acreditado tampoco que ninguno de los sujetos legitimados para solicitarlo (quienes, en virtud del artículo 6.1 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal¹³: a) De oficio, por propia iniciativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social, o como consecuencia de petición motivada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del servicio público de salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, o a propuesta del Instituto Social de la Marina. b) A instancia del trabajador o su representante legal. c) A instancia de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente), es decir, la parte recurrente, haya efectuado la solicitud correspondiente, lo que se traduce en que la contingencia común fue aceptada por todos los interesados.

De hecho, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) reiteró el pronunciamiento de la Sentencia de la misma Sala de fecha 29 de noviembre del año 2017¹⁴ que declaró en un caso similar lo que sigue:

¹³ Publicado en el BOE en fecha de 29 de septiembre de 2009.

¹⁴ [JUR 2018\10351].

“Habrá de partirse por lo tanto, de la adecuación a derecho de la contingencia común del único proceso del proceso de Incapacidad Temporal que ha iniciado el trabajador y resultando así las cosas, lógico resulta colegir que la asistencia prestada por la Mutua el día antes de iniciarse aquel proceso de Incapacidad Temporal por enfermedad común, Mutua que recordemos, no extendió parte de baja médica con lo cual, mal puede pedir revisión de una contingencia que se declaró, se prestó porque la Mutua no puede rechazar, a priori la asistencia a sus trabajadores asociados. Más, habiendo concluido luego de evaluar las circunstancias, en informe al que se remite el hecho probado tercero de la sentencia de instancia y que obra al folio 31 y los autos, en que los las dolencias por las que se atendió al trabajador tienen su origen en etiología común, común ha de considerarse, sin que, además de lo consignado en la relación fáctica de la sentencia pueda deducirse otra cosa, toda vez que el artículo 115.3 de Ley General de la Seguridad Social que la recurrente cita sin descender a detalle de apartado concreto infringido, no ampara la contingencia de accidente de trabajo para todas las enfermedades, sino solo cuando existe una relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad”.

A lo que añade que, “... por ello, resulta plenamente legitimada la Mutua para reclamar el importe de la asistencia prestada que se anticipó por quien inicialmente estaba a ello obligada, en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones que consagra el artículo 126 de Ley General de la Seguridad Social, y acreditándose después que la responsabilidad de la prestación de asistencia sanitaria, en atención a lo dispuesto en el artículo 38.1 a) de Ley General de la Seguridad Social, es del Servicio Andaluz de Salud, que no ha cuestionado el origen común de la Incapacidad Temporal iniciada al día siguiente de la asistencia médica cuyo importe se reclama, es a tal organismo a quien corresponde el abono, no a la Mutua, que en atención a lo dispuesto en el artículo 68.2) de la ley citada, no gestiona la asistencia sanitaria de las contingencias comunes, de manera que han de ser desestimados los motivos de recurso que se estudian, resultando plenamente legitimada la Mutua actora, como ya se ha dicho, para reclamar el reintegro de la prestación sanitaria dispensada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1158.2 del Código Civil (LEG 1889, 27), por cuanto que habiendo anticipado la que filialmente no le corresponde prestar, es claro que lo ha efectuado por otro y tiene derecho a ser reintegrada por ello”.

Pues bien, ante esta situación, el Servicio Andaluz de Salud interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina, al considerar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Andalucía (Sevilla) contradictoria con la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2018¹⁵.

En el único motivo de recurso, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 57.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el

¹⁵ [RJ\2018\1526].

que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁶ (en adelante y para simplificar, LGSS 1994), en relación con el artículo 1.a) del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social¹⁷ (en adelante y para simplificar, RD 2583/1996), en relación con el artículo 1.1.a) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social¹⁸ (en adelante y para simplificar, RD 1300/1995) y la doctrina jurisprudencial sentada en relación con la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social reconocida en la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1998¹⁹.

Recurso que se admitió a trámite y, tras ser impugnado por la Mutua, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien en su informe declaró la procedencia del recurso, si bien con anterioridad informó de la carencia de competencia funcional por parte del Tribunal Supremo para resolver la cuestión planteada.

Por último, la Sala 4ª del Tribunal Supremo señaló el día 15 de diciembre del año 2020 para la votación y el fallo del recurso de casación para la unificación de doctrina, llevándose a cabo tales actos en dicha fecha.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CAMBIO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN ORDEN AL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS

En primer lugar, expresa el Tribunal Supremo que son numerosos los litigios entablados por la Mutua FREMAP en reclamación de gastos de asistencia sanitaria prestada, tal y como sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) al resolver el recurso de suplicación interpuesto en este caso²⁰.

En efecto, la jurisprudencia ha contemplado varias veces el problema del reintegro de gastos médicos -e incluso del derecho a la salud y a la asistencia

¹⁶ Publicado en el BOE en fecha de 29 de junio de 1994.

¹⁷ Publicado en el BOE en fecha de 3 de enero de 1997.

¹⁸ Publicado en el BOE en fecha de 19 de agosto de 1995.

¹⁹ [RJ\2019\5375].

²⁰ Entre otras, resulta relevante la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Social) de 25 de marzo de 2004 (Rec. 1737/2003), en donde se indica que “... la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de

sanitaria- partiendo de las exigencias y necesidades del enfermo, de forma que se procure dar la prestación necesaria para su total curación. Ahora bien, resulta relevante destacar que la sanidad pública, como cualquier entidad de análoga naturaleza, tiene el deber de garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados, como la necesaria estabilidad financiera del sistema. Ello supone, evidentemente, el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por el Sistema Nacional de Salud. Y es que, éste deberá siempre analizar el conjunto de medios disponibles de modo concreto, real y no indeterminado, todo ello sin perjuicio del posible reintegro de los gastos médicos previamente dispensados por la Mutua. Se trata éste de un punto de vista primordialmente social y que plantea la determinación de qué medios son los exigibles a la Entidad Gestora y que deberán estar a disposición del beneficiario. La tensión entre uno y otro término, el individual y el social, se encuentra en el artículo 43 de la Constitución Española²¹, en donde se reconoce el derecho a la protección a la salud de todos los ciudadanos. Razón por la cual la Sala 4ª del Tribunal Supremo afirma que concurre la afectación general que se ha apreciado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (Sevilla), al ser evidente, al mismo tiempo que real, la litigiosidad generada²².

En segundo lugar, en virtud del artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²³ (en adelante y para simplificar, LRJS) concerniente a la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, apartado primero, "... dicho recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación

vocaciones universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuantos lo soliciten".

²¹ Monereo Pérez, J.L.: "¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación", en Asociación Española De Salud y Seguridad Social: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Aess) celebrado en Madrid en 2016, Murcia, Laborum, 2016. Monereo Pérez, J.L.: "La salud como derecho humano fundamental", *Relaciones Laborales*, nº9, 2014. Monereo Pérez, J.L.: "Protección de la salud", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez (Dirs. y Coords.) et al: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012. MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derecho a la salud", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez (Dirs. y Coords.) et al: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014.

²² En esta línea, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso con número 1732/2016) y 20 de noviembre de 2019 (recurso con número 3255/2018).

²³ Publicada en el BOE en fecha de 11 de octubre de 2011.

donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”.

A lo que añade en el siguiente apartado que también “... podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España”, pero siempre y cuando “... se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades”, limitándose la sentencia que resuelva el recurso en dicho punto de contradicción “... a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado”.

A tenor del precepto anterior, el Tribunal Supremo entiende que procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre dicho requisito de la contradicción ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales que, no obstante, pudieran haber dado lugar a pronunciamientos diversos.

Así pues, en este sentido, la decisión judicial que aporta el recurrente como contradictoria es la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo del año 2018²⁴, cuyos datos más relevantes son los siguientes:

- Desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua Gallega de accidentes de trabajo contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 6 de abril del año 2016, en el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada el día 30 de junio del año 2015 por el Juzgado de lo Social número 1 de Vigo, en los autos seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Servicio Gallego de Salud, sobre reintegro de gastos de asistencia sanitaria.
- Consta en dicha sentencia que la Mutua gallega prestó asistencia sanitaria a varios trabajadores por un importe total de 24.737'60 euros.
- La Mutua rehusó que el origen de dichas asistencias derivara de accidentes laborales sin que conste resolución alguna que disponga lo contrario.
- La Mutua le reclamó al Servicio Gallego de Salud el reintegro de los referidos gastos mediante solicitudes que fueron desestimadas y, presentada reclamación administrativa previa el día 14 de abril, resuelta el día 27 de abril, al tratarse de asistencias prestadas voluntariamente, no urgentes y de carácter vital y, además, no existir resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social fijando la contingencia.
- La sentencia señala que la Mutua sostiene que el artículo 126 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el

²⁴ [RJ\2018\1526].

texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁵ reconoce a las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social el derecho a reintegrarse del importe de los gastos sanitarios anticipados en la asistencia no derivada de contingencia profesional, no habiendo accionado ni el Servicio Gallego de Salud ni la Mutua acerca de la calificación de la contingencia.

- Además, la sentencia pone de relieve que se trata de establecer la atribución competencial, cuestión ya tratada y resuelta en casación unificadora, en concreto, en la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 18 de diciembre del año 2007.
- Por último, concluye que, al formular la parte demandante su reclamación frente al Servicio Gallego de Salud sin que se halla sometido el conocimiento de la naturaleza de la contingencia al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la parte actora asume una facultad que solamente puede tener un carácter provisional, momento de la prestación de la asistencia, pero no definitiva hasta el punto de fijar con sus propias atribuciones el criterio definidor que corresponde al Instituto, con lo cual su pretensión se halla huérfana del elemento esencial para dotar a la Mutua del título suficiente con el que formular la petición del reintegro frente al Servicio Gallego de Salud.

Por lo tanto, analizando la sentencia contradictoria alegada por la parte recurrente en el presente caso objeto de investigación, el Tribunal Supremo entiende que entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

Motivo por el que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos por el artículo 224 de la LRJS relativo al contenido del escrito de interposición del recurso (en concreto: en primer lugar, una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del artículo 221.2 de la LRJS— en virtud del cual, el escrito deberá exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos—, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del ya analizado artículo 219 del mismo texto legal y, en segundo lugar, la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia), procede a entrar a conocer el fondo del asunto.

²⁵ Publicado en el BOE en fecha de 29 de junio de 1994.

Y es que, efectivamente, el Tribunal Supremo considera que en los dos supuestos nos encontramos, en primer término, con la misma identidad de los hechos, específicamente, de los siguientes: de la asunción inicial por la Mutua colaboradora de la Seguridad Social de los gastos de asistencia sanitaria, descartándose posteriormente que dicha asistencia sanitaria derivara de contingencias profesionales, sin que después se calificase la contingencia como común o laboral por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, procediendo la Mutua a la reclamación del reintegro de los gastos sanitarios dirigida a la respectiva administración sanitaria autonómica y no atendida en sede administrativa.

Y, en segundo término, con la misma identidad en los fundamentos, como son:

- El principio de automaticidad de las prestaciones y responsabilidad en orden a la prestación de asistencia sanitaria sin determinación de la contingencia por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social y en las pretensiones.
- El reintegro de los gastos sanitarios asumidos inicialmente por las Mutuas colaboradoras ante la posible existencia de accidentes laborales, descartados a posteriori como tales tras una serie de pruebas diagnósticas realizadas.

Ahora bien, no obstante todo lo dispuesto con anterioridad, añade el Tribunal Supremo que, sin embargo, las dos sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, puesto que la sentencia recurrida estima la pretensión de la Mutua colaboradora de la Seguridad Social del reintegro por parte del Servicio Andaluz de Salud del gasto sanitario asumido, mientras que, por el contrario, la sentencia de contraste desestima dicho reintegro.

En tercer lugar, en el único motivo de recurso de casación para la unificación de doctrina, la parte recurrente, esto es, el Servicio Andaluz de Salud, denuncia la infracción del artículo 57.1.a) del LGSS 1994, en relación con el artículo 1.a) del RD 2583/1996, en relación con el artículo 1.1.a) del RD 1300/1995 y la doctrina jurisprudencial sentada en relación con la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social reconocida en la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1998²⁶.

Por un lado, dichos preceptos establecen, respectivamente, lo siguiente:

- “La gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos Departamentos ministeriales, con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía

²⁶ [RJ\2019\5375].

de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización, por las siguientes entidades gestoras: a) El Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se mencionan en el apartado c) siguiente”.

Cabe señalar que tal precepto constituye actualmente el 66 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 Social²⁷, con el mismo tenor literal.

- “Al Instituto Nacional de la Seguridad Social, entidad gestora de la Seguridad Social, dotada de personalidad jurídica, se encomienda la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, con excepción de aquellas cuya gestión esté atribuida al Instituto Nacional de Servicios Sociales o servicios competentes de las Comunidades Autónomas. Específicamente se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social competencia en las siguientes materias: a) El reconocimiento y control del derecho a las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social y en su modalidad contributiva, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Instituto Nacional de Empleo en materia de prestaciones de protección por desempleo y al Instituto Social de la Marina en relación con el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar”.
- “Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: a) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma”.

Mientras que, por otro, la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1998²⁸, que por cierto contó con un voto particular, se dictó en un proceso de Seguridad Social relativo a la prohibición de que las Entidades Gestoras revisen de oficio sus actos declarativos en un caso de incapacidad temporal inicialmente reconocida como derivada de enfermedad común pero posteriormente calificada como enfermedad profesional, caso en el que finalmente se estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de fecha 25 de octubre de 1996, que casa y anula, desestimando la demanda promovida por Unión

²⁷ Publicado en el BOE en fecha de 31 de octubre del año 2015.

²⁸ [RJ\1998\1055].

Museba Ibesvico contra el recurrente, sobre reintegro de prestaciones abonadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en concepto de Incapacidad Laboral Temporal.

Pues bien, en este sentido, en virtud de lo anterior, el Tribunal Supremo expresa en el presente caso litigioso objeto de análisis que esta cuestión se ha resuelto, entre otras muchas sentencias, por una en concreto muy importante en aras a resolver este asunto: la de fecha de 20 de noviembre del año 2019²⁹.

Dicha sentencia, en su fundamento jurídico 4^a estipula lo siguiente:

“Son dos los datos de los que hay que partir. En primer lugar, la indiscutible competencia del INSS en la determinación y calificación de la contingencia de la que deriva el hecho causante que puede dar lugar a la asistencia sanitaria. Así se infiere del artículo 57 del TRLGSS (RCL 1994, 1825) (actual artículo 66 del vigente texto LGSS) y lo dispone expresamente el artículo 1 del RD 2583/1996, de 13 de diciembre RCL 1997, 17) y lo ha ratificado esta Sala en numerosísimas ocasiones (Por todas: STS de 18 de diciembre de 2007, Rjud. 3793/2006 (RJ 2008, 1300)). En segundo lugar, en los supuestos, como el que la presente resolución analiza, no nos encontramos ante un problema de determinación de contingencia que no se ha planteado en ningún momento del expediente administrativo, ni a lo largo del proceso. Estamos en presencia de una prestación sanitaria inicial que ha realizado la Mutua, antes de que la contingencia se calificase, ante una petición de asistencia por parte de un beneficiario en la que *prima facie* no podía descartarse su carácter profesional. Hay que recordar que la Mutua únicamente reclama los gastos de la primera asistencia.

En los casos en los que el trabajador se dirige a la Mutua por una dolencia que ha aparecido de manera súbita, la entidad colaboradora viene obligada a prestarle la debida asistencia sanitaria inicial pues forma parte del Servicio Nacional de Salud. Así del artículo 12 del RD 1993/95 de 7 de diciembre (RCL 1995, 3321), se infiere que los servicios sanitarios de las Mutuas, en cuanto que se hallan destinados a la cobertura de prestaciones incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social, están integradas en el Sistema Nacional de Salud. El trabajador, por su parte, acudió correctamente, en función de la dolencia que creía padecer, a un centro asistencial de la Mutua que pertenece al Servicio Nacional de Salud, sin que en ningún caso pueda afirmarse que acudió voluntariamente a un centro privado sin que se tratase de una urgencia vital.

Estamos, por tanto, en presencia de una intervención de la Mutua -asistencia sanitaria a beneficiario del sistema público de salud y asegurado a la misma- que, sin dudas, debió prestarse y en la que no era lógico, ni adecuado, exigir a la mencionada entidad que se abstuviera de prestar la asistencia requerida hasta

²⁹ [RJ\2019\5375].

que el INSS no hubiera certificado la contingencia. Visto el relato de hechos probados, era coherente que pudiera tratarse de una contingencia profesional y la entidad colaboradora, en ese margen, actuó otorgando y gestionando la asistencia solicitada. El hecho de que de las pruebas diagnósticas practicadas se infiriese el origen común de las contingencias (no consta que el origen fuera profesional) revela, sin duda, que los gastos de la inicial atención sanitaria prestada por la demandante, deban ser satisfechos por el SAS que es la entidad encargada de la prestación sanitaria en cuestión.

Todo ello no cuestiona la exclusiva titularidad del INSS en la determinación de la contingencia, al punto de que si la hubiera calificado de profesional, la reclamación no tendría sustento alguno, al contrario de lo ocurrido, en el que la solicitud de reintegro se encuentra totalmente fundada”.

Motivo por el cual, finalmente, el Tribunal Supremo, aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a la consideración de la Sala, doctrina que ha de mantenerse por razones de seguridad jurídica y porque no han aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial, procede la desestimación del recurso formulado.

A lo que añade a renglón seguido que, al respecto, se ha de poner de relieve que los gastos de asistencia sanitaria de los que en un primer momento se hizo cargo la Mutua FREMAP, una vez que se acreditó el origen común (y no profesional) de las dolencias del beneficiario, han de ser satisfechos por el Servicio Andaluz de Salud que es la entidad encargada de la prestación de dicha asistencia sanitaria, y no por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Anteriormente, la doctrina mayoritaria caminaba en el sentido de denegar (por regla general) el reembolso de gastos sanitarios. Excepcionalmente, se podían reembolsar los gastos sanitarios a la Mutua cuando se compruebe que los servicios empleados por ésta fueron adecuados y no constituyeron una utilización desviada o abusiva a esta excepción.

Así es, la jurisprudencia venía interpretando que de acuerdo con el artículo 5.3 Real Decreto 63/1995, de 20 de enero³⁰, únicamente en caso de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital³¹, que debiese ser atendida fuera del Sistema

³⁰ Indica el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995 que: “3. En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

³¹ Respecto a la urgencia vital la jurisprudencia ha venido señalando que tal concepto incluye, no solo el peligro inminente de muerte, sino también el riesgo de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Véase la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de noviembre de 2009 (Rec. 4426/2008).

Nacional de Salud, habrá de reembolsarse los gastos generados por la misma a la Mutua una vez comprobado que no se pudieron utilizarse adecuadamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción³².

Por todo ello, para proceder al reintegro de gastos sanitarios ajenos al sistema público debían concurrir cuatro requisitos. Dos de ellos, aparecen enunciados en sentido positivo: que se trate de urgencia inmediata y que sea de carácter vital. Mientras que los otros dos, se describen de manera negativa: que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción. De este modo, para determinar si hay o no derecho al reintegro de gastos médicos, deben examinarse la concurrencia de tales requisitos en cada supuesto enjuiciado³³.

4. FALLO

En virtud de los fundamentos de Derecho anteriormente analizados y tras examinar el Tribunal Supremo la sentencia de contraste aportada para determinar si concurre dicho requisito de la contradicción ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales que, no obstante, pudieran haber dado lugar a pronunciamientos diversos, ha desestimado el recurso de casación para la unificación de doctrina (en concreto, por no entender que exista una contradicción con la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2018³⁴), frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 17 de mayo de 2018.

Por ende, ha confirmado la sentencia impugnada (que estimó parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz, fijando la suma de los gastos sanitarios en 49'16 euros en lugar de 119'38 euros que fijó dicha sentencia de instancia en su parte dispositiva por los gastos de una primera asistencia sanitaria

³² La situación de urgencia vital ha sido definida por distintas sentencias judiciales (véase las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1991 y 1 de agosto de 1991) incluso aunque esta se derive de la demora en los servicios médicos asignados por la Seguridad Social (en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1991 y 1 de agosto de 1991, dictadas para unificación de doctrina), mas siempre concurriendo la nota de urgencia, debida a que el tratamiento sea inaplazable (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1988). A este respecto, no basta que el tratamiento alternativo sea simplemente beneficioso para la salud del paciente o mejoren sus expectativas de vida, del mismo modo que no se englobarían los supuestos en que la intervención no sea apremiante ni imprescindible (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1986).

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo social) de 20 de octubre de 2003 (recurso número 3043/2002).

³⁴ [RJ\2018\1526].

prestada), a la vez que ha condenado a costas a la parte recurrente, esto es, el Servicio Andaluz de Salud, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la parte recurrida (Mutua FREMAP) que impugnó el recurso por importe de 1500 euros.

5. CONCLUSIONES

El tema relativo al reingreso de los gastos médicos constituye fiel reflejo de la deficiente técnica de gestión y control de la prestación por IT. Se trata ésta de una contingencia en torno a la que sobrevuela la “filosofía del fraude”, máxime aún si se tratan de contingencias de origen común. Y es que, no se olvide que, tras la ruptura del principio de consideración conjunta de contingencias se concede al trabajador un tratamiento diferenciado dependiendo del origen, común y/o profesional, de su situación de necesidad.

Ciertamente, ya desde antiguo se comenzaron a marcar los primeros pasos para atajar de una manera discriminatoria los problemas de fraude en el uso de esta prestación y absentismo injustificado en las empresas. Ante el fracaso de sus múltiples tentativas por erradicar el engranaje de abusos que sufre el sistema de Seguridad Social³⁵, el legislador sigue modificando con ahínco los parámetros que conforman la prestación temporal, olvidando en muchos momentos la naturaleza misma de la contingencia en cuestión. De ahí, la minoración de la duración de la prestación o el recorte de competencias que sufren los SPS, al tiempo que se incrementan, exageradamente, las competencias que les corresponden tanto al INSS, como a las MCSS.

En todo ello se evidencia esa preocupación por controlar el nivel de gastos en el sistema de Seguridad Social. Sin embargo, el legislador olvida la idea raíz y es que la finalidad misma de la contingencia por incapacidad temporal es la protección del trabajador cuando se ve imposibilitado para desempeñar su profesión habitual³⁶.

En lugar de atacar a la causa principal que origina el absentismo en las empresas, el legislador opta -cada vez más- por endurecer las distintas técnicas de gestión y control de la prestación. Piensa así el legislador que con ello se va a

³⁵ Tortuero Plaza, J.L.: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N: *Tratado Práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen Jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, página 357. Barba Mora, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012, página 84.

³⁶ López Insua, B.M: EL control de la incapacidad temporal *tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares-Colección Trabajo y Seguridad Social (número 90), 2015. López Insua, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

erradicar el fraude, de ahí que no cese en modificar indefinidamente y, por ciclos aspectos, concretos de la prestación. Ciertamente, tales argumentos son de tipo “restrictivo”, pues no responden a la realidad social, ni tampoco a las propuestas iniciales de reforma.

Es clásica la atribución en el sistema de Seguridad Social de un tratamiento diferenciado entre los riesgos provenientes por accidente de trabajo, enfermedad profesional o período de observación y los originados por contingencias comunes (accidente no laboral o enfermedad común) o “inferenciadas”. Estas divergencias de tratamiento lejos de ser eliminadas van aumentando con el paso del tiempo³⁷, tal y como se pone de relieve en la sentencia aquí estudiada. Muestra de este trato desfavorable se reflejan: en la cuantía de ambas prestaciones, el porcentaje aplicable, la fijación del *dies a quo* en el disfrute de la prestación temporal por causas comunes, el tratamiento que se ofrece a estos procesos tras la extinción del contrato de trabajo, la fijación de los sujetos responsables en caso de incumplimiento empresarial de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización... etcétera.

Todo ello produce importantes consecuencias en cuanto al tratamiento que se ofrece a la IT dependiendo de su origen, lo cual resulta completamente incomprensible, pues debe tenerse en cuenta, que el resultado es en ambos supuestos el mismo, es decir, el trabajador se ve imposibilitado para desempeñar su trabajo habitual a causa de una situación de necesidad. Está claro que, en todas estas situaciones, la solución pasa por castigar “justos por pecadores” o, dicho con palabras, por el hecho de que haya gente que utilice de forma abusiva esta prestación ya se presume para todos por igual esa misma idea³⁸.

Actualmente, son numerosos los litigios entablados por las Mutuas en orden a la reclamación de gastos de asistencia sanitaria prestada, tal y como sostienen los distintos tribunales³⁹. Tras una avalancha de sentencias en orden a regular esta temática, marca un punto de inflexión el pronunciamiento dictado por el Tribunal Supremo a fecha de 20 de noviembre de 2019 (recurso núm. 794/2019),

³⁷ Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A: “Determinación de contingencias (Revisión crítica político-jurídica y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)” en VV.AA., Borrajo Dacruz (Dir.), *Accidentes de trabajo y Mutuas*, Madrid, La Ley 2009, página 135.

³⁸ López Insua, B.M: EL control de la incapacidad temporal *tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares-Colección Trabajo y Seguridad Social (número 90), 2015. López Insua, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

³⁹ Entre otras, las sentencias del TSJ de Galicia de 6 de junio de 2013 (recurso con número 3007/2013); de Canarias de 26 de noviembre de 2012 (recurso con número 2092/2012); de Cataluña de 21 de enero de 2011 (recurso con número 421/2011); del País Vasco de 5 de octubre de 2010; de Castilla y León de 3 de abril de 2006; de Cataluña de 4 de abril de 2005 (recurso con número 2832/2005); de Murcia de 9 de mayo de 2006; de Cataluña de 8 de junio de 2007 (recurso con número 4261/2007), entre otras.

en donde se reconoce el derecho de la MCSS a solicitar al INSS el reembolso de los gastos médicos, previamente dispensados, por la baja por contingencias comunes de un trabajador que posteriormente fue asistido por el SPS. Y es que, aunque inicialmente pudiera calificarse como profesional, tras las correspondientes pruebas diagnósticas, dicha IT fue calificada como común, lo que revela que dichos gastos deben de ser asumidos por el Servicio Andaluz de Empleo, al entenderse que es ésta y no la Mutua la encargada de la prestación sanitaria en estos supuestos.

El conflicto abierto de competencias entre las MCSS, el INSS y el SPS abre, nuevamente, el debate en torno a la naturaleza jurídica de la prestación por IT, al tiempo que cuestiona esa exagerada atribución de competencias entre las Mutuas y el INSS. No resulta preciso diferenciar entre contingencias y debatir en orden al pago de una prestación, olvidando así la finalidad misma de protección frente a las situaciones de necesidad. Nos reafirmamos así en la idea de que a las Mutuas les resulta más preocupante contener sus partidas económicas, que amparar situaciones de necesidad. La razón de ello se debe a que estas entidades caminan por otras sendas bien diferenciadas a la del sistema público⁴⁰.

⁴⁰ López Insua, B.M: EL control de la incapacidad temporal *tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares-Colección Trabajo y Seguridad Social (número 90), 2015. López Insua, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE-DICIEMBRE DE 2020

- Ley 2/2020, de 12 de noviembre, de reforma parcial de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de régimen jurídico y económico de los puertos de Andalucía, en materia de plazos concesionales. Organismo: Presidencia (Boletín número 580 de 19/11/2020 Sección: Disposiciones generales)
- Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021. Organismo: Presidencia (Boletín número 251 de 31/12/2020 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 168/2020, de 6 de octubre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público extraordinaria para la estabilización de empleo temporal en las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 197 de 09/10/2020 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 187/2020, de 17 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de guías de turismo de Andalucía. Organismo: Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (Boletín número 225 de 20/11/2020 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 197 de 09/10/2020 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 13 de octubre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género en Andalucía 2021-2025. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 202 de 19/10/2020 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 1 de octubre de 2020, de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, por la que se aprueba y ordena la publicación del Pacto de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, de 25 de septiembre de 2020, por el que se aprueba el desarrollo del protocolo de medidas organizativas para la aplicación temporal del régimen de trabajo no presencial en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, aprobado por la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía en fecha 14 de septiembre de 2020. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 194 de 06/10/2020 Sección: Disposiciones generales).

ESTUDIOS

Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre
Margarita Arenas Viruez

Un estándar superior de planes de igualdad: más empresas, contenido y controles en la nueva regulación
María José Gómez-Millán Herencia

Una primera aproximación a la nueva regulación jurídica sobre el teletrabajo en las Administraciones públicas: entre las necesidades del servicio público y la imparable digitalización del trabajo
Miren Edurne Terradillos Ormaechea

El Real Decreto-ley 28/2020 sobre el trabajo a distancia: ¿un marco normativo que satisface el ejercicio del derecho de representación de los trabajadores a distancia?
Fernando Fita Ortega

La “conectividad” del trabajador: análisis desde una óptica preventiva
Francisca Fernández Prol

Riesgos psicosociales del trabajo a través de plataformas digitales
Marta Fernández Prieto

La formación dual universitaria: impresiones iniciales
María José Asquerino Lamparero

MERCADO DE TRABAJO

La Economía 4.0 y el cumplimiento de los derechos fundamentales ¿Compatibilidad o trade-off?
Alberto Vaquero García

El fomento de las start ups como vía para la creación de empleo en Andalucía
José Manuel Santos Jaén y Rafael García García

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Universidad de Cádiz. La labor sindical frente a los protocolos de seguridad en el sector de contact center: derecho a la intimidad y a la protección de datos de los usuarios vs derecho a la libertad sindical
Francisca Bernal Santamaría

PODER DE DIRECCIÓN. Universidad de Córdoba. Organización en la empresa y contratación temporal: uso y abuso del contrato eventual en organismos públicos y de obra o servicio en la subcontratación
M^a Luisa Rodríguez Cope

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. Universidad de Granada. Determinación de contingencias y conflicto de competencias: cambio de rumbo en orden al reintegro de gastos sanitarios
Belén Del Mar López Insua y Sara Guindo Morales

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía