

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL

173/2024

Tercer Trimestre

173

---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**173**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Empresa 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, Empresa y Trabajo Autónomo

### VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
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
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
EDOARDO ALES	Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles "Parthenope"

### CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	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 Pablo de Olavide
AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN	Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

### 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 Pablo de Olavide

### SECRETARIA

AMPARO M<sup>a</sup> MOLINA MARTÍN

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

#### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200  
Boletín de suscripción disponible en publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

## 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 delodajalci-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": <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html>

## FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

### 0. CONFIGURACIÓN PÁGINA

Margen superior: 2,5

Margen inferior: 2,5

Margen izquierda: 3,0

Margen derecha: 3,0

Encabezado: 1,25

Pie de página: 1,25

### 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.

Número ORCID del autor, alineado a la 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 expresando 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

Times New Roman 12, a un espacio, sin sangrado

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 indicación concreta en su primer uso a través de paréntesis.

La referencia a artículos dentro de una norma debe efectuarse al final de una frase entre paréntesis. Por ejemplo, la libertad de contratación está presente en el reconocimiento de la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE).

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

Times New Roman 10, a un espacio, sin sangrado.

Las referencias numéricas y de fechas a las normas deben recogerse siempre en notas a pie de página, de modo que en el texto principal aparezca sólo la abreviatura de la norma.

Las referencias a jurisprudencia deben ir en todo caso en las notas a pie de página, sin que deban citarse en el texto principal del trabajo. Las sentencias se citarán del siguiente modo: Tribunal que lo dicta, fecha de la sentencia, número de recurso y referencia ECLI. Por ejemplo, STS 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016, ECLI:ES:TS:2017:1275

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 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 entrecorillados, 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. REMISIÓN

Correo electrónico: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es)

### 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 Y GRATUIDAD

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. Se garantiza la completa gratuidad de la publicación para los autores, que no deberán sufragar cantidad alguna por la edición de sus trabajos.

## COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html>

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 173/2024**

**Tercer Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

La dual vertiente de la incapacidad temporal de nuevo en el punto de mira... CARMEN JOVER RAMÍREZ	11
La Directiva de trabajo en plataformas digitales. Puntos conflictivos y recomendaciones para la trasposición .....	45
ADRIÁN TODOLÍ SIGNES	
De la prevención de riesgos laborales a la promoción de la salud en el trabajo: reflexiones sobre el concepto francés de “calidad de vida y de condiciones de trabajo” .....	75
SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ	
El deber de informar y el derecho a negociar de los representantes de los trabajadores en la nueva era digital: un estudio comparativo de la normativa italiana y el nuevo marco europeo .....	109
RAQUEL COTERILLO LASO	

**2. INFORMES Y DOCUMENTOS**

La negociación colectiva en Andalucía en 2023 .....	153
---	-----

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Universidad de Almería Convenios colectivos y sucesión de empresa: alcance dentro de los grupos de empresa.....	187
LOREDANA MARÍA TRIFAN TRIFAN	

CONDICIONES DE TRABAJO	
Universidad de Sevilla	
La doble vertiente fundamental del derecho a vacaciones y su prevalencia frente a razones de gasto público conforme a la normativa europea.....	207
JUAN PEDROSA GONZÁLEZ	
DERECHO SOCIAL COMUNITARIO	
Universidad Loyola Andalucía	
La inadecuación al derecho comunitario de la extinción automática del contrato por el reconocimiento de la incapacidad permanente total .....	219
M <sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO	
<b>4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN</b>	
Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía .....	231

**LABOUR AFFAIRS**  
**INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE**  
**ANDALUSIAN REVIEW**  
**Nº 173/2024**

*Third Trimester*

**INDEX**

**1. STUDIES**

<i>The dual aspect of temporary disability is once again in the spotlight.....</i>	11
CARMEN JOVER RAMÍREZ	
<i>The Directive on work on digital platforms. Sticking points and recommendations for trasposition.....</i>	45
ADRIÁN TODOLÍ SIGNES	
<i>From occupational risk prevention to occupational health promotion: reflections on the French concept of “quality of life and working conditions” ..</i>	75
SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ	
<i>The duty to inform and the right to negotiate of workers’ representatives in the new digital era: a comparative study of Italian legislation and the new European framework.....</i>	109
RAQUEL COTERILLO LASO	

**2. REPORTS AND DOCUMENTS**

<i>Collective bargaining in Andalusia in 2023.....</i>	153
--	-----

**3. JUDICIAL COMMENTS**

<i>COLLECTIVE LABOUR LAW</i>	
<i>University of Almeria</i>	
<i>Collective agreements and business succession: scope within company groups.....</i>	187
LOREDANA MARÍA TRIFAN TRIFAN	



WORKING CONDITIONS

*University of Seville*

*The two fundamental aspects of the right to holidays and its prevalence over reasons of public expenditure in accordance with European regulations.....* 207

JUAN PEDROSA GONZÁLEZ

COMMUNITY SOCIAL LAW

*Loyola University Andalusia*

*The inadequacy of Community law of the automatic termination of the contract due to the recognition of total permanent incapacity .....* 219

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO

**4. LEGISLATIVE REMARKS**

*Legislation of the Autonomous Community of Andalusia .....* 231





# LA DUAL VERTIENTE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE NUEVO EN EL PUNTO DE MIRA

CARMEN JOVER RAMÍREZ

*Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Cádiz

ORCID: 0000-0001-7096-4487

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Incapacidad temporal, enfermedad, condición de salud, discapacidad, despido

La dual vertiente de la Incapacidad Temporal, como contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social y como causa de suspensión de la relación laboral, vuelve a estar en el punto de mira del legislador como consecuencia de recientes reformas normativas que, bien directa o indirectamente, han incidido sobre aquella. Algunas de tales reformas vuelven a afectar a cuestiones ya “tradicionales” en el régimen jurídico de la Incapacidad Temporal; otras, sin embargo, son resultado de nuevas circunstancias concurrentes y de perspectivas diferentes a las que hasta ahora nos tenía acostumbrados el legislador. Así, la recurrencia a la Incapacidad Temporal como punto referente para garantizar una mejora en el tratamiento de determinadas situaciones patológicas de la salud de las mujeres; la repercusión de las nuevas tecnologías en la Administración, para avanzar en la tramitación procedimental de dicha Incapacidad Temporal en aras de la eficiencia y eficacia y el principio de no discriminación, han abierto un nuevo debate jurídico poliédrico y heteróclito.

## ABSTRACT

**Keywords:** *Temporary incapacity, illness, health condition, disability, dismissal*

*The dual aspect of temporary disability, as a contingency protected by the Social Security System and as a cause of suspension of the labour relationship, is once again in the legislator's sights as a result of recent regulatory reforms which, either directly or indirectly, have had an impact on it. Some of these reforms once again affect 'traditional' issues in the legal regime of temporary disability; others, however, are the result of new circumstances and different perspectives to those to which the legislator has previously been accustomed. Thus, the use of temporary disability as a reference point to guarantee an improvement in the treatment of certain pathological situations in women's health; the impact of new technologies in the Administration, in order to advance in the procedural processing of temporary disability in the interests of efficiency and effectiveness and the principle of non-discrimination, have opened up a new multifaceted and heterogeneous juridical debate.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA ESPECIALIDAD DE NUEVAS SITUACIONES DETERMINANTES DE INCAPACIDAD TEMPORAL
3. NOVEDADES PROCEDIMENTALES Y DE GESTIÓN EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL
4. LOS “RETOQUES” DE LA REFORMA DE 2023 EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL:
  - 4.1. La Inspección Médica del Instituto Nacional de Seguridad Social
  - 4.2. Prórroga ordinaria de carácter automático
  - 4.3. La colaboración en el pago de la prestación
  - 4.4. La disconformidad con el alta médica:
    - 4.4.1. La disconformidad del interesado
    - 4.4.2. La disconformidad de la mutua colaboradora de la Seguridad Social
5. NUEVAS CONSECUENCIAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA RELACIÓN LABORAL
  - 5.1. La derogación del despido por micro-absentismo
  - 5.2. La nulidad (o no) del despido por enfermedad
6. CONCLUSIONES

### 1. INTRODUCCIÓN

El año 1994 constituye un importante punto de inflexión en la hoy denominada Incapacidad Temporal (en adelante, IT) como contingencia protegida del Sistema de Seguridad Social. A través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, la IT emerge como contingencia protegida, aunándose en ella la entonces incapacidad laboral transitoria (ILT) e invalidez provisional, y escindiéndose la maternidad como contingencia independiente. Desde dicha fecha no nos es extraño advertir, de modo casi constante, modificaciones de mayor o menor calado en la IT. Modificaciones que pretenden, fundamentalmente, mejorar la gestión, procedimiento y control de la misma, así como a tenor de ello, minimizar la posibilidad de actuaciones fraudulentas que, siempre amenazantes, sobrevuelan a esta contingencia.

Nuevas reformas se han producido recientemente; reformas que ponen de nuevo en el punto de mira a la IT. Debemos señalar que, pese a que algunas de tales reformas vuelven a incidir sobre cuestiones ya “tradicionales”, son otras las circunstancias concurrentes que han llevado al legislador a detenerse en la IT desde perspectivas diferentes a las que hasta ahora nos tenía acostumbrados. Nos estamos refiriendo, primero, a la recurrencia a la misma como punto referente para garantizar una mejora en el tratamiento de determinadas situaciones patológicas de la salud de las mujeres<sup>1</sup>, lo que ha supuesto la inclusión de las denominadas “situaciones especiales”. Segundo, la repercusión de las nuevas tecnologías en la Administración, con la necesidad de avanzar, como no podría ser de otro modo, en

<sup>1</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 1 de marzo).

la tramitación procedimental de la IT en aras de la eficiencia y eficacia. Tercero, no hemos de olvidar que el carácter dual de dicha contingencia, al ser a la vez causa de suspensión de la relación laboral, hace que la injerencia en esta última haya provocado ciertas consecuencias y repercusiones en la tutela de los derechos fundamentales. Específicamente, la conexión entre enfermedad, discapacidad y despido, ha reclamado el interés de los tribunales, nacionales y comunitarios, así como del propio legislador. Ello se ha traducido, por un lado, en la derogación del artículo 52 d) ET, así como en la posibilidad de apreciar la nulidad del despido por enfermedad en determinadas circunstancias.

Estas cuestiones requieren pues una necesaria una reflexión a fin de conocer el alcance de las mismas, sus posibles consecuencias, tanto en su dimensión laboral como de protección social, y poder ofrecer respuesta a las dudas emergentes, si las hubiera.

## **2. LA ESPECIALIDAD DE NUEVAS SITUACIONES DETERMINANTES DE INCAPACIDAD TEMPORAL**

Las “tradicionales” situaciones determinantes de IT (enfermedad común, accidente no laboral, enfermedad profesional, accidente de trabajo o los periodos por observación de enfermedad profesional), que han venido manteniéndose inalterables desde tiempo atrás, son objeto de ampliación por la LO 1/2023, de 28 de febrero<sup>2</sup>. Dicha Ley introduce modificaciones en la LO 2/2010, de 3 de marzo<sup>3</sup> (en adelante, LOSR), así como en la propia LGSS, dando cabida a las llamadas “situaciones especiales de IT”.

En primer lugar, hemos de destacar la inclusión de un nuevo precepto en la LOSR. Dicha Ley, bajo la rúbrica “Medidas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social sobre la salud durante la menstruación”, dispone que, a fin de conciliar el derecho a la salud con el empleo, se reconoce a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias, el derecho a una situación especial de IT en los términos establecidos por la LGSS (artículo 5 ter). El preámbulo de la LO 1/2023 justifica la inclusión de esta nueva situación especial, con el fin de mejorar el tratamiento de aquellas situaciones patológicas que se proyectan en la salud durante la menstruación, así como dar una regulación adecuada a esta situación patológica con el fin de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral. En aras de dar cumplimiento a la previsión del artículo 5 ter, se modifica por la DF tercera

<sup>2</sup> Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 1 de marzo).

<sup>3</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 4 de marzo).

de la Ley 1/2023, el artículo 169 1 a) LGSS, incluyendo un segundo párrafo en el que se contempla, como situación especial de IT por contingencias comunes, aquella en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria.

Se hace necesario delimitar qué entender por “menstruación incapacitante secundaria”, la cual, si bien es definida en el artículo 2.6 de la LOSR, como aquella situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada, encuentra una referencia más amplia en el propio preámbulo de la LO 1/2023, al mencionar la dismenorrea secundaria asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros.

Evidentemente, la inclusión ahora de dichas dolencias no significa que, con anterioridad a la misma, la alteración de la salud e incapacidad para prestar servicios que dichas causas pudieran originar en la mujer no fueran protegidas, que sí lo eran a través de la IT derivada de contingencias comunes<sup>4</sup>. Tratemos a continuación pues de ver la incidencia que el reconocimiento del carácter especial de esta situación puede tener frente a su configuración como IT, llamemos “ordinaria”.

La primera consideración hemos de realizarla respecto del periodo de carencia, el cual no se exigirá en estos casos (artículo 172 a) segundo párrafo LGSS), lo que lleva a asimilar dicha situación especial a la IT derivada de contingencias profesionales o de accidente no laboral. En cuanto al nacimiento del derecho a prestación económica, en los supuestos en los que procediera su reconocimiento se vuelve a establecer una distinción. Así, en el supuesto de menstruación incapacitante secundaria, la prestación económica se abonará desde el día de la baja en el trabajo y lo será a cargo de la Seguridad Social, por lo que difiere evidentemente del régimen jurídico del abono de la prestación en el supuesto de IT por contingencias comunes que no responda a dicho carácter especial (artículo 173 LGSS).

Particularidad se aprecia igualmente en el no cómputo, a efectos de recaída, de los sucesivos procesos de IT que trajeran consecuencia en la menstruación incapacitante, lo que, evidentemente, trae su razón de ser en la naturaleza periódica de la afección. A tales efectos, se excepcionan como recaída, los procesos por bajas médicas por menstruación incapacitante secundaria, en los que cada proceso se

<sup>4</sup> En este sentido, puede verse la prolija relación de dolencias que, relacionadas con la menstruación secundaria incapacitante, se recogen en el apartado 15 del Manual de Tiempos óptimos de IT, publicados por el INSS ([https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/d24cc76a-e1f4-49b6-b36f-fb8fc00a32a7/Manual+Tiempos+%C3%93ptimos+IT\\_Castellano\\_v4.0\\_Accesibilidad.pdf?MOD=AJPERES](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/d24cc76a-e1f4-49b6-b36f-fb8fc00a32a7/Manual+Tiempos+%C3%93ptimos+IT_Castellano_v4.0_Accesibilidad.pdf?MOD=AJPERES)) Acceso 8 de mayo de 2024.

considerará nuevo, sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de IT y de su posible prórroga (artículo 169.2 segundo párrafo LGSS).

Dicho lo anterior, una cuestión que nos plantea cierta duda es la apreciación de estas particularidades y la concurrencia de estos procesos de IT con aquellos que se contemplan con carácter general derivados de determinadas dolencias directamente relacionadas con la “menstruación incapacitante secundaria”. En la mente del legislador parece atisbarse que la finalidad de la inclusión de esta situación especial no es otra que la de reconocer una especial cobertura a dichas afecciones durante los días del mes que corresponda, dando pues una previsión a dicha duración<sup>5</sup>, sin tener en cuenta que algunas de las dolencias que puedan originar esa “menstruación incapacitante secundaria” aparecen previstas con una duración diferente y más amplia frente a la que parece preverse de solo varios días en el lapso de un mes. A modo de ejemplo, una descripción tan amplia como “dolor y otras afecciones asociadas a órganos genitales femeninos y al ciclo menstrual”, prevé un tiempo estándar de 14 días o “menstruación excesiva y frecuente con ciclo irregular” (que podría ser o no incapacitante secundaria), 10 días<sup>6</sup>.

A la vista de lo señalado, entendemos que, para apreciar esta situación de IT como especial se requerirá que haya un previo diagnóstico de alguna de las dolencias incapacitantes, las cuales, como parece apreciarse, cubren un amplio espectro. Es decir, puede darse el caso de que una dolencia relacionada con la menstruación no secundaria exija un periodo previo de cotización frente a otra que no lo requerirá, aun teniendo aquella una previsión de mayor duración que esta. Igualmente, la excepción del cómputo a efectos de la recaída, creemos que no solo abarca al ciclo mensual (previsión de 4 días) sino a todo el lapso temporal que corresponda, por lo que pueden ser lapsos más amplios que pueden repetirse, por ejemplo, cada tres semanas.

Lo expuesto no es sino una reflexión sobre la complejidad jurídica y práctica de esta situación especial, la cual, a nuestro parecer, podría haber sido simplificada reconociéndose con carácter general a la menstruación incapacitante, indiferentemente de primaria o secundaria, ya que lo que determina el nacimiento de la IT es la alteración de la salud que imposibilita la prestación de servicios. Si la finalidad, como se señalaba, es la protección de dicha situación patológica, cuando esta revista tal carácter así será protegida, indistintamente de cuál pueda ser el origen de la misma. Lo contrario, creemos que llevará en la práctica, o bien a una

<sup>5</sup> Se afirma por algunos autores que “el carácter del proceso no debería superar los cuatro días”. En este sentido, Trillo García, A., “Configuración y desfiguración de la Incapacidad Temporal” en *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social, Tomo I, Libro Homenaje al Profesor Tortuero Plaza* (J.L. Monereo, Dir.), Laborum, 2024, p.423

<sup>6</sup> Manual de Tiempos óptimos de IT, publicados por el INSS, op.cit (Códigos CIE-10: N92 1, N94, respectivamente).



complejidad que dejará vacía de contenido la medida, o bien a una laxa aplicación de la misma. Consecuencia ello, a nuestro parecer, de un mal hacer del legislador.

En segundo lugar, junto a la situación especial por “menstruación incapacitante secundaria”, la LO 1/2023 introduce dos situaciones especiales relacionadas con la gestación: su interrupción y el inicio de la trigésimo novena semana de aquella. Así, dicha Ley dispone que los servicios públicos de salud garantizarán la regulación de una situación especial de IT para la mujer que interrumpa, voluntariamente o no, su embarazo, en los términos establecidos en la LGSS (artículo 7 bis e). Por su parte, el mismo precepto reconoce como situación especial de IT, la de la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación (artículo 7 bis f). A tales efectos, la LGSS reconoce situaciones especiales de IT, la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, así como la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena (artículo 169.1 a) segundo párrafo).

En cuanto al origen de estas tres situaciones especiales, podemos señalar que es común, pues así lo señala expresamente el legislador al indicar que se trata de “situaciones especiales de IT por contingencias comunes”, salvo que la interrupción del embarazo fuera debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de IT por contingencias profesionales. Origen común que ha de tomarse con las debidas cautelas respecto de la aplicabilidad del régimen jurídico que, con carácter general, se aplica en tales casos (a excepción del supuesto de accidente no laboral que, pese a ser común su origen, se exceptiona del requisito previo de cotización). Y ello, a tenor de la ausencia del requisito de cotización previa en el supuesto de menstruación incapacitante, así como si la interrupción es ajena a una contingencia profesional.

Señalar igualmente, en cuanto al pago de la prestación, que, en la menstruación incapacitante, como indicábamos, la prestación económica se abonará desde el día de la baja en el trabajo y lo será a cargo de la Seguridad Social. En los otros dos supuestos especiales, la prestación económica será abonada desde el día siguiente a la baja y a cargo de la Seguridad Social, correspondiendo al empresario asumir la prestación salarial del día de baja. Ello asimila estas dos últimas situaciones a una IT derivada de contingencias profesionales, pese a que a la hora de su configuración como situaciones determinantes de IT solo lo hace el legislador respecto de la interrupción del embarazo con origen en contingencia profesional.

El reconocimiento de estas nuevas situaciones especiales hace necesario detenerse en el posible tránsito entre prestaciones. A este respecto, y en lo concerniente a la duración del subsidio, el legislador introduce en mención al tránsito entre la situación especial derivada de la 39ª semana de gestación, riesgo durante embarazo y prestación por nacimiento (artículo 173.2 LGSS). Evidentemente, no procederá la prestación por IT especial si antes del inicio de

dicha 39ª semana, la trabajadora había iniciado una suspensión por riesgo durante embarazo que estuviera vigente al inicio de dicha semana, por lo que en este caso no se apreciará aquella contingencia. Por su parte, en el caso de que, al inicio de dicha semana, la trabajadora estuviera en activo comenzará el percibo de la prestación económica por IT especial, la cual se extinguirá el día del parto, al iniciarse el percibo de la prestación por nacimiento; lo que hemos de entender, sin perjuicio de que la trabajadora hubiera optado por iniciar la suspensión por nacimiento antes de producirse el parto<sup>7</sup>, ya que la cuantía de esta prestación (salvo mejora voluntaria de la IT) es superior a la que corresponde por IT. Más complejo pudiera ser el tránsito entre una IT derivada de enfermedad común con origen en la gestación y el inicio de la 39ª semana. Un sector de la doctrina aboga por la continuidad de la IT ordinaria<sup>8</sup>, solución por la que optaríamos siempre que el paso a la situación especial no originara beneficio alguno para la mujer embarazada, por ejemplo, el que se contemplara en convenio colectivo alguna mejora voluntaria de la prestación en tales casos especiales.

Una reflexión creemos ha de hacerse también respecto de la situación especial de interrupción involuntaria del embarazo<sup>9</sup> y la prestación por nacimiento al amparo de la previsión del artículo 8.4 segundo párrafo del RD.295/2009, de 6 de marzo<sup>10</sup>. Este precepto asimila al fallecimiento del hijo, el supuesto de pérdida, aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días. Es por ello que creemos pueden plantearse distintas opciones: a) Si la interrupción del embarazo involuntaria se produjera antes de los ciento ochenta días señalados, la contingencia protegida sería la IT especial b) Si dicha interrupción ocurriera transcurridos dichos 180 días, la situación protegida podría ser tanto una como otra, teniendo en cuenta que para la protección de la IT especial no sería necesario periodo de cotización previa que sí se podría exigir (dependiendo de la edad de la beneficiaria) para la

<sup>7</sup> Recordar a estos efectos la previsión del artículo 48.4 sexto párrafo ET: “No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto”.

<sup>8</sup> Trillo García, A., “Configuración y desfiguración de la Incapacidad Temporal...”, op.cit., p.427.

<sup>9</sup> Se hace mención únicamente a la interrupción involuntaria pues los plazos previstos en los artículos 14 y 15 a) y b) LOSR, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, no alcanzan el tiempo aquí referido. Respecto del apartado c) del artículo 15 LOSR, la no estipulación de plazo puede, dependiendo de cuál sea este, la inclusión o no en el supuesto analizado.

<sup>10</sup> Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE del 21). Entendemos que en tanto no hay una derogación expresa de esta disposición reglamentaria, solo se derogará tácitamente lo que contrarie disposiciones posteriores y/o superiores. Derogación tácita que, a la fecha, entendemos no se ha producido respecto del precepto citado.

prestación por nacimiento. Reuniendo, si se necesitara, el requisito de cotización para la prestación por nacimiento, entendemos que la situación protegida que procedería sería la correspondiente al nacimiento del menor, dado que esta supone una prestación económica más elevada que la correspondiente a la IT especial. Ahora bien, creemos que la interesada, a tenor de sus circunstancias personales, tendrá la opción de reconducir la situación a una u otra contingencia (IT especial por interrupción voluntaria del embarazo o nacimiento del menor).

Tras lo expuesto, podemos señalar que la inclusión de estas nuevas situaciones especiales ha ido más allá del simple reconocimiento de las mismas como situaciones determinantes de IT, particularizándose determinadas cuestiones como los requisitos exigidos a las beneficiarias para tener derecho a la correspondiente prestación económica o el nacimiento y duración de esta. Respecto de los requisitos exigidos, el legislador solo exige periodo de cotización previa en el supuesto de la 39ª novena semana de gestación, eximiendo de dicho requisito en el caso de interrupción del embarazo y de menstruación incapacitante. Periodo de cotización que no asimila al exigido a la IT derivada de enfermedad común sino al exigido para la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Ciertamente, la existencia de cotización previa en el avanzado periodo de gestación no casa con la defensa del derecho a la salud de la mujer que se refleja en el preámbulo de la LO 1/2023, de 28 de febrero. La exigencia de ese requisito supondrá obligar a la mujer, en avanzado estado de gestación que carezca de dicho periodo de cotización, a continuar desempeñando su prestación de servicios si quiere evitar una desprotección económica pues, la deriva hacia una situación de IT por contingencia común exigiría cumplir igualmente con un requisito previo de cotización, y, salvo en el caso de que la edad de la mujer fuese inferior a 21 años, también lo sería para acceder a la protección por nacimiento. Así pues, entendemos que, dado que una vez producido el nacimiento, la mujer contaría con protección económica del sistema, bien en su modalidad contributiva o asistencial, la respuesta a la protección de la salud de la mujer, que tan profusamente es defendida en el preámbulo de la LO 1/2023, debería haber contemplado el reconocimiento de la protección económica desde dicha semana sin exigencia de cotización previa, actuando pues como “puente económico” hasta el momento del parto.

En cuanto al ámbito de aplicación de tales situaciones especiales en otros regímenes de la Seguridad Social distintos del RGSS al que se refieren los preceptos indicados, la LO 1/2023, introdujo mención expresa respecto del Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar; la Seguridad Social de las fuerzas armadas; Seguridad Social del personal al servicio de la administración de justicia y Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado<sup>11</sup>. Sin embargo, el silencio

<sup>11</sup> Respectivamente, D.F undécima: Modificación de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (BOE de 22 de octubre); D.F. cuarta: Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social

normativo respecto de otros regímenes como el RETA o el Régimen especial de la minería del carbón ha hecho necesario un pronunciamiento expreso del INSS<sup>12</sup>. La interpretación ofrecida a tenor del artículo noveno del RD.1273/2003, de 10 de octubre<sup>13</sup>, así como del artículo 5.2 del Decreto 298/1973, de 8 de febrero<sup>14</sup>, ha llevado a afirmar por dicha entidad que, puesto que la normativa específica de ambos regímenes hace una clara remisión a la aplicación de lo dispuesto en el RGSS, se considera que las modificaciones normativas que afectan a las nuevas situaciones especiales de IT son igualmente aplicables al RETA y al REMC.

A modo de conclusión, señalar, bajo nuestro punto de vista, que la inclusión de tales situaciones especiales como determinantes de la contingencia de IT ha supuesto un “galimatías jurídico”. Esa adjetivación como “especiales” de dichas situaciones parece querer justificar la ruptura con el régimen jurídico de la IT “no especial”. La inclusión de dichas situaciones especiales en la contingencia de IT, si así quería haberse realizado, debería respetar, a nuestro entender, el régimen jurídico para dicha contingencia establecido y si el mismo no respondía a la finalidad de protección querida por el legislador, optar por la inclusión *ad hoc* de una contingencia independiente que incluyera las tres situaciones especiales, tal y como ya había hecho en situaciones como la corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Contingencia esta última con una ridícula justificación y proyección si la comparamos con las analizadas situaciones especiales relacionadas con la salud de la mujer. Máxime cuando la opción vigente supone volver a aunar la naturaleza

de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio (BOE de 14 de junio); D.F. quinta: Modificación del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (BOE de 28 de junio); D.F. sexta: Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio (BOE de 28 de junio).

<sup>12</sup> Criterio de gestión 14/2023, de 1 de junio, de la Subdirección General de ordenación y asistencia jurídica del INSS. Materia: Situaciones especiales de IT.

<sup>13</sup> Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia (BOE de 22 de octubre): Artículo noveno: “La prestación económica por incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que sea la contingencia de la que derive, se regirá por lo previsto en este capítulo y, en lo no regulado en él, por lo establecido en el Régimen General, sin perjuicio de las especialidades previstas con respecto a las situaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional”.

<sup>14</sup> Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero): Artículo quinto dos: “Las prestaciones y demás beneficios que comprende la acción protectora de este Régimen Especial serán los mismos que los del Régimen General y se aplicarán con la misma extensión, forma, términos y condiciones que en aquél, sin otras particularidades que las que resulten de lo dispuesto en el presente Decreto o en sus normas de aplicación y desarrollo”.

femenina con la enfermedad, cuestión tan discutida y que parecía superada a tenor de la consideración de la maternidad como contingencia independiente (hoy protección por nacimiento), sin olvidar que en toda maternidad biológica existe un periodo de tiempo de suspensión y protección directamente relacionado con la salud de la mujer<sup>15</sup>.

### **3. NOVEDADES PROCEDIMENTALES Y DE GESTIÓN EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL**

La LPAC<sup>16</sup> disponía ya en su preámbulo que, si bien tanto su antecesora la LRJPAC<sup>17</sup> como la LACCCSP<sup>18</sup> ya habían sido conscientes del impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones administrativas, estableciéndose en esta última el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, y la obligación de éstas de dotarse de los medios y sistemas necesarios para que ese derecho pudiera ejercerse, aún era necesario continuar avanzando en ello, no pudiendo ser la tramitación electrónica una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debería constituir la actuación habitual de las Administraciones. Grandes avances de buenas intenciones se han realizado desde 2015. El Plan de digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025, como elemento principal del componente 11 del PRTR<sup>19</sup>, pretende continuar mejorando la eficiencia y eficacia de las Administraciones Públicas, contemplando así dentro de su eje 2, “Proyecto de alto impacto en la digitalización del sector público”, concretamente en su medida 13, la “transformación digital...en Seguridad Social”. Dicho Plan se incardina dentro de la iniciativa “España Digital 2026”, contemplándose especialmente en dicha iniciativa la automatización de sistemas especialmente empleados por la GISS (Gerencia Informática de la Seguridad Social) o en la interoperabilidad entre el INSS y otros organismos públicos.

<sup>15</sup> La doctrina ya venía abogando por “imputar a la maternidad y no a la incapacidad temporal los episodios que afecten a la gestación”, abordando así un concepto unitario de maternidad, Sempere Navarro, A.V. *et alrii*, “Hacia un nuevo modelo de gestión de IT”, *FIPROS*, 2005, [https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7ed517a0-9ad5-49d2-aaa1-7375ebf9f19a/F\\_2005\\_23.pdf?MOD=AJPERES](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7ed517a0-9ad5-49d2-aaa1-7375ebf9f19a/F_2005_23.pdf?MOD=AJPERES), p.186

<sup>16</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre).

<sup>17</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre).

<sup>18</sup> Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE de 23 de junio).

<sup>19</sup> Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (<https://planderecuperacion.gob.es/plan-espanol-de-recuperacion-transformacion-y-resiliencia>).

En este “*iter* tecnológico”, se promulga el RD 1060/2022, de 27 de diciembre<sup>20</sup>, en aras de ofrecer, según se indica en este, eficiencia y eficacia a algunos de los aspectos procedimentales y de gestión de la IT.

Hemos de recordar que el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio se aplicará, durante los primeros trescientos sesenta y cinco días, a los procesos de IT, cualquiera que sea la contingencia determinante, en los que se encuentren quienes estén incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, por desarrollar un trabajo o actividad por cuenta ajena o propia; quedando excluidos los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas, de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado y del personal al servicio de la Administración de Justicia (artículo 1).

La protección social de carácter económico, así como, si procede, el efecto suspensivo sobre la relación laboral que acompaña a la contingencia de IT, requiere determinados actos que pongan en marcha la maquinaria burocrática necesaria para el reconocimiento y concesión de dicha protección al beneficiario. El primer eslabón lo constituye la declaración de la baja médica, la cual se formulará en el denominado “parte médico de baja”. El órgano competente para la emisión de dicho parte será o bien el médico del servicio público de salud que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado<sup>21</sup> o, los servicios médicos de una mutua colaboradora de la Seguridad Social<sup>22</sup> o los servicios médicos de la empresa colaboradora<sup>23</sup>.

El RD.1060/2022 no introduce modificación relevante en cuanto a los plazos de emisión de los partes de baja y de confirmación según la modificación realizada en 2017<sup>24</sup>; más allá de la adecuación terminológica de sustituir la expresión “trabajador” por “persona trabajadora” y prever la posibilidad para el facultativo

<sup>20</sup> Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, 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 (BOE de 5 de enero).

<sup>21</sup> Reconocimiento que, de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2. del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, permitirá la determinación objetiva de la IT para el trabajo habitual y, a cuyo efecto, el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo.

<sup>22</sup> En el caso de que la causa de la baja médica sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y el trabajador preste servicios en una empresa asociada, para la gestión de la prestación por tales contingencias, a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, o se trate de un trabajador por cuenta propia adherido a una mutua para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de las mismas contingencias.

<sup>23</sup> Cuando se trate de trabajadores asegurados por su propia empresa, en virtud de la colaboración prevista en el artículo 102.1.a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>24</sup> Artículo 3.2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

del órgano competente que emite el parte de baja o confirmación, de fijar la correspondiente revisión médica en un plazo inferior al que con carácter general se establece en dicho precepto, atendiendo a la duración estimada de los procesos en cuestión. Criticable es, a nuestro juicio, la técnica legislativa aquí utilizada por el legislador al introducir completo el apartado 3 del artículo 2 del RD.625/2014, para tan nimia modificación. Quizás hubiera sido más acertado hacer simplemente mención a dicho cambio terminológico y a la inclusión del nuevo párrafo, en lugar de obligar al jurista a indagar en un farragoso análisis de un precepto que se mantiene intacto en la modificación normativa, salvo lo señalado.

Relevante sí es, a los efectos de agilización procedimental, la modificación de la tramitación del parte médico de baja, confirmación y alta. Con antelación a la modificación introducida en 2022, una vez expedido por el facultativo el parte médico de baja, confirmación o alta, el interesado recibía dos copias del mismo, una copia para el propio interesado y otra con destino a la empresa. Copia esta última que el interesado debía entregar a la empresa en el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición, en el caso del parte médico de baja y de confirmación y dentro de las veinticuatro horas siguientes, si se trataba de parte de alta. La entrega de esta copia se haría ante la entidad gestora o la mutua, según correspondiera, si durante el período de baja médica se hubiese producido la finalización del contrato de trabajo.

Al amparo de la modificación introducida por el RD.1060/2022, desaparece la obligación del interesado en cuanto a la entrega de los partes indicados. Así, el interesado recibirá únicamente su copia del parte. A partir de dicho momento, el interesado es ajeno a la “tramitación del procedimiento”. Su hasta ahora papel activo en la continuación del procedimiento será asumido por el servicio público de salud, o en su caso por la mutua o por la empresa colaboradora, en los términos siguientes.

Servicio público de salud, mutua o empresa colaboradora (atendiendo a quien hubiera expedido el parte en cuestión) asumen la obligación de remitir al INSS, por vía telemática, los datos contenidos en los partes médicos. Dicha remisión debe realizarse de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente a su expedición<sup>25</sup>. Hemos de señalar en este punto, la excepción prevista en la OESS/1187/2015, de 15 de junio, en cuanto al plazo señalado<sup>26</sup>. En dicha Orden se prevé que, cuando el facultativo no dispusiera de los medios indicados en el

<sup>25</sup> Artículo 7. 1.segundo párrafo del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, según nueva redacción dada por el RD.1060/2022, de 27 de diciembre.

<sup>26</sup> Artículo 9.1. segundo párrafo de la OESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, 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 (BOE de 20 de junio), modificada por Orden ISM/2/2023, de 11 de enero (BOE de 13 de enero).



párrafo anterior (mención que ha de entenderse realizada a medios telemáticos), las actuaciones se llevarán a cabo a través de los partes médicos en soporte papel en los modelos establecidos; si bien, sí se prevé expresamente la remisión telemática al INSS de los datos correspondientes de dichos partes, en el plazo de los dos días hábiles siguientes a su expedición.

Una vez recibidos dichos datos por el INSS, será esta entidad gestora la competente para comunicar a la empresa (salvo, que se tratara de empresa colaboradora, dado que es ella la que ha remitido los datos en cuestión), los datos identificativos de carácter administrativo relativos a los partes médicos (según corresponda, de baja, confirmación o alta). Obligación que habrá de cumplir en el primer día hábil siguiente al de su recepción<sup>27</sup>.

En los supuestos de baja médica, se mantiene la obligación para la empresa, ya prevista con anterioridad a la reforma, de transmitir (antes remitir) al INSS, a través del sistema RED, los datos previstos en el anexo III de la OESS/1187/2015, de 15 de junio (con anterioridad, la empresa venía obligada a cumplimentar en el parte de baja, confirmación o alta, los datos que le correspondieran). Obligación que habrá de cumplir con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados desde la recepción de la comunicación de la baja médica. Se excluye expresamente dicha obligación cuando la persona trabajadora pertenezca a algún colectivo respecto del que la empresa o empleador no tenga obligación de incorporarse al sistema RED. En este caso, la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, tras la reforma operada en 2023, prevé que dichas comunicaciones se practicarán por medios electrónicos, a través del servicio correspondiente de la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones (SEDESS), de acuerdo con lo previsto en la regulación de las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social, cuando el destinatario esté obligado a su utilización o hubiese optado por ella; realizándose, en otro caso, la comunicación mediante correo ordinario, sin perjuicio de la puesta a disposición a través del citado servicio de forma simultánea.

La simplificación de la tramitación se incorpora igualmente en el supuesto de expedición de parte médico de alta por el inspector médico del INSS o del ISM, conforme a lo previsto en el artículo 170.1 o en la DA Primera 4 LGSS. En este caso, corresponden a tales entidades trasladar los datos contenidos en dicho parte de alta, al servicio público de salud o, si corresponde, a la mutua. Comunicación que habrá de realizarse de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de dicha expedición. Así pues, desaparece la obligación para la persona trabajadora de entregar copia del parte médico de alta a la empresa, recibiendo él únicamente su copia como interesado, sin perjuicio de la previsión normativa de

<sup>27</sup> Artículo 7. 2.primer párrafo del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y artículo 10 OESS/1187/2015, de 15 de junio, según nueva redacción dada por Orden ISM/2/2023, de 11 de enero.



que el inspector médico le exprese la obligación de incorporarse al trabajo el día siguiente al de la expedición. A estos efectos, podemos señalar que el legislador ha perdido la oportunidad de corregir la imprecisa o inadecuada redacción de la fecha de incorporación, pues no en todo caso dicha incorporación podría proceder el día siguiente de la expedición del parte médico de alta, dado que dicho día puede ser no laborable con carácter general o no serlo para la persona trabajadora a tenor, por ejemplo, de los turnos que ella pudiera tener asignados en su prestación de servicios. Por ello, quizás hubiera sido más adecuado, a fin de evitar dudas interpretativas, señalar que la obligación de incorporarse lo sería en el primer día laboral según correspondiera a la persona trabajadora. Asimismo, en estos casos corresponderá a la entidad gestora comunicar a la empresa para su conocimiento, respecto de la persona trabajadora, aquellos datos meramente administrativos del parte médico de alta emitido, como máximo en el primer día hábil al de su expedición.

Corresponde al INSS dar el trámite correspondiente a los partes médicos y a los datos comunicados por las empresas, atendiendo a las particularidades procedimentales y de gestión previstas; dando cumplimiento a lo previsto en cuanto a su relación con el ISM, mutuas y las obligaciones para con la TGSS<sup>28</sup>.

Hemos de señalar que las modificaciones indicadas, en cuanto eliminan a la persona trabajadora como parte activa en la tramitación de los partes médicos, tienen también su repercusión, como no podía ser de otro modo, en el ámbito de la relación laboral. Así, venía siendo común la tipificación en Convenio Colectivo como falta disciplinaria, la no entrega del trabajador del parte médico de baja en el tiempo establecido<sup>29</sup>. La desaparición de dicha obligación ha supuesto la inclusión de nuevos incumplimientos como falta disciplinaria, mayoritariamente calificadas como leves. Faltas disciplinarias en las que se tipifica la no comunicación o no notificación de la ausencia o inasistencia al trabajo por causa justificada, salvo la imposibilidad de hacerlo; en algunos casos estableciendo un plazo límite posterior y, siendo más dudosa su procedencia en el caso que nos ocupa, con un tiempo de antelación<sup>30</sup>.

¿Supone la tipificación de dicha conducta el establecimiento de una obligación para el trabajador relacionada con su situación de IT, pese a que el legislador ha

<sup>28</sup> Artículo 7.3 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y artículo 13 OESS/1187/2015, de 15 de junio.

<sup>29</sup> Recordemos que el artículo 7.1 RD.625/2014, de 18 de julio, preveía en su redacción anterior a la reforma que “en el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición de los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, el trabajador entregará a la empresa la copia destinada a ella”.

<sup>30</sup> A modo de ejemplo, III CC del Grupo Acciona Energía (Resolución de la DGT de 9 de mayo de 2024, BOE de 21 de mayo), que tipifica como falta leve “no cursar en tiempo oportuno el justificante de ausencia correspondiente cuando se falte al trabajo por motivos justificados, a no ser que se pruebe la imposibilidad de haberlo efectuado”; CC de TK elevadores España, SLU, para Madrid y Valencia (2024-2027) (Resolución de la DGT de 9 de mayo de 2024, BOE de 20

eliminado la obligación referida? Ciertamente, así es. Sin embargo, no hemos de olvidar la repercusión que sobre la relación laboral y sobre la organización productiva tiene la ausencia del trabajador. Bien es cierto que el empleador recibirá dicha comunicación directamente desde la entidad responsable en los plazos establecidos, pero nada obsta a ello, volvemos a insistir, dada la repercusión sobre la organización empresarial, la comunicación del trabajador en IT desde el momento en que se reconozca dicha situación, con el fin de evitar posibles perjuicios al empresario como consecuencia de las demoras en las gestiones administrativas.

#### **4. LOS “RETOQUES” DE LA REFORMA DE 2023 EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL**

Como señalamos en nuestra introducción, el legislador es reticente a olvidarse de la IT en las diferentes reformas promovidas en materia de Seguridad Social. Prueba de ello es el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo<sup>31</sup> que pese a, según se deduce de su denominación, tener como objetivo primordial nuestro sistema de pensiones, no elude la ocasión para modificar algunos aspectos de la IT. Ciertamente, no son en este caso modificaciones de envergadura- de “retoques” en el procedimiento lo ha calificado algún sector de la doctrina<sup>32</sup>- pero que no por ello dejan de suponer un nuevo giro, principalmente en lo que a la asunción de competencias se refiere, teniendo pues un alcance mayor<sup>33</sup>.

de mayo), con la misma calificación: “no notificar con carácter previo o en su caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la falta, la razón de la ausencia al trabajo, a no ser que pruebe la imposibilidad de haberlo hecho”; VII CC general de ámbito nacional del sector de aparcamientos y garajes (Resolución de la DGT de 6 de mayo de 2024, BOE de 17 de mayo) que califica como leve, “la no comunicación con cuarenta y ocho horas como mínimo de antelación, de cualquier falta de asistencia al trabajo por causas justificadas, a no ser que se acredite la imposibilidad de hacerlo”; CC Sav-Dam-Ideser UTE XXII Almozara (BOP Zaragoza de 25 de mayo de 2024), tipifica como falta leve, “no cursar en tiempo oportuno la baja correspondiente cuando se falte al trabajo por motivos justificados, a no ser que se pruebe la imposibilidad de haberlo efectuado”; CC de la empresa Car Tour S.A (BOCM de 25 de mayo de 2024), igualmente leve: “no comunicar con carácter previo una ausencia aún por motivo justificado, a no ser que se pruebe la imposibilidad de haberlo efectuado”.

<sup>31</sup> Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE de 17 de marzo).

<sup>32</sup> En este sentido, Fernández Orrico, Fco. J., “Reforma de las pensiones públicas y otros cambios de seguridad social por Real Decreto-Ley 2/2023”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264/2023, p. 9.

<sup>33</sup> En este sentido, González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., “El Real Decreto-Ley: las reformas en materia de ámbito subjetivo, prestaciones y sostenibilidad del sistema”, *Trabajo y Derecho*, nº 105/ 2023, p.5.

#### 4.1. La Inspección Médica del Instituto Nacional de Seguridad Social

La “inspección médica del INSS” (en adelante, IMINSS) adquiere relevancia en la asunción de determinadas funciones y se erige con entidad propia más allá de las referencias antes existentes a los inspectores médicos a ella adscritos. Así, hasta el cumplimiento del plazo de duración de 365 días corresponden a aquella las mismas competencias que a la Inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, tanto para emitir un alta médica, a todos los efectos, como para considerar que existe recaída en un mismo proceso. Si bien dicha competencia ya venía siendo atribuida al INSS, la referencia lo era a “los inspectores médicos adscritos a dicha entidad”, siendo ahora esta mención sustituida por la inspección médica de tal entidad. Igualmente, será dicha inspección médica la competente (como lo venían siendo hasta ahora, sus inspectores médicos) para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología en los 180 días siguientes a aquella alta médica expedida desde el INSS.

Igualmente, en relación a las competencias de control de los procesos de IT una vez agotado el plazo de duración de 365 días, será la IMINSS, la única competente para emitir el alta médica por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, con propuesta de incapacidad permanente o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por dicha entidad gestora. De igual modo, la citada inspección médica será la única competente para emitir una nueva baja médica, en los mismos términos que ya estaban previstos, es decir, en la situación de IT, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica. Si bien la atribución de competencia al INSS a estos efectos, ya venía recogida con anterioridad a esta reforma, no así el mismo órgano que dentro del INSS la tenía atribuida. Hasta la fecha, la misma venía siendo atribuida a los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador. Si bien, según se señala en el preámbulo del RD-Ley, dicha intervención no se estima necesaria, ya que la necesidad de asistencia sanitaria e impedimento para trabajar no implica para su comprobación una cualificación técnico-jurídica que haga necesaria la participación de profesionales distintos al facultativo médico.

Debe señalarse que la Inspección médica asumirá las funciones indicadas no solo en el ámbito del RGSS sino también en aquellos regímenes especiales en que así se dispusiera (DA primera 4 LGSS). No obstante lo señalado, en aquellas CCAA donde el INSS aún no disponga de inspección médica, y hasta tanto no se constituya y entre en funcionamiento la misma, las referencias a ella efectuadas se entenderán realizadas al órgano que realice las mismas funciones en dicha Comunidad Autónoma (DT 37ª LGSS).

## 4.2. Prórroga ordinaria de carácter automático

Relevante es la inclusión de prórroga automática en aquellos procesos de IT en los que, transcurridos los primeros 365 días del proceso, no se emite alta médica. En estos casos, se supondrá que el trabajador se encuentra en la prórroga de 180 días prevista en el artículo 169 1 a), al presumirse que, dentro de ese periodo puede ser dado de alta médica por curación o mejoría (artículo 170. 2 segundo párrafo LGSS). Lo que, a nuestro juicio, supone únicamente una minoración de los trámites administrativos en aras de la eficacia y agilidad procedimental, al evitarse un acto expreso para prorrogar en estos casos la IT, ya que la posibilidad de esta prórroga ordinaria sí estaba prevista en el artículo 169 mencionado. Será necesario analizar los efectos que dicha automaticidad puede tener sobre la duración de los procesos con el fin de comprobar si, la posible ausencia de alta médica lo es por inconvenientes en la gestión o por una real necesidad de prórroga motivada por la continuidad de la dolencia<sup>34</sup>.

## 4.3. La colaboración en el pago de la prestación

Otro de los aspectos modificados por el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo es el lapso temporal de asunción de obligaciones respecto del pago de la prestación en virtud de la colaboración obligatoria, en aquellos casos en los que se produce el alta médica (artículo 170. 2 tercer párrafo LGSS). Así, con anterioridad a la reforma, dicha obligación cesaría el día en que se dictara resolución por el INSS acordando el alta médica y pasando, por tanto, dicho subsidio a abonarse directamente por la entidad gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social durante el periodo que media entre la fecha de la citada resolución y su notificación al interesado. La nueva redacción del precepto, por un lado, matiza los supuestos de alta médica a los que se refiere, es decir, alta médica por curación, por mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos, y por otro, dispone que dicha colaboración obligatoria se mantiene hasta que se notifique el alta al interesado y, en el supuesto de expedición de alta médica con propuesta de IP (que se individualiza como causa de extinción, lo que aporta coherencia a la redacción del precepto), hasta el último día del mes en el que el INSS haya expedido dicho alta. En el supuesto en el que se cumpla el periodo máximo de 545 días, dicha colaboración obligatoria en el pago, finaliza en todo caso en dicha fecha.

<sup>34</sup> Como datos meramente ilustrativos, la duración media de los procesos de IT finalizados en febrero de 2024, fue de 41,89 días, a diferencia de la correspondiente a febrero de 2023, de 35,58 días. Evidentemente, la complejidad de los factores implicados no permite una conclusión indubitada pero sí una llamada de atención para el análisis y la reflexión (Datos obtenidos en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/EST46>).

No obstante, se mantiene expresamente que, en caso de colaboración voluntaria de las empresas, conforme a lo previsto en el artículo 102 1 a) LGSS, estas mantendrán el pago de la prestación a su cargo, hasta la fecha en que se notifique al interesado el alta médica, o la resolución por la que se extinga el derecho al subsidio (incluido en este caso, la prolongación de efectos económicos de la IT en el caso de alta médica con propuesta de IP o en el supuesto del transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días)<sup>35</sup>. En concordancia con lo indicado, se excluye la mención que el precepto anterior hacía al apartado b) de dicho artículo 102. 1, ya que dicha remisión a la colaboración obligatoria es innecesaria a tenor de la nueva redacción del párrafo tercero del artículo 170.2 LGSS.

#### **4.4. La disconformidad con el alta médica**

##### *4.4.1. La disconformidad del interesado*

El proceso de disconformidad del interesado con el alta médica emitida, previsto en el actual artículo 170.3 LGSS (antes de la reforma, artículo 170.2), continúa en esencia el mismo *iter* que con anterioridad a la reforma de 2023, más allá de las menciones ya indicadas en otros preceptos, en cuanto a la IMINSS en lugar de a los inspectores médicos adscritos a dicha entidad, la clarificación del proceso al enunciar individualmente las distintas causas posibles del alta y discernir dicha situación de la prórroga de la IT (alta médica por curación, por mejoría o por incomparecencia a los reconocimientos médicos), así como una mejor sistematización y redacción que ofrece coherencia a dicho procedimiento frente a la anterior previsión normativa del artículo 170.2 LGSS.

Así, baste recordar que, la IMINSS, hasta el cumplimiento de los trescientos sesenta y cinco días de los procesos de IT, ejercerá las mismas competencias que la inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, tanto para emitir un alta médica, como para considerar que existe recaída en un mismo proceso. Si dicha alta médica fuese expedida por la IMINSS, esta será la única competente para emitir una nueva baja médica, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días siguientes a dicha alta médica (artículo 170.1 LGSS). Una vez transcurrido el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días, dicha inspección médica sí será la única competente para emitir el alta médica, ya lo sea por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por dicha entidad gestora o, en su caso, por alta médica con propuesta de IP; reiterándose en estos casos, igualmente, la competencia única de dicha inspección médica para emitir una nueva baja médica por misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica.

<sup>35</sup> Artículo 170. 2 cuarto párrafo LGSS.

Adviértase que, pese a ser la misma atribución de competencias la que corresponde a la IMINSS, en cuanto a la nueva baja médica que se produzca por la misma o similar patología, el legislador mantiene una previsión diferente en cuanto al cómputo del plazo; refiriéndose en el primer caso, a los “ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica” y, en el segundo caso, “a los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica”. Ello puede originar una duda interpretativa al amparo de lo señalado en el artículo 30.2 LPAC, en el que se establece que “siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos”. Es pues el dilema interpretativo, o bien se entiende en el primer caso que lo son naturales, pues así se dispone expresamente en el segundo de los supuestos, o, por aplicación de la LPAC se entiende que han de ser hábiles, y, por tanto, será la duración del proceso de IT en relación a el alta médica emitida por la IMINSS, la que determine el carácter hábil o natural de los días. Creemos que la ausencia de la calificación natural o hábil de los días en el primer supuesto, es un olvido del legislador; si bien, hubiera sido el momento de subsanar dicha omisión, habida cuenta que matizaciones terminológicas –y de menor envergadura- son las que parecen prevalecer en esta materia en el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo.

Dicho lo anterior, se reconoce al interesado (como ya estaba previsto) la posibilidad de manifestar su disconformidad con el alta médica – ya lo sea por curación, por mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos- emitida por la IMINSS, una vez agotado el plazo de duración de los trescientos sesenta y cinco días. Dicha disconformidad se manifestará, en el plazo máximo de cuatro días naturales, ante la Inspección Médica del Servicio Público de Salud (en adelante, IMSPS).

Ante la disconformidad del interesado, la IMSPS tiene tres opciones: a) Confirmar la decisión médica de la IMINSS y, por tanto, adquiriendo plenos efectos dicha alta médica. b) No realizar pronunciamiento expreso alguno a este respecto, lo que supondrá que igualmente el alta médica adquiera plenos efectos una vez transcurridos once días naturales siguientes a la fecha de la resolución. c) Discrepar del criterio de la IMINSS. En este caso, la IMSPS podrá proponerle a la IMINSS, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de su decisión, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. La IMINSS deberá pronunciarse expresamente a este respecto; pronunciamiento expreso que podrá suponer, o bien la confirmación del alta médica (para lo que deberá aportar las pruebas complementarias pertinentes en los que fundamente su decisión), o bien su reconsideración, debiendo ser (confirmación o reconsideración) notificada al interesado y comunicada a la IMSPS. Dicho pronunciamiento expreso debe realizarse, según señala el precepto normativo, en los siete días naturales siguientes a contar, según se deduce pues no se señala en el mismo expresamente, desde la recepción de la disconformidad.

Evidentemente, el planteamiento de esta disconformidad incide sobre la situación de IT. A tales efectos, se prevé que dicha situación es prorrogada, en los supuestos de confirmación (bien expresa o tácita), entre la fecha del alta médica y aquella en la que esta produzca sus efectos. Hubiera sido deseable que el legislador mencionara de forma expresa dicha fecha de producción de efectos, ya que ello conlleva la obligación para el trabajador de reincorporarse a su puesto de trabajo. Así hemos de presumir, a tenor de lo indicado, que el momento de producción de los efectos será la fecha de notificación de la confirmación del alta médica (sin que se fije plazo para emitir dicha confirmación), y, por tanto, el trabajador deberá reincorporarse el día hábil inmediato posterior o bien, el duodécimo día siguiente a la fecha de el alta médica expedida (pues, como se ha señalado, transcurridos los once días naturales siguientes a la resolución, esta produce plenos efectos).

En el supuesto de discrepancia de la IMSPS, la reconsideración del alta por la IMINSS supondrá evidentemente la prórroga de la IT a todos los efectos y la continuidad del proceso, conforme a lo legalmente previsto. Por el contrario, si la IMINSS se reafirmara en dicha alta médica, la prórroga solo alcanzará hasta la fecha de la última resolución. Quizás hubiera sido más adecuado indicar “hasta la fecha de notificación de la última resolución”, con el fin de evitar que posibles demoras en dicha notificación origine el problema en relación a la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. Si la fecha de la resolución va a determinar la extinción de la prestación económica de IT, el día siguiente a dicha fecha debería ser la de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo con el fin de percibir su remuneración pertinente sin solución de continuidad. Pero, ¿qué ocurre en ese lapso de tiempo posible entre la fecha de resolución emitida y su notificación? Si el legislador ha tenido a bien introducir dicha matización en el artículo 175.5 LGSS, respecto de la prolongación de efectos económicos de la IT hasta notificación de la resolución que califica la IP, en idénticos términos debería haberlo hecho en este caso, no olvidando la dimensión dual (laboral y de protección social) de la IT.

Ahora bien, la conexión del posible planteamiento de esta disconformidad con la prórroga automática de carácter tácito analizada en el anterior apartado, ha hecho necesario que el INSS se pronuncie expresamente en el Criterio de gestión 12/2023 sobre el momento en el que se puede iniciar dicho procedimiento de disconformidad<sup>36</sup>. Así se señala que, si no hubiera prórroga, el trabajador podrá iniciar el procedimiento de disconformidad frente al alta médica emitido por el INSS una vez agotados los 365 días, lo que supone que solo frente al alta médica emitida por la IMINSS el día 366 (o inmediato hábil posterior) pueda el interesado manifestar su disconformidad conforme al artículo 170.3 LGSS. Una interpretación de lo señalado en el Criterio técnico mencionado hace presuponer que, si no se expide el alta médica el día 366 del proceso o el inmediato hábil

<sup>36</sup> Criterio de gestión 12/2023 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.



posterior, se prorrogará la situación de IT que, si bien, no empece a que el alta médica por curación, mejoría o incomparecencia, sea emitida a partir del día 367, en cuyo caso no procedería la disconformidad ante la IMSPS, sino directamente la reincorporación al trabajo y, en su caso, la vía judicial prevista en el artículo 140 LRJS. Lo expuesto hace que nos planteemos, en relación con la previsión normativa anterior a la reforma, si es dicha consecuencia la que efectivamente ha querido el legislador o bien, al reconocer esa prórroga tácita transcurridos los 365 días no ha calibrado las consecuencias que ello pudiera tener respecto de la emisión posterior de dicha alta médica y la judicialización de la impugnación de las mismas. O, ¿realmente lo ha utilizado como medida disuasoria de impugnación de el alta médica al abocar al interesado a la vía judicial, si el alta médica se emite una vez se haya iniciado la prórroga tácita? Con anterioridad a la reforma, agotado el plazo de 365 días se exigía un pronunciamiento expreso sobre la prórroga o, en su caso, el alta médica por alguna de las causas enunciadas, con lo que el interesado sabía, transcurrido ese periodo, en qué situación se encontraba. Confiemos pues en la real agilización y celeridad del procedimiento en el que, si procedieran, se emitiera efectivamente el alta médica en el plazo que permita al interesado mostrar su disconformidad frente a la misma conforme a lo establecido en el artículo 170.3 LGSS, sin cercenar las posibilidades que tenía reconocidas con anterioridad a la reforma.

#### *4.4.2. La disconformidad de la mutua colaboradora de la Seguridad Social*

La reforma de 2023 incide también en las facultades atribuidas a la mutua en la gestión de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes respecto de la formulación de propuestas de alta médica, en aquellos casos que consideren que el beneficiario podría no estar impedido para el trabajo<sup>37</sup>. El procedimiento previsto no sufre en esencia modificación alguna de relevancia, más allá de algunas matizaciones terminológicas en las que el legislador se detiene, tales como la sustitución de la expresión, “la misma” por “de esta” (lo que entendemos puede responder más al gusto del redactor que a la aclaración del precepto), lo que hace de nuevo criticar la técnica legislativa de incorporar exhaustivamente un precepto cuando es nimia-en cuanto a su exhaustividad- la modificación del precepto que solo afecta al último párrafo del mismo.

Así pues, la modificación en esta materia afecta a las posibilidades conferidas a la mutua ante dicha propuesta de alta médica. En tanto con anterioridad a la reforma, se otorgaba a la mutua la posibilidad de solicitar al INSS la emisión del parte de alta, tanto cuando esta hubiera sido desestimada por la IMSPS como en caso de silencio de esta, la reforma elimina dicha posibilidad en aquellos casos en los que se haya desestimado la propuesta de alta, manteniendo únicamente

<sup>37</sup> Modificación del artículo 82 4 b) último párrafo LGSS.



dicha opción para la mutua en el caso en el que, excepcionalmente, la IMSPS no hubiera contestado en la forma y plazos establecidos. Asimismo, se matiza el plazo previsto para resolver esta solicitud: estableciéndose expresamente un plazo de cinco días hábiles desde el siguiente a la recepción de dicha solicitud frente a los cuatro anteriormente previstos (en los que además no se preveía su carácter hábil). La excepcionalidad del silencio de la IMSPS parece esconder la obligatoriedad de responder expresamente por parte de la IMSPS a la propuesta de alta formulada desde la mutua.

Como puede colegirse de lo expuesto, la reforma no es baladí ya que la misma elimina para la mutua la opción de proponer el alta médica ante el INSS cuando la propuesta de aquella sea desestimada por la IMSPS, lo que supone pues que en tales procesos la última palabra respecto del alta médica en caso de disconformidad entre la mutua y el SPS, la tiene este último, eliminándose la posibilidad de que el INSS pueda valorar la procedencia de dicha alta médica propuesta desde la Mutua. Y así expresamente se recoge en el preámbulo del RDL: “se elimina la posibilidad de que las mutuas puedan dirigirse al INSS, en caso de que el servicio público de salud haya desestimado la propuesta de alta”.

## **5. NUEVAS CONSECUENCIAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA RELACIÓN LABORAL**

Desde la promulgación del ET en 1980<sup>38</sup>, la enfermedad se ha contemplado como causa de suspensión de la relación laboral, bien a través de la entonces ILT, así enunciada en el artículo cuarenta y cinco uno c) de aquel texto legal o, en la actualidad, a través de la IT prevista en el mismo precepto del vigente ET<sup>39</sup>. Igualmente, el texto de 1980 reconocía, como causa de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, las faltas de asistencia al trabajo en las condiciones allí previstas<sup>40</sup>. Causa de extinción que se ha mantenido –sin perjuicio de

<sup>38</sup> Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 14 de marzo).

<sup>39</sup> 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 del 24).

<sup>40</sup> Artículo 52 d): El contrato podrá extinguirse: d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el cinco por ciento en los mismos periodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.

modificaciones en su redacción- hasta su derogación en 2020<sup>41</sup>. A lo anterior, ha de adicionarse la promulgación en 2022 de la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación (en adelante, LITND)<sup>42</sup>, en la que se reconoce que nadie podrá ser discriminado por razón de enfermedad o condición de salud (artículo 2.1). Previsión esta última que, unida a lo establecido en el artículo 26 de dicha Ley, “son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley”, ha sembrado el “germen de la discordia” sobre la posible nulidad del despido por enfermedad.

Así pues, los últimos hitos normativos han supuesto una nueva marejada para la relación entre la enfermedad y la relación laboral, tanto por la derogación del despido por micro-absentismo como por la posible apreciación de un despido nulo por enfermedad, cuestiones estas sobre las que nos detendremos a continuación.

### 5.1. La derogación del despido por micro-absentismo

El derogado artículo 52 d) ET preveía, en relación directa con la cuestión aquí analizada, la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes, en un porcentaje determinado<sup>43</sup>. No obstante, entre dichas faltas de asistencia no serían computadas, por lo que atañe a nuestra materia, las ausencias debidas a accidente de trabajo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, o enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tuviera una duración de más de veinte días consecutivos, ni las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda, ni las ausencias que obedecieran a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Pese a las excepciones contempladas respecto de aquellas ausencias que derivadas de enfermedad pudieran justificar la extinción de la relación laboral, el legislador estima la necesidad de proceder a la derogación de dicho precepto. Las razones justificativas de tal extinción son expuestas en el Preámbulo de la Ley derogatoria en el que, partiendo de la jurisprudencia comunitaria y del TC se intenta justificar la procedencia de dicha derogación. En dicho preámbulo, pese

<sup>41</sup> Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE del 16).

<sup>42</sup> Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE del 13).

<sup>43</sup> Concretamente, que dichas faltas alcanzaran el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

a que el legislador toma conciencia de la razón justificativa de la existencia del precepto en el que entiende se ampara “el legítimo interés de la empresa a contar con la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del proyecto empresarial y no tener que asumir los costes”, se contraponen el derecho de las personas trabajadoras a no ser penalizadas por circunstancias personales de las que no son responsables.

Una mirada a la jurisprudencia comunitaria y constitucional señalada por el legislador en el preámbulo mencionado, pone en duda, desde nuestro punto de vista, la tajante argumentación defendida por el legislador para derogar dicho precepto; confundiendo ciertos conceptos que han llevado a una intervención legislativa que, quizás, no fuera la más acorde para dar respuesta a la concurrencia de los intereses contrapuestos en un supuesto como este, entre trabajador y empresario. Evidentemente, aunque parece que el legislador no lo aprecia así, no puede confundirse enfermedad con discapacidad, pues no a toda enfermedad le es inherente una discapacidad ni toda discapacidad tiene porque suponer sobre el trabajador efectos similares a los de una enfermedad o dolencia<sup>44</sup>. Por tanto, las matizaciones son importantes. Y, segundo, resulta igualmente discutible, la perspectiva de género alegada por el legislador en el preámbulo de la Ley derogatoria. A tal efecto, se señala que la ausencia aún de mecanismos suficientes de conciliación en los supuestos de fuerza mayor, así como para la efectiva corresponsabilidad, puedan suponer que dicho artículo 52 d) ET legitime la expulsión del mercado de trabajo a las personas cuidadoras, de ahí que su inmediata supresión resulte presupuesto imprescindible para la configuración de un nuevo contexto en el que la conciliación y la corresponsabilidad constituyan un referente imprescindible.

Debe tenerse en cuenta que la derogación de dicho precepto es anterior a la LITND, que analizaremos en el siguiente apartado en la relación enfermedad, discapacidad, discriminación y despido, ciñéndonos en este apartado únicamente a los argumentos esgrimidos para la derogación del precepto normativo mencionado, sin perjuicio que lo aquí señalado constituya una premisa básica para el análisis posterior.

El TJUE en el asunto Ruiz Conejero<sup>45</sup> creemos que ofrece una serie de pautas interpretativas al legislador que requerirían de este una respuesta pro activa más allá de la mera derogación del precepto. Los intereses contrapuestos señalados han inclinado la balanza hacia una de las partes de la relación laboral obviando los intereses de la otra. ¿Cuál es la medida que se ofrece al empleador frente al micro-absentismo justificado? Medidas que serán de todo caso legítimas al amparo de lo señalado por el propio TJUE en el asunto Conejero al disponer que “combatir

<sup>44</sup> En este sentido, recogiendo la jurisprudencia del TJUE, Álvarez del Cuvillo, A., “La calificación del despido por enfermedad tras la ley 15/2022: una cuestión controvertida”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación* (Guerrero Padrón, T. Dir.), Laborum, 2024, p.45

<sup>45</sup> STJUE de 18 de enero de 2018 (C-270/16).

el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b) i) de la Directiva 2000/78<sup>46</sup>, dado que se trata de una medida de política de empleo. Es del todo claro y evidente que no procedería, a tenor de lo indicado por el TJUE, el cómputo de aquellas faltas de asistencia que estuvieran motivadas por la discapacidad, entendida esta en los términos señalados por la jurisprudencia comunitaria<sup>47</sup>, que hace suya la definición de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>48</sup>, es decir, limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores<sup>49</sup>. Y así, expresamente lo señala el TJUE al indicar que el artículo 2.2 b) i) de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, si bien, y he aquí a nuestro juicio una matización importante, “cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador” y salvo que, “dicha normativa tenga finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”.

A tenor de lo señalado es por lo que creemos que el legislador español optó por la vía sencilla de la derogación. A nuestro juicio, otra debería haber sido la actuación de aquél, buscando una nueva redacción del precepto en el que verdaderamente se hubiera recogido el equilibrio de intereses y dado respuesta a la jurisprudencia comunitaria que, a nuestro entender, contempla expresamente la opción de incluir medidas contra el micro-absentismo como medidas de política de empleo. Máxime cuando no debe existir una equiparación entre los conceptos de discapacidad y enfermedad. Así lo ha señalado el propio TJUE al indicar que así lo ha querido el propio legislador comunitario, al optar por el término discapacidad y no el de enfermedad en la Directiva 2000/78, por lo que es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Artículo 2.2 b) i) de la Directiva 2000/78: “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

<sup>47</sup> A modo de ejemplo: STJUE de 9 de marzo de 2017 (C-406/15, Asunto Milkova).

<sup>48</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Instrumento de ratificación por España de 9 de abril de 2008 (BOE del 21).

<sup>49</sup> STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y 337/11, Asuntos acumulados Danmmark). Más recientemente, STJUE de 10 de febrero de 2022 (C-485/20, Asunto XXXX).

<sup>50</sup> STJUE de 11 de julio de 2006 (C-13/05, Asunto Chacón Navas).

Si bien, como indicábamos, la cuestión enfermedad, discapacidad y despido no ha quedado solventada con la derogación del artículo 52.2 d) ET, sino que la promulgación de la LITND ha puesto de nuevo en el debate jurídico la cuestión.

## 5.2. La nulidad (o no) del despido por enfermedad

La LITND dispone que nadie podrá ser discriminado, entre otras razones, por discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (artículo 2.1). Asimismo, se dispone que el derecho protegido por esta ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas indicadas, quedando así prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad (artículo 4.1). No obstante, se señala expresamente que no se considera discriminación, la diferencia de trato basada en alguna de tales causas cuando esta estuviese derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. Específicamente, en el empleo por cuenta ajena, no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas, entre otras condiciones en lo relativo, al despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo (artículo 9.1). Como garantía del derecho reconocido, se reconoce la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, entre ellas pues las relacionadas con discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (artículo 26.1).

Plurales y diversas son las consideraciones que deben hacerse a tenor de estos preceptos normativos y que hacen difícil ofrecer una única solución al caso que nos ocupa: la discapacidad, la enfermedad o la condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, como causa de extinción del contrato de trabajo. La doctrina ha venido analizando de manera exhaustiva la terminología utilizada, apreciando, en su caso, las posibles diferencias de matiz que puede traer consigo el que el legislador haya querido utilizar cada una de tales situaciones personales mencionadas, por ejemplo, la disyuntiva “enfermedad o estado de salud”<sup>51</sup>. No solo son diferentes los términos mencionados, sino que también diferentes pueden ser las situaciones que las mismas originen en la persona

<sup>51</sup> Apreciando o bien la diferencia entre uno y otro hecho, Gordo González, L., “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, Vol.4, p.113. O bien, dando un tratamiento unitario a ambas menciones: Aguilera Izquierdo, R., “El despido del trabajador en situación de IT, tras la entrada en vigor de la ley 15/2022”, *Trabajo y empresa, Revista de Derecho del Trabajo*, Vol.2, nº 2, 2023, p.70.

trabajadora. Quiere ello decir que no siempre la concurrencia de una de ellas han de desembocar en todo momento en una situación de IT, pudiendo serlo también de forma no continua o intermitente y, pudiendo, por ende, ver la persona trabajadora extinguida su relación laboral estando en situación de IT como consecuencia de su concurrencia o solo por esta última sin IT.

Es por ello que creemos necesario avanzar que toda extinción de relación laboral relacionada con alguna de las causas enunciadas requerirá, a nuestro modo de ver, una apreciación individualizada de todas las circunstancias concurrentes, antes de poder ofrecer la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo. En aras de concretar el dilema, nos centraremos en el debate jurídico más actual, cual es la calificación como nulo del despido en una situación de IT (excluyendo aquellos supuestos respecto de los que la jurisprudencia ya había clarificado antes de la LITND su carácter discriminatorio: enfermedades estigmatizadoras; discapacidades en el sentido defendido por el TJUE; las que conectaban directamente con el derecho a la integridad física de la persona y aquellas que se vinculan con el sexo de la afectada – es decir, que tienen su causa en el embarazo, el parto o la lactancia-)<sup>52</sup>. Discusión entre la doctrina judicial y académica que a la fecha no ha encontrado una manifestación unívoca.

Evidentemente, ni el despido ni la IT son categorías jurídicas nuevas que no hubieran ya concurrido con anterioridad en un supuesto como el señalado y que, por tanto, ya venían originando el pronunciamiento de los tribunales al respecto<sup>53</sup>. Sin embargo, como decíamos, la LITND adiciona un elemento nuevo a valorar y a tener en cuenta y que parece ofrecer un cambio en lo hasta ahora existente. Como premisa, debe señalarse que la calificación del despido por enfermedad como nulo no se ha incluido de manera expresa en el ET, si bien el carácter transversal de la Ley exige valorar cuál es el impacto de la LITND sobre el despido cuando la persona esté en IT<sup>54</sup>. Un sector de la doctrina entiende que la LITND es clara a la hora de permitir la calificación como nulo de aquella extinción que trae su causa en la enfermedad<sup>55</sup>, en tanto que otro sector entiende que ello requiere una valoración

<sup>52</sup> Un análisis al respecto en: Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A., “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación”, *Trabajo y Derecho*, nº 110, 2024, pp. 9-11.

<sup>53</sup> Vid. *in extenso*: Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A., “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal...”, *op.cit.*, pp. 9-11.

<sup>54</sup> Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A., Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A., “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal...”, *op.cit.*, p. 11.

<sup>55</sup> Agustí Maragall, J., “La nueva ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: El fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social, Revista de la Comisión de los Social de Jueces y Juezas para la democracia*, nº 235, 2022, p.9: “Una de las consecuencias inmediatas de la entrada en vigor, desde el pasado 14 de julio, de la nueva ley es que todo despido por causa de enfermedad o condición de salud (incluyo en estas dos palabras, por brevedad, las cuatro causas discriminatorias por razón de la salud) deberá volver a ser declarado

más detallada, apreciándose en cada caso las circunstancias concurrentes, principalmente que, efectivamente, quede acreditada la discriminación por dicha causa, es decir, el despido durante la IT no es automáticamente nulo<sup>56</sup>. En esta última posición parecen alinearse, los primeros pronunciamientos judiciales<sup>57</sup>, si bien la evolución de tales pronunciamientos parece ir atisbando algo de luz al respecto, a falta de, a la fecha, jurisprudencia unificadora del TS.

Como premisa básica, debe señalarse que los pronunciamientos recientes de los TSJ son claros a la hora de afirmar que no todo despido durante una situación de IT pueden ser *per se* calificado como despido nulo. La nulidad solo podrá ser apreciada, como señalábamos, cuando, al amparo de lo establecido en el artículo 55.5 ET, el despido tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, concretamente, en este caso, la enfermedad de la que esté afecta la persona trabajadora.

Así pues, la apreciación de una causa justificativa del despido lleva a los tribunales a no considerar la nulidad del despido cuando, por ejemplo, el despido disciplinario está justificado por ofensas verbales de la persona trabajadora<sup>58</sup> o, cuando la resolución en periodo de prueba responde efectivamente a la inadecuada realización de las tareas encomendadas a la persona trabajadora o de las circunstancias profesionales de la misma<sup>59</sup>, sin perjuicio de que la no apreciación de circunstancias concurrentes que justifiquen la resolución en periodo de prueba sí determinen la apreciación de la nulidad del despido durante la IT de la persona trabajadora, máxime cuando la previa conversión en indefinida de la relación laboral “en buena lógica solo puede entenderse con el hecho de que la empresa estaba plenamente satisfecha con el rendimiento de la trabajadora”<sup>60</sup>. En el mismo sentido, en aquellos casos en los que se justifique la concurrencia de causas ETOP, que suponen la concurrencia “de un elemento objetivo que permite

*nulo*”. En el mismo sentido, el autor en “El despido por enfermedad o condición de la salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y judiciales), *Jurisdicción Social, Revista de la Comisión de los Social de Jueces y Juezas para la democracia*, nº 243, 2023, p.19.

<sup>56</sup> En este sentido, Galán Gutiérrez, C.J., “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, nº extraordinario, 2023, p. 295; Goñi Sein, J.L., “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, nº 1, 2022, p.20.

<sup>57</sup> A este respecto, resulta interesante el estudio jurisprudencial ofrecido por Aguilera Izquierdo, R., “El despido del trabajador en situación de IT ...”, *op.cit.*, pp.80-86

<sup>58</sup> STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2024, rec.181/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:291; STSJ de País Vasco de 29 de febrero de 2024, rec. 47/2024, ECLI:ES:TSJPV:2024:351

<sup>59</sup> SSTSJ de Cantabria de 12 de abril de 2024, rec.158/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:253; ECLI:ES:TSJAR:2024:375 y de 20 de marzo de 2024, rec.101/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:222.

<sup>60</sup> STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2024, rec.173/2024, ECLI:ES:TSJAR:2024:375.



presumir que el cese del trabajador derivó de una causa totalmente ajena al móvil discriminatorio<sup>61</sup>. Asimismo, la no concurrencia de causa justificativa alguna de la extinción de la relación laboral, pese a la existencia de un proceso de IT de la persona trabajadora, no lleva a la calificación de nulidad del despido sino a su improcedencia cuando queda acreditada que la decisión extintiva en ningún caso guardó relación con dicho proceso de IT al probarse el desconocimiento de la empresa respecto de la salud del trabajador y el inicio de procedimiento de IP, tras la reincorporación de aquel a su puesto de trabajo y la realización y desarrollo de su prestación de servicios con absoluta normalidad<sup>62</sup>. Sin embargo, sí se aprecia la nulidad del despido al no concurrir otra causa justificativa de la extinción, cuando esta se entiende que se ha producido como reacción de la empresa a un proceso de IT, dado que “una vez dado de alta el trabajador y sin prestación efectiva de servicios fue despedido (salvado el paréntesis de las vacaciones) sin solución de continuidad”<sup>63</sup>.

Si bien es cierto que a la fecha no existe sentencia con pronunciamiento expreso del TS, algunos de los Autos dictados por este en procedimiento de recurso de casación para la unificación de doctrina en los que se declara la inadmisión de dicho recurso, ofrecen algunas conclusiones a este respecto. Así, se tiene en consideración la concurrencia de causas económicas en algunos casos frente a otros en los que no o la existencia de un solo proceso de IT o de sucesivos<sup>64</sup>; o si la extinción de la relación, dado su carácter temporal, es previsible con antelación al proceso de IT<sup>65</sup>; o la apreciación de causas justificativas de la extinción de la relación laboral (ineptitud sobrevenida o disminución voluntaria y continuada en el rendimiento) o la fundamentación única y exclusiva en la situación de IT (obligaciones empresariales de cotización y abono de prestación y mejoras)<sup>66</sup>.

Al hilo de lo señalado, mostramos nuestras cautelas a la hora de afirmar con carácter generalizado que todo despido durante IT haya de ser calificado como nulo. Tal y como se ha señalado por un sector de la doctrina, no nos encontramos ante una causa de nulidad automática como las previstas en los apartados a), b) y c) del artículo 55.5 ET, sino que ha de reconducirse al supuesto general previsto en el primer párrafo de dicho precepto en el que se señala la concurrencia de móvil discriminatorio, con las exigencias y requerimientos a ello inherentes. Así pues,

<sup>61</sup> SSTSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024, rec.95/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:207 y de 18 de marzo de 2024, rec.6/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:196

<sup>62</sup> STSJ de Asturias de 6 de febrero de 2024, rec.1832/2023, ECLI:ES:TSJAS:2024:260

<sup>63</sup> STSJ Castilla-León de 22 de marzo de 2024, rec.240/2024, ECLI:ES:TSJCL:2024:1279

<sup>64</sup> ATS de 5 de marzo de 2024, rec.3335/2023, ECLI:ES:TS:2024:2644A

<sup>65</sup> ATS de 6 de marzo de 2024, rec.1784/2023, ECLI:ES:TS:2024:2889A

<sup>66</sup> AATS de 3 de abril de 2024, rec.2517/2022, ECLI:ES:TS:2024:4566A; de 20 de marzo de 2024, rec.1021/2023, ECLI:ES:TS:2024:3798A; de 17 de abril de 2024, rec.718/2023, ECLI:ES:TS:2024:4894A.



coincidimos en afirmar que el despido de una persona trabajadora en IT, sin ninguna otra causa que lo justifique, puede ser entendido como discriminatorio (y, por ende, nulo) si, volvemos a insistir, el móvil del despido no ha sido otro que la enfermedad del trabajador. Circunstancia esta que, a la vista de los pronunciamientos de los tribunales, también ha de ser apreciada a la luz del comportamiento empresarial y de la intencionalidad del mismo, la cual puede ser totalmente ajena a dicha enfermedad y, por tanto, conducir a la calificación como improcedente del despido por la ausencia de causa, pero no a su nulidad por discriminación.

Ahora bien, decimos “sin ninguna otra”, porque será necesario valorar la incidencia que dicha enfermedad puede tener sobre la organización empresarial. No olvidemos que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, así como la ineptitud sobrevenida son causas contempladas en nuestro ET como causas objetivas de extinción de la relación laboral; sabiendo, evidentemente, que la concurrencia de estas exige el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y entre los que, al menos hasta ahora, no están expresamente contempladas las consecuencias negativas que sobre dicha organización pudiera tener la asunción de los costes derivados de la enfermedad de un trabajador, máxime tras la derogación del artículo 52 d) ET. Ahora bien, ¿está el debate jurídico abierto a admitir que el coste excesivo que puede suponer para un empleador la enfermedad de la persona trabajadora pueda justificar la extinción de la relación laboral? La respuesta nos parece obvia a tenor, no solo de la derogación del artículo 52 d) ET y la no inclusión de medidas que equilibraran los intereses entre trabajador y empresario, sino de la previsión de la derogación de la IP como causa de extinción de la relación laboral prevista en el artículo 49 1 e) ET<sup>67</sup>.

Algunos preceptos de la propia LITND pueden arrojar respuestas a este respecto. Concretamente, dicha Ley establece que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública” (artículo 2.3), indicándose que no se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (artículo 4.2). Dicha fundamentación jurídica ha sido utilizada por los tribunales para entender que el artículo 2.3 excepciona tres supuestos en los que la diferencia de trato por razón de enfermedad

<sup>67</sup> Anteproyecto de Ley por la que se modifica el ET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/20240521-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx>

no tendría naturaleza discriminatoria o ilícita. Dichas excepciones serían: a) El propio proceso de tratamiento de la enfermedad, b) las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades y c) las limitaciones exigidas por razones de salud pública. Siguiendo esta consideración, procede lo que algunos tribunales han denominado “el test de aplicación en casos de enfermedad”, que ayudará a determinar si el despido ha tenido como móvil dicha enfermedad. Dicho test exige comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido; determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad y, en caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria. Entendiendo, como indicábamos que, aunque el móvil sea la enfermedad o condición de salud, queda excluida la antijuridicidad si procede la aplicabilidad de los preceptos mencionados (artículos 4.2 y 2.3. LITND)<sup>68</sup>.

Lo expuesto nos lleva a acuciar al legislador a incluir en la materia, la obligatoriedad de la adopción de los “ajustes razonables” ante una situación como la planteada. ¿Por qué el artículo 6 LITND solamente hace referencia a los “ajustes razonables” en el supuesto de discapacidad?<sup>69</sup>; ¿podríamos entender al amparo de lo establecido en el artículo 4.1 de dicha Ley que cualquier persona atendiendo a su discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, puede solicitar dichos ajustes razonables?<sup>70</sup>.

Así pues, creemos que el debate interpretativo y las posibles opciones interpretativas se han planteado porque el legislador ha sembrado el germen para ello: la derogación del despido por micro-absentismo, la inclusión de las causas enunciadas como posibles causas de discriminación y el caso omiso a las matizaciones ofrecidas desde el TJUE y desde el TC, demandando las respuestas normativas pertinentes- ajustes razonables exigibles al empresario y/o medidas de política de empleo contra el micro-absentismo, han llevado a judicializar una cuestión que podría haber contado con alternativas previas que facilitarían el normal

<sup>68</sup> En este sentido, entre otras: STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023, rec.118/2023, ECLI:ES:TSJM:2023:4970; SSTSJ de Cantabria de 18 de marzo de 2024, rec.6/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:196; de 20 de marzo de 2024, rec.101/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:222; de 25 de marzo de 2024, rec.95/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:207; de 12 de abril de 2024, rec.158/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:253; ECLI:ES:TSJAR:2024:375; de 19 de abril de 2024, rec.181/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:291.

<sup>69</sup> Artículo 6.1 a) segundo párrafo LITND: “...se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

<sup>70</sup> Artículo 4.1 segundo párrafo: “Se consideran vulneraciones de este derecho (a la igualdad de trato y no discriminación) ...la denegación de ajustes razonables”.

desarrollo de una relación laboral y el equilibrio de intereses, *per se* contrapuestos pero no irreconciliables. Específicamente, abogamos por la inclusión de tales “ajustes razonables” a esas nuevas causas que incluye la LITND y no referentes exclusivamente a la discapacidad enunciada. Teniendo en cuenta lo propugnado a este respecto por el TC, “cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables ...su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite...la respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada...ya que, de lo contrario, incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho”. Yendo el TC a ampliar la obligación del empleador más allá de las posibles peticiones recibidas al indicar que “la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se solicite expresa y formalmente...alcanza también a los supuestos en que...quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento (de dicha discapacidad)”<sup>71</sup>.

Una vez más las cortas miras del legislador, ofuscado en la visión social y humanista a favor de una sola de las partes afectadas, obviando el interés de la contraparte, han desembocado en un laberinto pendiente de solventar y al que creemos se debe dar una rápida respuesta, como decimos, desde ambas perspectivas. Un sendero, y creemos que adecuado, es el que ya vienen marcando los pronunciamientos de los tribunales a los que nos hemos referido.

## 6. CONCLUSIONES

Las últimas actuaciones del legislador en el ordenamiento jurídico laboral y de protección social continúan poniendo de manifiesto el carácter multifacético y arduo de la IT. Dichas actuaciones no solo han incidido en las tradicionales cuestiones problemáticas que desde tiempo atrás circundan a la misma (principalmente, aspectos procedimentales y de gestión) sino que han venido a entrelazarse con la perspectiva de género y el principio de no discriminación.

Las cuestiones “tradicionales” sobre las que las últimas reformas han recalado (principalmente en lo correspondiente a la tramitación telemática y la ausencia del trabajador como sujeto activo en la misma) no deja de plantearnos dudas en cuanto a la eficiencia de las mismas y su posible repercusión en la relación laboral. La tramitación telemática y los plazos breves establecidos en cuanto a la emisión y comunicación de los partes médicos supone, sin lugar a dudas, una respuesta eficaz en los aspectos procedimentales de la contingencia. Por ello, mostramos nuestra preocupación ante un posible incumplimiento de plazos por situaciones

<sup>71</sup> En este sentido, destacar la STC 51/2021, de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:51), en cuyo Fundamento Jurídico 4 se analiza la procedencia de “los ajustes razonables” en relación al derecho a no ser discriminado por motivo de discapacidad en el empleo”.

imprevistas ajenas a las partes implicadas y que puedan suponer un escollo para esa eficiencia perseguida. No en vano, el legislador, pese a la reforma “telemática”, mantiene en alguna ocasión la referencia al ya casi obsoleto “uso de papel”, cuando entiende que ello pueda ser exigido por las circunstancias sobrevenidas.

Mayor es nuestra incertidumbre en lo que corresponde al conocimiento por parte del empleador de la situación de IT de sus trabajadores, al haber desaparecido la obligación para este de entregar los partes médicos. De ahí que entendamos coherente la inclusión de la obligación de comunicación que, con carácter general, está siendo prevista en los convenios colectivos. La referencia a días hábiles que se señala en la tramitación del proceso de los partes médicos, puede dejar *in albis* ciertos días al empleador al no preverse la inmediatez que creemos se requiere a los efectos de responder a una posible suplencia del trabajador incapacitado temporalmente. De nuevo, la buena fe contractual que preside la relación laboral permitirá evitar los posibles inconvenientes y trabas inherentes a la burocratización, entendemos que inevitable, que circunda a la IT.

Nuestra crítica a la inclusión de las “situaciones especiales” de IT, en las que el legislador ha creado un régimen jurídico especial dentro de esta que pone de manifiesto un caótico resultado que, a nuestro entender, hubiera podido resolver mediante una prestación *ad hoc* para la salud de la mujer trabajadora, en la que se hubiera analizado con mayor precisión la repercusión de las mismas en el seno de la ya existente acción protectora del Sistema de Seguridad Social. No se puede legislar sin una visión holística, tan necesaria, aún más si cabe, en un mundo tan complejo como el de las relaciones laborales y la protección social.

La vertiente laboral de la IT y la enfermedad en su origen vuelve a hacer mella en nuestro ordenamiento jurídico laboral como consecuencia de la inclusión expresa de esta como posible causa de discriminación. Conceptos como enfermedad, discapacidad, ineptitud o incapacidad permanente y su incidencia sobre la relación laboral han originado un exhaustivo análisis desde la jurisprudencia comunitaria al albor de la normativa comunitaria. Ello ha supuesto un revulsivo en el ordenamiento jurídico nacional que sigue, a la fecha, intentando cerrar las fallas que se han producido en el mismo como consecuencia de la interacción entre tales instituciones: enfermedad, discapacidad, discriminación y despido.

La problemática emergente en algunas de las cuestiones aquí analizadas, demanda, a nuestro entender, una más pausada actuación por parte del legislador, un mayor conocimiento y reflexión de la red que configura el ordenamiento jurídico laboral y de protección social, una búsqueda de equilibrio para los intereses de las partes implicadas, una visión futura de las consecuencias reactivas que puedan producirse. El legislador debe tener en consideración que el ordenamiento jurídico laboral y de protección social debe dar respuesta al interés de todas las partes implicadas y que la posición que estas ocupan en la relación laboral hace que las mismas, en muchas ocasiones, presenten intereses controvertidos, pero tanto unos

como otros deben encontrar respuesta en las actuaciones del legislador. Inclinarse en demasía la balanza hacia ciertos intereses puede convertir el Derecho en Ética o Justicia Social, de las que evidentemente aquel no ha de ser despojado y debe nutrirse, pero no ser fagocitado.

# LA DIRECTIVA DE TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES. PUNTOS CONFLICTIVOS Y RECOMENDACIONES PARA LA TRASPOSICIÓN\*

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES\*\*

*Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Valencia

ORCID: 0000-0001-7538-4764

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Trabajo, plataformas digitales, directiva, Uber, presunción, algoritmo, inteligencia artificial

La recientemente aprobada Directiva de trabajo en plataformas digitales contiene dos partes bien diferenciadas. De un lado, regula una presunción de laboralidad para todos los trabajadores de plataformas digitales. De otro lado, establece garantías, individuales y colectivas, para trabajadores y autónomos frente a la dirección algorítmica. Este trabajo analiza, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la Directiva dado que el concepto de “plataforma digital” requiere ser interpretado para conocer a qué plataformas les resulta de aplicación la normativa. En segundo lugar, se analiza el alcance y límites de la presunción de laboralidad y su ámbito temporal. En tercer lugar, respecto a las garantías frente a la dirección algorítmica se estudia su relación con otras garantías existentes anteriormente como es el (Reglamento General de Protección de Datos) RGPD. Por último, resultado del análisis y de los problemas interpretativos encontrados se realiza una serie de recomendaciones para su transposición.

## ABSTRACT

**Keywords:** Work, digital platform, directive, Uber, presumption, algorithmic, artificial intelligence

*The recent approval of the Digital Platform Work Directive contains two well-differentiated parts. On one hand, it regulates a presumption of employment for all digital platform workers. On the other hand, it establishes guarantees, individual and collective, for workers and self-employed individuals against algorithmic management. This work first analyzes the scope of application of the Directive, given that the concept of ‘digital platform’ needs to be interpreted to understand which platforms the regulation applies to. Secondly, it examines the scope and limits of the presumption of employment and its temporal scope. Thirdly, with regard to guarantees against algorithmic management, its relationship with other previously existing guarantees, such as the General Data Protection Regulation (GDPR), is studied. Finally, as a result of the analysis and the interpretative problems encountered, a series of recommendations for its transposition is made*

\* Investigación que forma parte del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo” ref. PID2022-139967NB-I00. Este artículo se ha realizado con la versión de la Directiva de trabajo en plataformas digitales aprobada definitivamente por el Consejo de Europa y por el Parlamento Europeo.

\*\* [www.adriantodoli.com](http://www.adriantodoli.com).

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ENTENDER LA DIRECTIVA A TRAVÉS DEL PROCESO DE APROBACIÓN. UNA VALORACIÓN GLOBAL
3. CONCEPTO LEGAL DE PLATAFORMA APLICADO A LA VARIEDAD TIPOLÓGICA. LA DIFICULTAD DE PONER PUERTAS AL CAMPO
  - 3.1. El concepto de “plataforma digital de trabajo” como ámbito de aplicación de la Directiva
  - 3.2. Las agencias de colocación digitales
  - 3.3. Plataformas de creadores de contenidos
  - 3.4. Plataformas basadas en concursos
  - 3.5. El uso de empresas intermediarias entre la plataforma y los prestadores de servicios
4. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD
5. LAS PROTECCIONES FRENTE A LOS ALGORITMOS
  - 5.1. Usos prohibidos
  - 5.2. Transparencia. Derechos de información y consulta
  - 5.3. Auditoría algorítmica y de los sistemas de control
  - 5.4. Derecho de revisión
6. RECOMENDACIONES PARA LA TRASPOSICIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

El trabajo en plataformas digitales ha supuesto en la última década una oportunidad de trabajo para muchas personas. Los estudios plantean que es una alternativa para generar ingresos especialmente para personas inmigrantes y otros colectivos con dificultades para el acceso a un trabajo tradicional<sup>1</sup>. Sin embargo, los análisis también han señalado que el trabajo en plataformas digitales presenta riesgos de precariedad, falta de previsibilidad de ingresos, exceso de horas de trabajo y riesgos laborales específicos<sup>2</sup>. A su vez, la tendencia de las plataformas de clasificar como colaboradores independientes a los prestadores de servicios ha supuesto un reto para la protección social de los mismos. Tribunales en toda Europa han comenzado a reclasificar a los trabajadores de plataformas, en sectores del transporte y reparto, como asalariados tras largos procesos judiciales con elevado coste para los demandantes y los Estados<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ILO, *World Employment and Social Outlook The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Geneve, 2021.

<sup>2</sup> Taylor M., et al., *Good work: the Taylor review of modern working practices*, London, 2017. Todolí A (Dir.) *Riesgos específicos de Riesgos laborales específicos del trabajo en plataforma digitales*, OSALAN, 2020.

<sup>3</sup> Hiebl, C., “The Classification of Platform Workers in Case Law: A Cross-European Comparative Analysis”. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, V. 42.2, 2022.

Con el objetivo de aportar seguridad jurídica, reducir la conflictividad, aminorar la carga probatoria de quién es realmente asalariado y, en general, mejorar las condiciones de trabajo de aquellos que obtienen ingresos en plataformas digitales la UE ha aprobado la Directiva europea de mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (en adelante, DTPD).

La norma trae novedades en el ámbito laboral más allá de la letra de la misma: supone cambiar el objeto de la regulación. En efecto, el ámbito de aplicación clásico de las normas laborales es el trabajo asalariado, sin embargo, la DTPD centra la regulación en la propia plataforma y se aplica a todo aquel que preste servicios *a través* de ella con independencia del estatus jurídico (asalariado o autónomo). El reto ahora es conocer a qué tipología de plataformas se aplicará esta nueva normativa. Por ejemplo, existen dudas respecto a su implementación en las agencias de colocación online o a las plataformas de creación de contenido (ej., Youtube, Twitch). La variedad de las plataformas es muy rica y el concepto de plataforma dado por la Directiva no es todo lo claro que se esperaría.

La norma ha sufrido un fuerte debilitamiento respecto a la proposición inicial realizada por la Comisión Europea que pone en duda que vaya a alcanzar sus objetivos. En la versión final, cuáles van a ser los criterios de activación de la presunción dependerá del EM. La Directiva se limita a establecer una finalidad en la trasposición: que en aplicación de la misma la carga de probar la laboralidad se reduzca. Aquí aparece la duda de si con el art. 8.1 del ET se da satisfacción a esta necesidad de una presunción de laboralidad o si la Directiva obliga a regular específicamente una nueva presunción de laboralidad de mayor alcance.

En materia de mejora de condiciones de trabajo, la norma se dedica profusamente a regular la dirección algorítmica del trabajo en plataformas digitales. Se establecen prohibiciones de procesar datos y derechos de información, individuales y colectivos. Una de las mayores novedades es la obligación de las plataformas de realizar una auditoría algorítmica para garantizar que el algoritmo no está vulnerando derechos de los prestadores de servicios. La cuestión que surge es quién debe realizar dicha auditoría ¿puede ser externa a la empresa? y cuál debe ser su contenido mínimo. Adicionalmente, estos derechos surgidos de la Directiva, incluidos algunos colectivos, no se van a aplicar solo a asalariados, sino también a prestadores de servicios autónomos, sin que la normativa determine de forma expresa quienes pueden tener la consideración de representantes de estos colectivos.

Este artículo tiene por objetivo analizar el contenido de la DTPD y resolver las dudas jurídicas que plantea, así como, realizar propuestas para la trasposición que limiten la inseguridad jurídica y permitan una mayor efectividad de las garantías concedidas por la norma europea. El artículo continúa, en el siguiente epígrafe, con una aproximación al desarrollo legislativo seguido en el ámbito europeo para permitir una mejor comprensión de la normativa. Posteriormente, en el epígrafe



tercero, se analiza el ámbito de aplicación de la norma y sus posibles efectos sobre agencias de colocación online, plataformas de contenido y de concursos. El capítulo cuarto estudia la presunción de laboralidad y sus efectos sobre relaciones contractuales existentes con anterioridad a la norma. El quinto analiza las garantías frente a la dirección algorítmica. Por último, el trabajo finaliza con recomendaciones para su futura transposición.

## **2. ENTENDER LA DIRECTIVA A TRAVÉS DEL PROCESO DE APROBACIÓN. UNA VALORACIÓN GLOBAL**

La aprobación de la DTPD ha requerido una profunda modificación respecto a la propuesta de la Comisión Europea. La iniciativa, realizada en diciembre de 2021, ha sido alterada por el Consejo de la Unión Europea en diversas ocasiones. Finalmente se aprobó, en tiempo de descuento, bajo la presidencia belga en una segunda votación en marzo de 2024. Sirva este tortuoso proceso de aprobación para dar cuenta de la conflictividad que ha provocado la DTPD y la fuerte oposición por parte de las propias plataformas digitales. El informe de acompañamiento de la Comisión Europea a la Directiva señalaba que el objetivo de la misma era laboralizar 4.1 millones de falsos autónomos en el trabajo en plataformas en Europa<sup>4</sup>. No parece que la versión final de la Directiva, en la redacción aprobada, vaya a poder dar cumplimiento a este objetivo.

Ahora bien, no todas las partes de la Directiva ha recibido el mismo nivel de oposición. La Directiva desde su inicio -y así se ha mantenido en su aprobación- contiene dos partes bien diferenciadas siguiendo el modelo de nuestra propia Ley Rider. Por un lado, varios artículos se dedican a establecer y regular la obligación de todos los EM de tener una presunción de laboralidad *iuris tantum* en el trabajo en plataformas digitales. Por otro lado, otra parte de la normativa contiene protecciones para los trabajadores de plataformas -sean asalariados o verdaderos autónomos- frente a los sistemas automatizados de monitorización o de toma de decisiones que afecten a los que prestan servicios en plataformas digitales: incluidos nuevos derechos de información y consulta para los representantes de los trabajadores de plataformas.

En este sentido, cabe señalar que la primera parte de la normativa -la presunción de laboralidad- es la parte más conflictiva y que mayores cambios ha sufrido. La propuesta inicial de la Comisión Europea establecía que se aplicaría la presunción de laboralidad siempre y cuando se cumplieran dos de un conjunto de cinco requisitos señalados por la propia normativa. Esto es, no era una presunción

<sup>4</sup> European Commission “Impact assessment report Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council On improving working conditions in platform work”, Brussels, 2021.

de laboralidad que se activara en todo caso, sino solamente cuando el trabajador consiguiera demostrar que en su concreta prestación de servicios se daban unas circunstancias específicas determinadas por la norma.

La presidencia checa del Consejo propuso aumentar a tres el número de requisitos que debía probar el trabajador para activar la presunción de laboralidad. Posteriormente, la presidencia española, en diciembre de 2023, volvió a reducir a dos el número de requisitos que debían acreditarse por parte del trabajador para activar la presunción de laboralidad. Sin embargo, esta propuesta no fue aceptada por una mayoría del Consejo y fue rechazada.

En febrero de 2024, bajo la presidencia belga, y viendo que el número de requisitos que debían ser demostrados para activar la presunción de laboralidad era el mayor escollo para aprobar la DTPD y sabiendo que el tiempo se terminaba dado que el parlamento europeo se disolvía para las elecciones del 9 de junio, se presentó una propuesta en la que desaparecían los requisitos establecidos para la activación de la presunción de laboralidad. Esto es, se establecía la obligación de todos los EM de tener una presunción de laboralidad, pero sin fijar a nivel europeo qué requisitos activarían dicha presunción. Aun así, esta propuesta fue rechazada por el Consejo en febrero de 2024. Sin embargo, en marzo del 2024, la presidencia belga volvió a presentar la misma redacción de DTPD y en esta vez el consejo dio su beneplácito.

Por el contrario, durante todo este proceso conflictivo, la parte dedicada a las protecciones frente a algoritmos ha sufrido muchos menos cambios y la oposición a los mismos ha sido inferior. Esta cuestión será relevante a la hora tanto de analizar el contenido de las dos partes diferenciadas de la Directiva como, sobre todo, a efectos de transposición.

### **3. CONCEPTO LEGAL DE PLATAFORMA APLICADO A LA VARIEDAD TIPOLÓGICA. LA DIFICULTAD DE PONER PUERTAS AL CAMPO**

#### **3.1. El concepto de “plataforma digital de trabajo” como ámbito de aplicación de la Directiva**

Como ya se ha señalado, la DTPD se aplica, no solamente a asalariados, sino también a autónomos. De esta forma, el ámbito de aplicación clásico de la normativa laboral que consiste en definir quién es un asalariado y a este se le aplicará la normativa laboral (sin definir quién es el empresario más allá de entender que lo será todo aquél que contrate con un trabajador) no era de utilidad para las pretensiones de la Directiva.

Por el contrario, el ámbito de aplicación de la normativa pasará a ser “el trabajo en una plataforma digital”. Esto, el foco se pone precisamente en el “tipo” de empresa, siendo al empresario de “plataformas digitales” a aquél que, en su relación con el prestador de servicios -sea asalariado o autónomo verdadero-, se le imponen una serie de obligaciones.

El reto de definir qué es una plataforma digital de trabajo es mayúsculo. Desde los primeros trabajos doctrinales en materia de trabajo en plataformas digitales<sup>5</sup> se ha señalado la gran variedad y heterogeneidad que existe de plataformas digitales. Así, solamente por nombrar alguna de las categorizaciones se encontraría: las plataformas digitales de trabajo presencial (Uber); plataformas digitales de trabajo online (iStockphoto); plataformas de *microworking* (Amazon Mechanical Turk); plataformas de *freelancing* (Fiveer); plataformas digitales de contenidos (Youtube, twitch); plataformas de trabajo genéricas (Field Agent); específicas (Glovo); basadas en concursos (99 designs)<sup>6</sup>, etc. A estas cabría sumar las plataformas digitales que publicitan ofertas de trabajo (InfoJobs) o de intermediación en el mercado de trabajo (agencias de colocación digitales).

Adicionalmente, se encuentran otro tipo de plataformas que podrían definirse por el hecho de que la prestación de servicios no es el centro del negocio jurídico subyacente. Aquí se pueden encontrar plataformas de alquiler de bienes (Airbnb, Parquo), de venta de bienes (Wallapop, Amazon); plataformas de reparto de gastos en transporte (Bla Bla Car), etc. Por ello, el reto de definir el “trabajo en plataformas digitales” no solamente consiste en conceptualizar y describir qué es una plataforma digital, sino cuando la misma tiene como actividad la prestación de servicios, descartando aquellas plataformas cuya actividad sea otro negocio jurídico (ej. alquiler).

Con esto en mente, la normativa, en su art. 2.1 DTPD, define las plataformas digitales de trabajo como ámbito de aplicación de la normativa con cuatro requisitos que deben cumplirse acumulativamente.

- a) provee servicios a través de medios electrónicos como una web o una aplicación,
- b) ese servicio se provee a petición del destinatario del servicio;

<sup>5</sup> De Stefano, V., “The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy”, ILO, 2016. Todolí Signes, A., *La era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>6</sup> En estas plataformas un cliente ofrece un encargo de abierta a toda una comunidad de personas en la plataforma. Los trabajadores realizan el trabajo y lo entregan y el cliente elige entre todos los trabajos realizados cuál prefiere. Este trabajo elegido es el único que percibe una retribución por el trabajo, ver Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo blanch 2017; Araujo R., “99designs: An Analysis of Creative Competition in Crowdsourced Design”, First AAAI Conference on Human Computation and Crowdsourcing, v1, 2013.

- c) la plataforma organiza el trabajo realizado por individuos a cambio de una contraprestación económica, el servicio puede desarrollarse online o presencialmente;
- d) existen sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones.

Con esta definición, existe un conjunto de plataformas digitales de trabajo que claramente están incluidas, a saber, las plataformas digitales de trabajo presencial (Uber); plataformas digitales de trabajo online (iStockphoto); plataformas de microworking (Amazon Mechanical Turk); plataformas de freelancing (Fiveer)<sup>7</sup>. Todo ello con independencia de que sean plataformas dedicadas a un sector de actividad específico o sean plataformas donde, genéricamente, se pueda encontrar trabajadores/autónomos pertenecientes a cualquier sector de actividad.

Asu vez, la definición excluye de forma bastante clara cierto tipo de plataformas. En ese sentido, dado que se exige que la plataforma *organice el trabajo* realizado por individuos, esto parece excluir las plataformas cuya actividad subyacente no sea la prestación de servicios. Esto es, se excluiría así plataformas de alquiler de bienes (Airbnb, Parquo), de venta de bienes (Wallapop, Amazon); plataformas de reparto de gastos en transporte (Bla Bla Car). En este sentido, también parecen excluidas las plataformas que solamente se dediquen a ofrecer anuncios de ofertas de trabajo o de prestación de servicios sin intervenir en la selección del concreto prestador de servicios. En apoyo a esta interpretación, el considerando 20 de la DTPD indica que no entran en el concepto de plataforma digital las plataformas digitales que no organizan el trabajo, sino solamente facilitan a los proveedores de servicio encontrar clientes sin más.

### 3.2. Las agencias de colocación digitales

La definición legal de trabajo en plataformas basada en estos cuatro requisitos aclara la inclusión y exclusión de algunos grandes tipos de plataformas digitales. Sin embargo, existen otros donde las dudas son mayores: por ejemplo, en las agencias de colocación digitales.

En un primer momento se debería rechazar la inclusión de una agencia de colocación en el ámbito de aplicación de la Directiva, dado que no cumple el requisito (c): Una agencia de colocación pura no va a organizar el trabajo ni tampoco a retribuirlo (tras encontrar la persona adecuada para el trabajo es el cliente final el que organiza y retribuye el trabajo). La controversia surge debido a que el considerando 20 de la DTPD establece que organizar el trabajo debe implicar, como mínimo, un papel importante en vincular la demanda del servicio a la oferta de mano de obra de una persona física. De esta forma, la DTPD usa un

<sup>7</sup> Silberman M. S., “The concept of the “digital labor platform”, London College of political Technology working paper, 2023, p 2.

concepto muy amplio de “organización del trabajo”. Esto parece coherente con el objetivo de la Directiva de incluir en el ámbito de aplicación aquellas plataformas que cuentan con verdaderos autónomos realizando prestaciones de servicios. Una interpretación de concepto de “organización del trabajo” próxima a los conceptos clásicos de “dirección” o “coordinación” del trabajo -esto es, dependencia-excluiría cualquier plataforma que provea servicios a prestadores de servicios verdaderamente autónomos.

De esta forma, la amplitud en la que el considerando 20 define lo que es “organizar trabajo”, a efectos de la Directiva, hace pensar que una agencia de colocación online cumple con el tercero (c) de los requisitos.

Ahora bien, para incluir las agencias de colocación online en el ámbito de aplicación de la DTPD es necesario que se cumpla también el cuarto requisito: el uso por parte de la plataforma, de sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones. Ambos sistemas son definidos por el propio texto de la norma. El art. 2.1 (h) establece que los sistemas de monitorización son aquellos usados para realizar el seguimiento, controlar o evaluar, por medios electrónicos, la realización del trabajo de personas que realizan trabajo en plataformas o las actividades realizadas en el entorno de trabajo, también mediante la recopilación de datos personales. Por su parte, los sistemas automatizados de toma de decisiones son definidos en el art. 2.1 (i) como sistemas que se utilicen para adoptar o respaldar, por medios electrónicos, decisiones que afecten significativamente a personas que realicen trabajo en plataformas, también a las condiciones laborales de trabajadores de plataformas, en particular decisiones que afecten a su contratación, su acceso a las tareas asignadas y a la organización de estas, sus ingresos, incluida la fijación del precio de tareas individuales asignadas, su seguridad y su salud, su tiempo de trabajo, su acceso a formación, su promoción o equivalente, y a su situación contractual incluida la restricción, suspensión o cancelación de sus cuentas.

Este concepto, que se acaba de ver, de “sistema automatizado de toma de decisiones” implicará que solamente podrán estar incluidas en el concepto de plataforma digital de trabajo aquellas agencias de colocación digitales que usen sistemas electrónicos para tomar o apoyar decisiones de “selección” de los concretos trabajadores ofrecidos al cliente. Si, adicionalmente, las “agencias de colocación” recogen evaluaciones (*feedback*) de los clientes respecto al trabajo realizado -como pueda ser la conocida reputación digital de los prestadores de servicios<sup>8</sup>- quedaría aún más claro que encajan en el cuarto requisito. Esto es, de acuerdo con el 2.1 (h), si la agencia de colocación digital usa algoritmos para realizar la casación entre oferta y demanda laboral se podría estar cumpliendo el cuarto requisito (d) del concepto de “plataformas digitales de trabajo”.

<sup>8</sup> Todolí Signes, A., The evaluation of workers by customers as a method of control and monitoring in firms: Digital reputation and the European Union’s General Data Protection Regulation, *International Labour Review*, 160 (1), 2020, <https://doi.org/10.1111/ilr.12161>.

Incluso más claramente podrían estar incluidas en estos requisitos las “agencias de colocación digitales” que se dedican únicamente a un tipo de trabajadores. En efecto, una agencia de colocación clásica suele implicar una empresa que casa oferta y demanda de trabajo en todo tipo de sectores según las necesidades de la empresa cliente. Sin embargo, en el mundo digital -derivado de los menores costes fijos que implica el mundo online-, muchas de estas plataformas se han especializado en buscar (casar oferta y demanda) proveedores de servicios de una actividad concreta. Así, por ejemplo, son muy conocidas las plataformas de cuidados o de limpieza del hogar en las que la plataforma selecciona mediante su algoritmo el concreto prestador de servicios para luego ser contratado directamente por el cliente final. También ocurre con plataformas de abogados en las que la plataforma selecciona algorítmicamente al abogado concreto que realizará los servicios. O incluso plataformas donde el cliente final recibe varios presupuestos distintos realizados por los contratistas o proveedores de servicios de la plataforma para que el cliente final elija que prestador prefiere. En todos estos casos, en mayor o menor medida, la plataforma está algorítmicamente cruzando oferta y demanda siendo los criterios del algoritmo los que permiten la selección concreta de quién tiene acceso al cliente final de la plataforma y, por tanto, el algoritmo es crucial para determinar la capacidad de obtener ingresos del trabajador o proveedor de servicios autónomo.

Cuestión distinta será el caso en que sea el cliente final, sin intervención de la plataforma, el que elija libremente y sin información o datos provistos por la plataforma-sin elaboración de perfiles, ni monitorización en sentido del art. 2.1 (8) o reputación digital. En estos casos, la plataforma podría quedar excluida del ámbito de aplicación de la DTPD.

Adicionalmente, en mi opinión, será relevante que la plataforma ofrezca prestadores de servicios para todo tipo de encargos de distintas actividades y sectores o, por el contrario, la plataforma se dedique específicamente a anunciarse como proveedora de personas o prestadores de servicios de una actividad o sector (ej., plataforma de cuidadores). Precisamente, en el segundo supuesto, la plataforma tendrá mayores incentivos y conocimientos para “organizar el trabajo” en el sentido de la DTPD.

Tendrá mayores incentivos dado que aquella empresa que se anuncie como especialista de un único sector o actividad, se le exigirá, por parte de los clientes, mayor nivel de calidad -y de control de calidad- de los prestadores de servicios -lo que implica mayor monitorización-. A su vez, tendrá mayores conocimientos para organizar el trabajo -en sentido de cruzar oferta y demanda- dado que si solo se dedica a un sector, la especialización en sí misma conlleva diseñar la plataforma específicamente para ese trabajo -lo que fácilmente entraría dentro del concepto de “organización” usado por la DTPD-. Téngase en cuenta que la Directiva obliga a los EM a establecer una presunción de laboralidad de los trabajadores en plataformas, por ello, elementos como la “especialización” de la plataforma,

que han sido usados para determinar la propia laboralidad de los trabajadores de plataformas<sup>9</sup>, tendría poco sentido que no se tuvieran en consideración para que estas plataformas entraran simplemente en el ámbito de aplicación de la DTPD.

En cualquier caso, la gran variedad y tipología de plataformas y sus diversas formas de funcionar hace que, en muchos casos de nuevo, exista una amplia zona gris de incertidumbre sobre la aplicación o no de la Directiva de plataformas.

### 3.3. Plataformas de creadores de contenidos

En plataformas como Youtube, Twitch, Onlyfans, etc, miles de personas obtienen ingresos creando contenido que es ofrecido en la plataforma o que es visualizado en tiempo real por los aficionados. Las plataformas insertan publicidad en los videos y pagan a los creadores del contenido una parte de lo obtenido. La cantidad percibida varía según el número de visualizaciones. A su vez, ambos dependen, en gran medida, del diseño realizado del algoritmo de la plataforma. Los algoritmos deciden los videos “recomendados” para la audiencia y la probabilidad de que un usuario vea un video está íntimamente relacionada con que este sea recomendado<sup>10</sup>. También los creadores de contenido obtienen ingresos gracias a los “suscriptores”, esto es, aficionados a un determinado “influencer” que pagan mensualmente, a través de la plataforma digital, una cantidad para poder visualizar los videos de su “influencer” favorito o para obtener acceso a alguna funcionalidad extra (como poder escribir al “influencer” alguna petición, tener acceso a contenido exclusivo, etc.)<sup>11</sup>.

El funcionamiento de las plataformas de contenido parece incluido en el “trabajo en plataformas digitales” desde una doble perspectiva interpretativa: literal y finalista. Empezando por la interpretación finalista, la norma tiene por objetivo, por un lado, aclarar cuándo se está ante un asalariado y cuando ante un verdadero autónomo y, por otro lado, otorgar derechos frente al uso de algoritmos que afectan a las condiciones laborales tanto asalariados como autónomos.

En este sentido, ambos objetivos son necesarios en las plataformas de contenidos. Por un lado, la doctrina ha sugerido que, si bien las notas de laboralidad no se encuentren tan claramente en plataformas de contenidos como en otro tipo de plataformas, la realidad es que el alto control algorítmico existente respecto al

<sup>9</sup> STSJ Cataluña 1/3/2022 (rec. 7491/2021) ECLI:ES:TSJCAT:2022:2522.

<sup>10</sup> Entre miles de millones de videos existentes en la plataforma, aquellos que son recomendados por el algoritmo son los únicos que tienen una oportunidad real de generar ingresos.

<sup>11</sup> Para ver en profundidad el funcionamiento, ver Pătra L., Todolí Signes, A., “Ser influencer hoy: posibilidades y obstáculos de una nueva fuente de empleo”, 2022 <https://www.uv.es/catedra-economia-colaborativa-transformacion-digital/es/novedades/informe-ser-influencer-hoy-posibilidades-obstaculos-nueva-fuente-empleo-1286057015758/Novetat.html?id=1286256097235>



contenido, duración y frecuencia de los videos realizados y las extensas jornadas de trabajo imprescindibles para obtener unos ingresos dignos hace necesario aclarar su estatus jurídico<sup>12</sup>. A su vez, y especialmente, la aplicación de las protecciones frente al uso de algoritmos es necesaria para los creadores de contenido -aunque estos sean verdaderos autónomos. El diseño del algoritmo y sus modificaciones afecta a la cantidad de suscriptores, de visualizaciones, a sus ingresos, etc. También el diseño del algoritmo modifica la duración de los videos (premiando más unos videos que otros) y su contenido. De esta forma, los derechos de transparencia y de explicación frente a los algoritmos son fundamentales para este tipo de prestadores de servicios.

Respecto a la interpretación literal del concepto, el uso algorítmico y la organización del trabajo en el sentido de casar los “clientes” con el prestador de servicios son claros (requisitos (a), (c) y (d)). Ahora bien, el requisito b) (“ese servicio se provee a petición del receptor”) puede tener mayor dificultad de encaje en las plataformas de contenidos. En efecto, los creadores de contenido normalmente no desarrollan contenido personalizado ni bajo petición específica, sino que producen los videos para toda su audiencia. De esta forma, se aleja del concepto de “petición” o “trabajo bajo demanda” de otro tipo de plataformas.

En este sentido, el cumplimiento del requisito (b) dependerá de cómo se interprete el requisito “petición del receptor”. De un lado, puede interpretarse, en sentido estricto, que solamente se cumple el requisito en aquellos casos en los que el servicio prestado se adecua a las necesidades previamente manifestadas de cada cliente.

De otro lado, en una interpretación más amplia, puede entenderse cumplida cuando exista una petición genérica del servicio. En este sentido, el modelo de “suscriptores” implica que los receptores del servicio -la audiencia o los aficionados- están pagando por tener más contenido de ese prestador de servicios. Por ello, esta “petición” puede interpretarse en un sentido amplio, que ese pago de suscripción representa una petición para que ese prestador de servicios (el “influencer”) cree más contenido -esto es, un encargo para ver más contenido originado por la persona. En mi opinión, cuando la norma exige la “petición del receptor”, solamente está describiendo la relación triangular clásica de las plataformas digitales. Esto es, la existencia de una plataforma que se interpone entre el cliente o usuario final y el prestador de servicios, sin que parezca que la norma prescriba que la petición deba ser concreta o específica.

En cualquier caso, incluso en los modelos económicos que no funcionan con suscripciones, sino que es la propia plataforma la que paga al “influencer” una parte de lo obtenido de la publicidad, se podría argumentar que quién estaría realizando

<sup>12</sup> Pătra L., Todolí Signes, A., “Ser influencer hoy: posibilidades y obstáculos de una nueva fuente de empleo”, 2022.



una petición de encargo de creación de contenido sería la propia plataforma. La demanda de trabajo viene de la plataforma que necesita el contenido para poder insertar la publicidad en él. Esto es, desde el momento en que la plataforma anuncia que pagará a los influencers con mayor audiencia, está solicitando la creación de contenido que tendrá retribución variable dependiendo de la calidad y el éxito de este. Por lo que se cumpliría con el requisito (b). En apoyo a esta segunda interpretación, cabe incluir que el considerando 20 de la DTPD, que contempla la posibilidad de que dentro del concepto de “plataforma digital de trabajo” el receptor del encargo sea la propia plataforma digital.

### 3.4. Plataformas basadas en concursos

Las plataformas basadas en concursos son aquellas en las que un cliente solicita a los prestadores de servicios que participen en el desarrollo de una tarea (ej, el diseño de un logo, de una página web, de un proyecto de arquitectura) y la envíen. El cliente, entre todos aquellos que desean participar en el concurso, selecciona la ganadora y la retribuye. El resto de los participantes no seleccionados no perciben retribución. Este tipo de plataformas plantean dudas respecto a la aplicación de la DTPD en cuanto a los requisitos (b) y (d), esto es, (b) se considera que la prestación del servicio se realiza a cambio de un pago; (d) existen medios algorítmicos o automatizados de monitorización o selección.

En cuanto al requisito del pago, pocas dudas presenta la aplicación de la Directiva al ganador del concurso. La duda realmente surge concerniente al resto de usuarios que no son retribuidos por no ser seleccionados en el concurso. En mi opinión, la necesidad de pago debe ser interpretado en el sentido clásico de la retribución en Derecho del trabajo, esto es, como exclusión del trabajo voluntario. Así, lo importante no es si finalmente hay o no pago, sino si existe “ánimo de lucro” al realizar la prestación de servicios, como contraposición del trabajo amistoso o benevolente que sería el trabajo excluido. De esta forma, cuando se presta un servicio con el objetivo de percibir una retribución -aunque finalmente esta no se obtenga- se cumpliría el requisito de “a cambio de un pago” exigido por la DTPD.

El segundo requisito controvertido de esta tipología de plataformas es conocer si se cumple la exigencia de seguimiento o toma automatizada de decisiones (d). En este caso, habrá que estar al caso concreto. En términos generales puede afirmarse que estos requisitos se encontrarían en aquellos supuestos en los que el algoritmo decide quién recibe la oportunidad de participar en el concurso (ej., solo reciben la oferta de participación en el concurso aquellos con una mínima reputación digital), en contraposición con plataformas en las que todos los inscritos reciben indiscriminadamente todas las ofertas de participación en concursos.

También se cumpliría este requisito si la plataforma estableciera procedimientos de “selección” del ganador del concurso, aunque fueran preliminares o parciales, que fueran automatizados. Así, por ejemplo, se cumpliría el requisito si existiera

un algoritmo que evaluara los proyectos enviados, pero también si el algoritmo comprobaba el cumplimiento de unos requisitos mínimos del proyecto o del usuario para pasar a la siguiente fase de selección del concurso.

### **3.5. El uso de empresas intermediarias entre la plataforma y los prestadores de servicios**

De la experiencia española con la Ley Rider, la DTPD advierte la posibilidad de que las empresas de plataformas usen otras empresas -empresas intermedias- para que contraten y retribuyan el trabajo. Así, la DTPD regula en su art. 3 las empresas intermediarias.

Las empresas intermediarias, a efectos de la DTPD, son aquellas que gestionan la mano de obra que presta el servicio para los clientes de la plataforma. Así, para el servicio de reparto de comida a domicilio, empresas como UberEats o JustEat contratan a terceras empresas para que realicen los encargos que el cliente final solicita mediante su aplicación. Lo mismo ocurre en el servicio de transporte por ciudad en el caso de Uber y Cabify. Con esta externalización de la prestación de servicios la plataforma digital se aleja jurídicamente de las responsabilidades de la gestión de la mano de obra que presta el servicio.

Con objeto de evitar que el uso de empresas intermedias entre la plataforma digital y la persona que presta el servicio impida la aplicación de la DTPD, el art. 3 de la misma regula este supuesto en el sentido de que los EM deben garantizar que las personas prestadoras de servicio que tengan una relación contractual con una intermediaria deben disfrutar del mismo nivel de protección concedido por la Directiva que aquellos que tienen una relación contractual directa con la plataforma.

El objetivo de la normativa parece ser evitar que no se aplique la DTPD por el mero uso de la intermediaria. Sin embargo, la redacción del art. 3 está realizado en términos muy vagos y generales lo que permite varias interpretaciones.

En efecto, la normativa solamente exige que los prestadores “disfruten el mismo nivel de protección” que si la relación contractual fuera directamente con la plataforma digital. La primera pregunta que se plantea es si la presunción de laboralidad se aplicará frente a la intermediaria o frente a la plataforma o frente a los dos. Esto es, parece claro, de la redacción del art. 3 DTPD, que los prestadores de servicios tendrán derecho a que se les aplique la presunción de laboralidad en los mismos términos que en caso de ser contratados directamente por la plataforma. Ahora bien, se considerará cumplida la presunción de laboralidad con que se presuma *iuris tantum* que son asalariados de la empresa intermediaria o ¿tendrán derecho a ser presumidos *iuris tantum* asalariados de la plataforma digital directamente como si la intermediaria no existiera?

La misma pregunta podrá realizarse respecto a los derechos de transparencia algorítmica, de información y consulta, esto es, ¿es suficiente con que puedan ejercer estos derechos frente a la intermediaria o estos derechos deben garantizarse frente a la plataforma digital?

En mi opinión, una interpretación finalista del art. 3 DTPD debe llevar a entender que los derechos deben garantizarse siempre frente ambos. En efecto, el objetivo del art. 3 DTPD es que el trabajador no sufra perjuicio por la existencia de la intermediaria. De esta forma, si los derechos se ejercen solamente frente a la intermediaria, se encontrarían en peor situación que otros prestadores de servicios comparables cuya relación directa fuera la plataforma digital<sup>13</sup>.

#### 4. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

La parte de la DTPD que más cambios ha sufrido en el proceso de aprobación ha sido la presunción de laboralidad. La redacción finamente aprobada deja libertad a los EM para establecer en qué casos se aplica la presunción de laboralidad dentro del ámbito de aplicación del trabajo en plataformas digitales. Con la redacción propuesta por la Comisión -que finalmente se rechazó- todos los EM debían emplear la presunción cuando se acreditaba una serie de requisitos, no pudiendo negarla cuando se daban tales circunstancias<sup>14</sup>, ni permitía a los EM establecer exigencias más severas para dicha aplicación.

Con la actual redacción cada EM es libre de determinar las condiciones de aplicación que considere oportunas. A pesar de esto, la DTPD finalmente aprobada sigue exigiendo que todos los EM dispongan de una presunción *iuris tantum* de laboralidad para los trabajadores de plataformas. Esto significa que unos requisitos de activación demasiado severos podrían vaciar de contenido la propia presunción: algo contrario a la finalidad de la normativa. De hecho, el art. 5.2 DTPD explicita que la presunción de laboralidad no debe implicar un incremento de la carga de la prueba existente hasta el momento en el EM. El considerando 32 incide en esta idea al afirmar que los requisitos de la presunción legal no deben ser onerosos y deben aliviar las dificultades de la persona que realiza un trabajo de plataforma

<sup>13</sup> Para ver una justificación de la “peor” condición en caso de que exista una empresa intermedia ver, Esteve Segarra A., Todolí Signes, A., “Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales”, RDS, 95, 2021, 37-64; Todolí Signes, A., “La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva”, Revista CEF, 476, 2023.

<sup>14</sup> En la redacción dada por la Comisión Europea en su propuesta en diciembre de 2021 los EM debían aplicar la presunción cuando el prestador de servicios acreditaba dos de los siguientes cinco requisitos: 1. La plataforma determina efectivamente la remuneración de los trabajadores o establece límites máximos a la misma; 2. Se exige a los trabajadores que respeten normas específicas y vinculantes en cuanto a la apariencia, la conducta hacia el destinatario del servicio o la realización del trabajo; 3. La plataforma supervisa la realización del trabajo o evalúa la calidad de sus resultados, incluso por medios electrónicos; 4. La plataforma restringe efectivamente, incluso mediante sanciones, la libertad de organizar el propio trabajo, en particular el tiempo de trabajo y la capacidad de aceptar o rechazar tareas o de utilizar subcontratistas o sustitutos, 5. Se restringe efectivamente la capacidad del trabajador de crear una base de clientes o de realizar trabajos para un tercero.

para aportar pruebas que indiquen la existencia de una relación laboral en una situación de desequilibrio de poder con respecto a la plataforma digital de trabajo.

El objetivo de la presunción es abordar y corregir eficazmente el desequilibrio de poder entre las personas que realizan un trabajo de plataforma y la plataforma digital de trabajo. Es decir, los EM están obligados a facilitar la prueba que indique la existencia de una relación laboral respecto a la situación anterior a la implantación de la presunción de laboralidad. De esta forma, una regulación nacional que estableciera unos requisitos de aplicación de la presunción de laboralidad que dificultara o exigiera para su aplicación los mismos requisitos que para probar la laboralidad no estaría cumpliendo con esta obligación.

En nuestro país, este razonamiento que se acaba de exponer podría llevar a concluir que el art. 8.1 del ET es insuficiente para cumplir con el objetivo de la DTPD en este punto, dado que el art. 8.1 ET no deja de ser una constatación del ámbito de aplicación del ET establecido en su primer artículo.

La presunción de laboralidad deberá aplicarse a todos los procedimientos judiciales y también administrativos que tengan por objetivo la correcta clasificación de las personas trabajadoras. Ahora bien, la normativa excluye la obligación de implementar una presunción de laboralidad en los procedimientos de Seguridad Social, tributarios y penales. Aquí se plantea la duda de si la presunción será aplicable a aquellos procedimientos judiciales o administrativos donde se resuelva conjuntamente la cuestión de la clasificación laboral y otras cuestiones inseparables como la correcta cotización a la Seguridad Social o aspectos tributarios derivados de dicha clasificación. En estos casos, en mi opinión, la presunción de laboralidad será aplicable. En efecto, la normativa establece la regla general de la aplicación de la presunción, siendo la exclusión en algunos procedimientos una regla excepcional. Por ello, la regla excepcional de exclusión deberá ser interpretada de forma restrictiva: quedando excluidos de la aplicación de la presunción de laboralidad solamente los procedimientos en los que únicamente se debatan aspectos de Seguridad Social, tributarios o penales. En cualquier caso, cabe señalar que, el art. 5.3 DTPD deja, expresamente, en manos de la trasposición la posibilidad de que la presunción se aplique a estos procedimientos también.

Mayores problemas jurídicos plantea el art. 5.6 de la DTPD al establecer que para aquellos contratos de prestación de servicios que comenzaron y todavía se mantienen en la fecha que tienen los EM para trasponer la normativa, la presunción legal mencionada solo se aplicará al período que comience a partir de esa fecha fijada por el art. 29.1 DTPD. Esta fecha será el día en el que pasen dos años de trasposición (en adelante la “Fecha”). Por tanto, para los contratos de prestación de servicios actualmente en vigor, o que comiencen antes de la Fecha, la presunción de laboralidad parece empleable solamente a los periodos de trabajo posteriores a ese día. Este precepto plantea un reto interpretativo relevante.

Conforme las reglas jurídicas clásicas, un contrato cuya forma de funcionar no ha cambiado durante un largo periodo de tiempo deberá ser calificado de la misma

forma por todo el periodo de duración. Esto es, si derivado de la aplicación de la presunción de laboralidad se considera un contrato de prestación de servicios como asalariado por el periodo de prestación posterior a la “Fecha”, la lógica jurídica debería llevar a entender que también lo fue por el periodo anterior hasta el inicio de la relación contractual (salvo que la empresa pudiera demostrar que la forma de trabajar dentro del mismo contrato ha sido distinta en un periodo de tiempo determinado anterior). La cuestión que surge es si a la vista del 5.6 DTPD esta solución jurídica -asumir que la relación a efectos de clasificación fue la misma durante todo el periodo- puede seguir aplicándose.

La literalidad del 5.6 DTPD establece que la presunción no debe aplicarse al periodo anterior a la fecha indicada. Por tanto, los tribunales no podrán aplicar dicha presunción de laboralidad para determinar la laboralidad durante los periodos anteriores a la fecha de trasposición. Sin embargo, los jueces cuando asumen que toda la relación se ha producido en términos similares durante un largo periodo de tiempo (salvo que se demuestre lo contrario) no están implementando una presunción legal de laboralidad, sino las reglas clásicas de carga de la prueba y la lógica jurídica. De esta forma, en mi opinión, en art. 5.6 DTPD no se opone a que los jueces asuman -salvo que se pruebe otra cosa durante el juicio- que un contrato considerado asalariado derivado de la presunción de laboralidad de la Directiva aplicada a periodos posteriores a la “Fecha”, también contenía las características de un contrato laboral en fechas anteriores a la misma.

Otra cuestión que plantea este precepto es qué ocurre con la aplicación de la presunción de laboralidad a los contratos ya finalizados en la “Fecha” del art. 29.1 DTPD. La normativa exige, para la no aplicación de la presunción, que la relación contractual examinada empezara con anterioridad a la “Fecha” pero, además, que todavía siga vigente. De esta forma, una interpretación literal permitiría que la excepción de no aplicación de la presunción (contenido en el art 5.6 DTPD) no se aplicara a contratos concluidos en la “Fecha”, por no cumplimiento de uno de los requisitos de la excepción. Sin embargo, parece razonable pensar que el legislador europeo quería inaplicar la presunción también a relaciones contractuales ya terminadas en la fecha estén o no vigentes en el momento de la “Fecha”.

## 5. LAS PROTECCIONES FRENTE A LOS ALGORITMOS

La DTPD dedica su capítulo tercero a la dirección algorítmica. En la literatura se ha expuesto de forma profusa los riesgos para las condiciones laborales, para los colectivos históricamente más discriminados, para la salud de los trabajadores e incluso para la libertad sindical y el poder de negociación de las personas trabajadoras el hecho de que los algoritmos tomen decisiones que les afecten<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Ver en extenso Todolí Signes A., *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, 2023.

En respuesta a estos retos, la DTPD plantea un conjunto de medidas detalladas y completas que otorgan protecciones individuales y colectivas frente al uso de algoritmos (que monitorizan o que toman decisiones) por parte de las plataformas digitales de trabajo.

La normativa tiene por objeto reducir el impacto negativo en las condiciones laborales de esta nueva innovación tecnológica cuando se usa para dirigir, organizar y controlar el trabajo. La DTPD diseña cuatro tipos de protecciones: i) prohíbe cierto tipo de usos de la tecnología; ii) fija obligaciones de transparencia sobre el uso y funcionamiento de este tipo de tecnología. Los derechos de información son de carácter individual y colectivo; iii) obligaciones de auditoría y control sobre los sistemas algorítmicos; iv) otorga derechos de revisión de las decisiones algorítmicas.

### **5.1. Usos prohibidos**

El capítulo dedicado a la dirección algorítmica comienza limitando el procesamiento de datos personales mediante monitorización automatizada y decisiones automatizadas. De esta forma, el foco de la prohibición se pone en la conjunción de dos elementos, de un lado, procesar datos personales, y de otro lado, con cierto objetivo.

Los objetivos para los que se prohíbe procesar datos personales son los siguientes: (a) procesar cualquier dato personal sobre el estado emocional o psicológico de la persona que realiza trabajo en plataforma; (b) procesar cualquier dato personal en relación con conversaciones privadas, incluidos intercambios con otras personas que realizan trabajo en plataforma y sus representantes; (c) recopilar cualquier dato personal mientras la persona que realiza trabajo en plataforma no esté ofreciendo o realizando trabajo en plataforma; (d) procesar datos personales para predecir el ejercicio de derechos fundamentales, incluidos el derecho de asociación, el derecho a la negociación colectiva y la acción o el derecho a la información y consulta, según se define en la Carta; (e) procesar cualquier dato personal para inferir origen racial o étnico, estado migratorio, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, discapacidad, estado de salud, incluida enfermedad crónica o estado de VIH, el estado emocional o psicológico, pertenencia a un sindicato, la vida sexual o la orientación sexual de una persona; (f) procesar cualquier dato biométrico, según se define en el Artículo 4, punto (14), del Reglamento (UE) 2016/679, de una persona que realiza trabajo en plataforma para establecer la identidad de esa persona comparando esos datos con datos biométricos almacenados de individuos en una base de datos.

Como se puede observar para aplicar la prohibición no se exige el uso de un tipo de tecnología algorítmica avanzado ni existen requisitos respecto al tipo de algoritmos o inteligencia artificial. Por el contrario, cualquier tipo de procesamiento que tenga por objetivo uno de los elementos de la lista estará prohibido.

Este precepto, al igual que el resto del capítulo sobre dirección algorítmica, se aleja del concepto restrictivo del art. 22 RGPD que exige para su aplicación que la decisión sea totalmente automatizada sin intervención humana<sup>16</sup>. Por el contrario, el art. 7.3 de la DTPD señala expresamente que la prohibición se aplica a las plataformas cuando usen sistemas automatizados para dar soporte o tomar decisiones que afectan a las personas de cualquier forma. De esta forma, aunque exista intervención humana significativa en el procesamiento o toma de decisiones relacionados con la lista de elementos prohibidos, la prohibición de uso de sistemas automatizados se mantiene.

Respecto al ámbito subjetivo de la prohibición, el art. 7.2 establece que incluye procesar los datos, no solo de todas las personas prestando servicios en las plataformas (por tanto, con independencia de que sean asalariados o autónomos), sino también de aquellos potenciales prestadores de servicios que se encuentren en proceso de reclutamiento o de selección.

## 5.2. Transparencia. Derechos de información y consulta

En los últimos años, el principio de transparencia ha adquirido una relevancia central y omnipresente en todas las regulaciones tecnológicas. Específicamente, un estudio indica que el 94% de los documentos analizados sobre inteligencia artificial destacan la transparencia como un principio fundamental en cualquier normativa o desarrollo ético relacionado con la IA<sup>17</sup>. De manera similar, otro estudio muestra que, de 84 documentos sobre valores éticos en materia algorítmica, la transparencia es el principio más mencionado<sup>18</sup>.

Estos principios éticos se han incorporado ampliamente en la normativa reciente. Por ejemplo, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (RIA) incluyen el principio de transparencia, además de otros derechos que concretan este principio multifacético<sup>19</sup>. En el mismo sentido, la DTPD establece una completa regulación que tiene por objetivo reducir la asimetría informativa entre la plataforma digital y los prestadores de servicios -tanto asalariados como autónomos.

<sup>16</sup> Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, RDS, 84, 2018.

<sup>17</sup> Fjeld, “Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI”, Berkman Klein Center for Internet & Society Research at Harvard University. 2020

<sup>18</sup> Jobin, A. et al. “The Global Landscape of AI Ethics Guidelines”, *Nature Machine Intelligence*, 1, 2019, 389-399.

<sup>19</sup> Ver Todolí Signes, A., “El principio de transparencia algorítmica en su dimensión individual y colectiva: Especial referencia a la Directiva de plataformas digitales y al Reglamento de IA”, Trabajo y Derecho, 19, 2024.



A su vez, este grupo de preceptos otorgan derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores respecto al uso de estas tecnologías en la plataforma digital. El carácter colectivo de estos derechos de información y consulta sigue la estela pionera de la Ley Rider española<sup>20</sup> y es una novedad a nivel europeo. En efecto, la doctrina ha sido crítica con el RGPD por establecer solamente derechos de información individuales e incluso por hacer recaer el peso de la legitimidad del tratamiento de datos automatizado en el consentimiento individual en una relación marcada por una gran desigualdad entre las partes que hace difícil considerar el consentimiento como válido como es en el contrato de trabajo. Por ello, la doctrina ha apostado por “negociar el algoritmo”<sup>21</sup> a través de los representantes legales de los trabajadores. La redacción final de la DTPD no alcanza a establecer obligaciones de negociación en el sentido estricto o de cogestión, pero sí exige que la implementación de estos sistemas automatizados -de control y de toma de decisiones- sean consultados con los representantes legales de los trabajadores.

La DTPD cuando concede derechos de información y consulta diferencia, en ocasiones, de un lado, los conceptos de representantes de los trabajadores y, de otro, representantes de las personas prestando servicios en plataformas. La diferencia viene provocada porque los derechos de información de carácter colectivo se conceden, no solamente en plataformas donde hay asalariados -y, por tanto, representantes legales clásicos-, sino también en aquellas plataformas donde los prestadores de servicios son verdaderos autónomos. La Directiva no establece ni regula sistemas de elección de representantes de los autónomos ni atribuye dichas funciones a órganos específicos creados por la DTPD, sino que concede el estatus de “representantes de las personas prestadores de servicios de plataformas” conforme a las leyes del EM o la práctica habitual en tales estados (art. 2.1 (g) DTPD).

Adicionalmente, la normativa al definir representantes legales de los trabajadores (art. 2.1 (f)) no parece dar preferencia a un tipo de representación u a otra. Por el contrario, conforme el considerando 22, los representantes son personas reconocidas como tal por las leyes de los EM o la práctica de cada país. Los únicos

<sup>20</sup> Todolí Signes., A., “Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, [en línea], 2021, n.º 2, pp. 28-65.

<sup>21</sup> A respecto ver, DE STEFANO, V.: “Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence, and labor protection”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 41 (1), 2020, pp. 15-46; De Stefano, V. y Taes, S.: “Algorithmic Management and Collective Bargaining.” *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, pp. 21-36; Sáez Lara, C.: “Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales.” *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (2), 2022, p.297 y ss.; Collins, P. y Atkinson, J.: “Worker voice and algorithmic management in post-Brexit Britain”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 29 (1), 2023, p. 4



requisitos que se exigen es que sean representantes designados o elegidos por los sindicatos o elegidos como representantes por elecciones libres en las empresas conforme a la normativa nacional. Esta amplitud en la que la DTPD define quién puede ser representantes a efectos de los derechos de información y consulta será relevante para la trasposición, dado que permitirá que, en aquellos casos en los que no existan representantes legales de los trabajadores en la propia plataforma<sup>22</sup>, estos sean suplidos por los sindicatos más representativos u otros mecanismos de representación<sup>23</sup>. También parece que la norma de trasposición podría dar preferencia a unos representantes sobre otros cuando existan los dos modelos en una concreta plataforma, puesto que la DTPD remite a la normativa del EM para concretar estos aspectos<sup>24</sup>.

La única regulación que establece la normativa respecto a las relaciones entre diferentes tipos de representantes es la subsidiariedad de los representantes de los proveedores de servicios. En este sentido, el art. 15 DTPD establece que estos representantes podrán ejercer los derechos otorgados por la DTPD<sup>25</sup> a los representantes legales de los trabajadores, pero solamente en beneficio del personal autónomo. Esto es, la normativa parece querer evitar que, a falta de representantes legales de los trabajadores, los representantes de los proveedores de servicios cubran ese espacio ejerciendo los derechos de información y consulta a favor de los asalariados. La precaución podría tener su origen en un temor de legislador a la posible “captación” de estos representantes no sindicales (y de los que no existe una fuerte tradición en Europa) por parte de la plataforma digital. En cualquier caso, cabe señalar que el art. 22 de la DTPD dictamina la obligación de implementar medidas de protección, en favor de los representantes, frente a las represalias de la plataforma por ejercer sus funciones.

El contenido de los derechos de información es muy detallado. Por un lado, se regula una extensa lista de aspectos que deben ser notificados a las concretas personas prestadoras de servicios (con independencia de su clasificación jurídica) y a sus representantes (art. 9. 1)<sup>26</sup>. La DTPD fija que esta información deberá entregarse

<sup>22</sup> O representantes de las “personas prestadoras de servicios de plataformas”.

<sup>23</sup> Como ya ocurre en la negociación de los planes de igualdad.

<sup>24</sup> Lo único que es obligatorio, de acuerdo con el art. 14 de la DTPD, es que en caso de que no haya representantes de los trabajadores en la plataforma, los EM deben asegurar que la plataforma digital de trabajo informe directamente a los trabajadores implicados.

<sup>25</sup> Esto es, los derechos otorgados bajo el Artículo 8.2, el Artículo 9.1 y 9.4, el Artículo 10.4 y el Artículo 11.2 de la DTPD.

<sup>26</sup> Esa información deberá referirse a: (a) todos los tipos de decisiones respaldadas o tomadas por sistemas de toma de decisiones automatizadas, incluso cuando dichos sistemas respalden o tomen decisiones que no afecten de manera significativa a las personas que realizan trabajo en plataformas; (b) en cuanto a los sistemas de monitoreo automatizado: (i) el hecho de que tales sistemas están en uso o en proceso de ser introducidos; (ii) las categorías de datos y acciones monitoreadas, supervisadas o evaluadas por dichos sistemas, incluida la evaluación por parte del

por escrito y la información deberá presentarse de forma transparente, inteligible, en un formato fácilmente accesible utilizando lenguaje claro y sencillo (art. 9.2 DTPD). También se regula el momento de entrega de la información: el primer día de trabajo o antes de la introducción de cambios que afecten a las condiciones de trabajo y también en cualquier momento en que sea solicitada la información (art. 9.3 DTPD). Adicionalmente, deberá entregarse toda la información a las personas en proceso de selección (art. 9.5). Cabe entender, en este sentido, que, aunque las plataformas no hacen un proceso de selección al uso, la obligación de información nacerá en el momento anterior a que soliciten formar parte de la plataforma. Esto es, dentro del proceso a seguir decidido por la plataforma para formar parte de ella (y poder prestar servicios a través de ella o para ella) toda la información del art. 9.1 DTPD deberá estar disponible y accesible.

Adicionalmente a esta información, en el ámbito colectivo, el art. 13 DTPD determina que los representantes de los trabajadores en plataformas digitales de trabajo tendrán derecho de información y consulta -en los términos de la Directiva 2002/14/EC- cuando la plataforma tome decisiones que probablemente lleven a la introducción (o cambios sustanciales en el uso) de sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones.

Igualmente, la DTPD configura obligaciones adicionales en los casos en los que la plataforma digital deba realizar una evaluación de impacto conforme al art. 35 del RGPD. Concretamente, el art. 8 de la DTPD determina que en el desarrollo de la evaluación se deba consultar a las personas prestando servicios en la plataforma y sus representantes. Además, las plataformas deberán entregar la evaluación de impacto a los representantes de los trabajadores<sup>27</sup>. A mi juicio, el mecanismo de cumplimiento de este precepto debería ser similar a cómo se desarrollan los planes de igualdad. Es decir, la empresa debería presentar una propuesta de diagnóstico -que sería la evaluación- y con los representantes

destinatario del servicio; (iii) el objetivo del monitoreo y cómo el sistema pretende lograrlo; (iv) los destinatarios o categorías de destinatarios de los datos personales procesados por dichos sistemas y cualquier transmisión o transferencia de dichos datos personales, incluida dentro de un grupo de empresas; (c) en cuanto a los sistemas de toma de decisiones automatizadas: (i) el hecho de que tales sistemas están en uso o en proceso de ser introducidos; (ii) las categorías de decisiones que son tomadas o respaldadas por dichos sistemas; (iii) las categorías de datos y los parámetros principales que tales sistemas tienen en cuenta y la importancia relativa de esos parámetros principales en la toma de decisiones automatizada, incluida la manera en que los datos personales o el comportamiento de la persona que realiza trabajo en plataforma influyen en las decisiones; (iv) los motivos de las decisiones para restringir, suspender o terminar la cuenta de la persona que realiza trabajo en plataforma, para rechazar el pago por el trabajo realizado por ella, así como para decisiones sobre su estatus contractual o cualquier decisión de efecto equivalente o perjudicial.

<sup>27</sup> Este es uno de los supuestos en los que la Directiva da preferencia a los representantes de los trabajadores. Ahora bien, ante la ausencia de estos, el art. 15 de la DTPD, permite que la entrega de la evaluación de impacto se realice a los representantes de las personas proveedoras de servicios, aunque solamente a efectos de sus representados que son las no asalariados.

se negocia tanto el diagnóstico como las medidas para reducir el impacto de la tecnología. En fin, la conjunción de los art. 8 y 13 de la DTPD parecen implicar una intervención fuerte de los representantes en cualquier implantación de un sistema de seguimiento automatizado o toma de decisiones algorítmico que va más allá de la mera entrega de información.

### 5.3. Auditoría algorítmica y de los sistemas de control

Bajo el principio fundamental de que una persona debe estar en control del algoritmo -siguiendo el extendido lema del “human in command”<sup>28</sup>- la DTPD establece obligaciones de supervisión (art. 10) y revisión (art. 11) sobre el algoritmo que deben ser realizadas por humanos. Sin embargo, a pesar del título de los preceptos, su contenido no se centra tanto en que una persona humana deba realizar las actividades de supervisión y revisión como que las mismas deban hacerse correctamente. Es decir, las obligaciones impuestas tienen por objetivo garantizar la no vulneración de los derechos de las personas prestadoras de servicios y no la simple intervención humana en el proceso. De ahí que, a mi juicio, sería más acertado que, al menos el art. 10 DTPD, se hubiera titulado “obligaciones de auditoría algorítmica”.

Se busca conseguir este objetivo mediante el establecimiento de obligaciones *expost*, esto es, supervisión y revisión del resultado obtenido tras la toma de decisiones en la que interviene el algoritmo o el sistema automatizado de control. Así, la normativa dictamina obligaciones de reducción del riesgo de vulneración de derechos durante el desarrollo del sistema algorítmico y antes de su implantación en la empresa (el art. 35 RGPD y 8 y 13 DTPD). Adicionalmente se establece la obligación de supervisar que el sistema, una vez implantado, funciona correctamente y no vulnera dichos derechos (art. 10 DTPD).

Concretamente, el art. 10 DTPD indica que las plataformas digitales deberán supervisar regularmente -máximo cada dos años- y realizar una evaluación del impacto de las decisiones individuales tomadas o realizadas con el apoyo de los sistemas automatizados de control o de toma de decisiones en sus condiciones de trabajo y en materia de igualdad. Así pues, como se acaba de defender, la norma no impone solamente la intervención humana en la supervisión de los efectos que esté provocando el sistema automatizado, sino que ordena realizar una evaluación del impacto a posteriori: lo que yo llamaría una auditoría algorítmica<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Un lema muy extendido entre la doctrina más autorizada y que fue incorporado al informe de la OIT sobre el Futuro del trabajo, Global Commission on the Future of Work, Work for a brighter future, ILO, 2019.

<sup>29</sup> Sobre la necesidad de obligar a establecer auditorías algorítmicas como forma real de proteger los derechos de las personas trabajadoras frente a la dirección algorítmica del trabajo ver, Todolí Signes, A., Algoritmos productivos y extractivos, Aranzadi, 2023.

En su art. 10.2 DTPD se indica que los EM deben requerir a la plataforma digital para que tenga suficientes recursos para una efectiva supervisión y evaluación (auditoria). Además, se especifica que el responsable de la auditoria deberá tener suficiente competencia, formación y autoridad para realizar sus funciones incluida la autoridad competencial para modificar decisiones automatizadas individuales. Esta persona deberá tener protección frente a represalias por parte de la empresa por ejercer sus funciones.

Una cuestión relevante que surge es si la plataforma digital podría externalizar la realización de la auditoria en terceras empresas. Actualmente se está creando un mercado relevante de empresas especializadas en la realización de auditorías algorítmicas y tendría sentido que la empresa pudiera externalizar alguna de las partes de esa auditoria de impacto. Ahora bien, la literalidad del precepto implica que exista un responsable en la propia empresa al estilo del Delegado de Protección de datos -de hecho, nada impide que fuera la misma persona-. La intención de que dicha persona o personas (la Directiva habla en plural) sea interna se vislumbra precisamente por concederle protección frente al despido (u otras represalias) por el ejercicio de sus funciones. A pesar de esto, considero que sería perfectamente posible que la empresa externalizara parte del proceso de auditoría bajo la supervisión o control de estas personas expertas y responsables nombradas por la plataforma digital.

Adicionalmente, la norma exige que dicha supervisión (auditoría) se realice con la participación de los representantes de los trabajadores (art. 10.1 DTPD). La norma no aclara cuál debe ser el nivel de intervención. Se debe entender que no puede ser un simple derecho de información y consulta sobre la auditoría, puesto que entonces el legislador hubiera usado ese término -que sí usa en el art. 13 de la propia Directiva-. De esta forma, la participación de los representantes en la auditoría debe ser algo más. En mi opinión, la solución puede venir por lo que algunas empresas ya están realizando dentro de la UE<sup>30</sup>: los comités conjuntos. En efecto, el responsable final de la realización de la evaluación será la plataforma, sin embargo, el proceso y la toma de decisiones como: la elección, en su caso, de la empresa a la que subcontratar, el tipo de auditoría a realizar, la intensidad de la misma, las medidas a tomar tras los resultados de la auditoría, etc., deberían adoptarse mediante un comité paritario en el que los representantes de los trabajadores formaran parte con las mismas potestades que los representantes de la empresa.

<sup>30</sup> REGO, K.: “Works councils and the digitalisation of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?”, *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022; DE STEFANO, V. y TAES, S.: “Algorithmic Management and Collective Bargaining.” *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, pp. 21-36; COLLINS, P. y ATKINSON, J.: “Worker voice and algorithmic management in post-Brexit Britain”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 29 (1), 2023, p. 4.

Finalmente, el art. 10.5 nombra la intervención humana, en su sentido más clásico, al indicar que todas las decisiones que impliquen restringir, suspender o terminar una relación contractual con una persona prestadora de servicios deben ser tomadas por un humano. Por la redacción, no cabe duda, de que la intervención humana en este tipo de decisiones deberá ser significativa. La redacción no deja dudas de que la mera convalidación de la decisión automatizada por un humano no cumpliría la exigencia de que la decisión sea “tomada” por un ser humano.

De hecho, el debate que puede surgir respecto a este contundente precepto es el contrario. Es decir, dilucidar si el precepto permite que este tipo de decisiones se tomen con apoyo de un sistema automatizado o, por el contrario, si el precepto prohíbe también cualquier tipo de intervención automatizado en este tipo de decisiones. Esta última opción no parece el objetivo de la Directiva. En general, tal y como expresa el considerando 48 de la Directiva, este precepto es asimilable -con una redacción más clara para reducir posibles problemas interpretativos- al art. 22 del RGPD. En este sentido, el art. 10.5 DTPD tendría por objetivo garantizar una intervención humana significativa en la toma de este tipo de decisiones. Como ha indicado la doctrina, esto implica que la plataforma, para demostrar que hay intervención humana significativa, debería acreditar que, de forma estadísticamente relevante, se aparta de la toma de decisiones del algoritmo o, alternativamente, que el ser humano realiza un proceso de toma de decisiones independiente y que posteriormente es comparado con el tomado por el sistema automatizado<sup>31</sup>.

Un riesgo que puede tener esta interpretación, que asimila el objetivo del art. 10.5 DTPD con el contenido del art. 22 RGPD, es concluir que la intervención humana significativa es solamente aplicable para decisiones de restricción, suspensión o despido de prestadores de plataformas digitales. Sin embargo, aunque el ámbito del 10.5 DTPD se refiere únicamente a estas materias, el art. 22 RGPD hace referencia a cualquier decisión que “produzca efectos jurídicos” sobre la persona. De esta forma, parece relevante señalar que otro tipo de decisiones automatizadas que no sean del contenido descrito en el art. 10.5 DTPD le seguirá siendo aplicable el art. 22 RGPD.

#### **5.4. Derecho de revisión**

El art. 11 DTPD mantiene el objetivo de una IA “bajo control humano”. No obstante, su alcance es mucho más concreto. El precepto comienza estableciendo el “derecho a una explicación”. Este derecho ya forma parte del RGPD, por lo que de nuevo es un precepto que tiene por objetivo aclarar y concretar la aplicación de este en plataformas digitales. En efecto, el “derecho a una explicación” contenido en el RGPD se encuentra sometido a un fuerte debate doctrinal entre posiciones muy alejadas. Por un lado, se defiende que la persona tiene derecho a una explicación

<sup>31</sup> Todolí Signes A., *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

previa de cómo funciona, en general, el sistema algorítmico<sup>32</sup>. Por otro lado, otra parte de la doctrina<sup>33</sup>, entre las que me encuentro<sup>34</sup>, sostienen que el derecho a la explicación nacido del RGPD frente a decisiones automatizadas es a posteriori. Esto es, se tiene derecho a conocer porqué el sistema algorítmico ha tomado la concreta decisión que ha afectado a la concreta persona que ha reclamado la explicación.

Este debate no se va a replicar respecto al art. 11 de la DTPD. Este artículo es claro al indicar que el derecho a obtener una explicación se refiere a la concreta decisión tomada por el sistema automatizado o con soporte del sistema automatizado. Adicionalmente, se indica que esa explicación debe presentarse sin retrasos indebidos, de forma transparente, inteligible y usando lenguaje claro y sencillo. Es decir, la norma aclara que no se busca una explicación del funcionamiento del algoritmo (o una explicación matemática de su funcionamiento) sino de los motivos que han llevado a la toma de esa decisión. Esto es, de los comportamientos, actitudes o aptitudes de la persona, de las valoraciones, evaluaciones o ponderaciones realizadas por el algoritmo y del nexo causal que ha llevado al resultado concreto (la decisión algorítmica o el resultado usado para apoyar la decisión humana).

Cuando la decisión tomada es de restricción, suspensión o terminación de la cuenta de la persona prestando servicios, la normativa se vuelve más garantista. En este supuesto, la norma no configura un derecho subjetivo a una explicación que debe ser activado por la persona afectada -o sus representantes-, sino que instaura una obligación a la plataforma de entregar por escrito las razones de la decisión. Ahora bien, estas garantías son diluidas posteriormente, cuando el art. 11.4 DTPD determina que el contenido del art. 11 no afecta a los procedimientos disciplinarios o de despido establecidos por la norma nacional o los convenios colectivos. De esta forma, parece indicar que la obligación de entregar por escrito

<sup>32</sup> Wachter, B., Mittelstadt Y Floridi, “Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation” *International Data Privacy Law*, 7, 2017, pp 79–90.

<sup>33</sup> Isak Mendoza & Lee A. Bygrave, “The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling”, en Tatiani Synodinou et al. (eds.) *EU internet law: regulation and enforcement*, 2017, <https://papers.ssrn.com/abstract=2964855> [<https://perma.cc/XV3T-G98W>]; Edwards L Y Veale M., “Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For”, *Duke Law & Technology Review*, 16, 2017, p 18-82; Wan Kim Y Routledge B., “Algorithmic Transparency, a Right to Explanation, and Placing Trust”, *Squarespace*, 2017, <https://static1.squarespace.com/static/592ee286d482e908d35b8494/t/59552415579fb30c014cd06c/1498752022120/Algorithmic+transparency%2C+a+right+to+explanation+and+trust+%28TWK%26BR%29.pdf> [<https://perma.cc/K53W-GVN2>, visitado 07/05/2024]; Gianclaudio Malgieri & Giovanni Comandé, “Why a Right to Legibility of Automated Decision Making Exists in the General Data Protection Regulation”, *International data privacy Law*, 7 (4) 243, 246–47, 2017.

<sup>34</sup> Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *RDS*, 84, 2018.

las razones de la restricción, suspensión o terminación de la relación jurídica/ la cuenta en la plataforma no deberá ser valorado -o al menos la Directiva no obliga a ello- a efectos de la calificación jurídica del despido o de otras sanciones disciplinarias. En cualquier caso, esto no parece que vaya a afectar a nuestro país donde la normativa ya exige que la carta de despido contenga las razones del mismo.

## 6. RECOMENDACIONES PARA LA TRASPOSICIÓN

La Directiva otorga a los EM dos años para su trasposición y expresamente permite que en ella se puedan mejorar sus prescripciones en beneficio de las personas trabajadoras y autónomas (art. 26 DTPD). De esta forma, el Estado español tiene una oportunidad única para clarificar y desarrollar algunas de las cuestiones contenciosas que se plantean en la Directiva.

En primer lugar, considero que el contenido de esta Directiva debería ser traspuesto en el propio ET. En los últimos años se ha producido una disgregación normativa laboral al margen del Estatuto (ej., Ley del trabajo a distancia, Ley orgánica de protección de datos y garantía de Derechos digitales, entre otros). Como se ha sostenido en otros lugares<sup>35</sup>, el fenómeno de la “huida” del Estatuto de los Trabajadores provoca problemas interpretativos, competenciales y de efectividad de la norma laboral. Estos problemas se verían reducidos si los derechos laborales se incorporaran directamente en el ET. Adicionalmente, en los últimos años a nivel político se ha planteado la necesidad “llevar” el ET al S.XXI. Dificilmente se entendería que se pretende cumplir este objetivo si la regulación de una parte esencial de lo que es el trabajo en el S.XXI, el trabajo en plataformas queda al margen de este<sup>36</sup>.

En línea con lo anterior, la trasposición deberá aclarar quién es el órgano competente para supervisar y controlar el cumplimiento de la normativa traspuesta. La DTPD, en su art. 24, señala que “Las autoridades de control responsables de supervisar la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 también serán responsables de supervisar y garantizar la aplicación de los artículos 7 a 11 de la presente Directiva en lo que respecta a las cuestiones de protección de datos.” De esta forma, en materia de protección de datos contenida en los art. del 7 al 11, el órgano competente deberá ser la AEPD. Sin embargo, este conjunto de artículos, del 7 al 11, contiene muchas prescripciones más allá de la mera protección de datos. Así, por ejemplo, cuando el art. 7.1 (b) DTPD impide “tratar ningún dato personal relacionado con conversaciones privadas, tampoco los intercambios con

<sup>35</sup> Todolí Signes, A., “Algoritmos productivos y extractivos”, Aranzadi, 2023.

<sup>36</sup> Respecto a las garantías frente a los algoritmos concedidas a las personas naturales en plataformas digitales estas podrían incorporarse a la LOPDGDD o a la Ley del trabajo autónomo.



otras personas que realicen trabajo en plataformas ni con los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas”, lo que implica que el procesamiento de ese tipo de datos debería ser controlado y sancionado por la AEPD. Ahora bien, este tipo de procesamiento también implica una vulneración del derecho a la intimidad y en el caso de las conversaciones con los representantes legales determinaría una vulneración de la libertad sindical cuyo competente en materia de sanción debería ser la ITSS. En el mismo sentido, la existencia de una evaluación de impacto, art. 35 RGPD, debería ser controlada por la AEPD, pero el control de que la misma sea “consultada” con los representantes del personal y que sea entregada a estos, de nuevo, debería recaer en la ITSS. De esta forma, considero que la LISOS debería ser actualizada para concretar y aclarar la tipificación del incumplimiento de las salvaguardas frente a los algoritmos por razones de seguridad jurídica y garantía de la efectividad de la norma.

En segundo lugar, la normativa establece un amplio abanico de protecciones frente al control automatizado y a las decisiones automatizadas, unas garantías que, sin ser perfectas, mejoran sustancialmente las existentes en el RGPD, amén de clarificar muchos de los problemas interpretativos que el Reglamento genera en esta materia. En este sentido, considero que las protecciones frente a los algoritmos -art. 7 al 15 DTPD- deberían aplicarse a todas las empresas que usen sistemas de control automatizado o de toma de decisiones automatizadas y no solamente a las plataformas digitales. Cuatro razones justifican esta propuesta.

1. La normativa de protección algorítmica de la Directiva es técnicamente mejor, más completa y actualizada que la contenida en el RGPD. De un lado, el Reglamento fue aprobado en 2016. La rápida evolución de la IA en estos ocho años, así como un mejor conocimiento sobre los riesgos que plantea la IA para los derechos de las personas ha permitido una regulación actualizada. De otro lado, el RGPD es una norma transversal pensada principalmente para proteger consumidores informados (de ahí que el consentimiento individual sea la principal forma de legitimación del tratamiento de datos), donde instituciones como la identificación de un responsable, la elaboración de normas técnicas, la previsión de mecanismos de control o la relevancia del consentimiento son sus señas identitarias. Por el contrario, los principios aplicables a las normas laborales son muy distintos: garantía de derechos, limitaciones a la autonomía de la voluntad, reconocimiento de la autonomía colectiva, legitimación del conflicto. En este contexto, la DTPD se acerca mucho más a la perspectiva laboral clásica, regulando específicamente para las necesidades del mercado de trabajo.
2. Los riesgos frente a la dirección algorítmica del trabajo analizados por la doctrina y que se pretenden reducir con las prescripciones contenidas en la DTPD no afectan solamente a los trabajadores de plataformas. Por el contrario, el hecho diferencial que hace necesarias las protecciones específicas es la existencia de



un control automatizado o un sistema de toma de decisiones automatizado. Es decir, no es el factor “plataforma” lo que justifica la necesidad de estas garantías, sino el hecho de que un algoritmo tome decisiones que afecten a personas. Por esta razón, no hay justificación suficiente para excluir de la aplicación de estos derechos las personas trabajadoras sometidas a un algoritmo, pero que no trabajan en plataformas.

3. El tercer motivo, muy relacionado con lo anterior, es evitar la creación de trabajadores de primera y de segunda. Las diferenciaciones injustificadas en materia de protecciones laborales violentan el principio de igualdad ante la ley. De esta forma, si el factor diferencial es el control o la toma de decisiones automatizada este debería ser el factor activado/justificante de las protecciones.
4. La última razón es por seguridad jurídica. En efecto, ya con el RGPD, gran parte de las prescripciones frente a algoritmos que contiene la DTPD están incluidas y, por tanto, son obligatorias para todas las empresas y no solo las plataformas. Esto es, la DTPD solamente aclara y detalla las mismas. Así pues, convendría aplicar dicha “aclaración” a todas las empresas y no solo a las plataformas por razones de seguridad jurídica.

Por este argumento, considero que la trasposición debería incorporar estos derechos, no solo en el ámbito de plataformas, sino también para otras empresas siempre que usen esos medios tecnológicos para monitorizar, tomar o fundamentar decisiones organizativas o empresariales que afecten a trabajadores.

En tercer lugar, la trasposición debe concretar respecto a quien se predicen los derechos colectivos incluidos. De esta forma, cabría aclarar si se da preferencia a las secciones sindicales o al comité de empresa y en qué supuestos. En cualquier caso, parece conveniente indicar que en caso de que no existan representantes legales en la plataforma estos derechos son reconocidos a los sindicatos más representativos como se ha hecho con los planes de igualdad.

Por último, donde la Directiva deja mayor margen de posibilidades a los EM es en materia de los criterios de activación de la presunción iuris tantum de laboralidad. Las posibilidades son múltiples. En mi opinión, dado que en España la doctrina judicial ya ha considerado que el art. 8.1 ET tiene una presunción iuris tantum de laboralidad que desplaza la carga de la prueba a aquel que niega la laboralidad lo que podría hacer la trasposición es simplemente positivizar en la literalidad de la norma esa interpretación. En este sentido, se propone la siguiente redacción “*se presumirá, salvo prueba en contrario, que se cumplen los requisitos del art. 1.1 del ET cuando una persona individual preste servicios en plataformas digitales conforme están definidas en esta norma*”.

Esta redacción propuesta no significa que la presunción no tenga criterios de activación. Muy al contrario, la persona que solicita la aplicación de la presunción debería probar “que trabaja en una plataforma digital”, esto es, que cumple con

los cuatro requisitos: a) provee servicios a través de medios electrónicos como una web o una aplicación, b) ese servicio se provee a petición del receptor; c) la plataforma organiza el trabajo realizado por individuos a cambio de un pago, el servicio puede desarrollarse online o presencialmente; d) existen sistemas automatizados de monitorización o de toma de decisiones. Una vez probados que se prestan servicios en estas circunstancias la carga de la prueba pasaría a la plataforma digital para probar que los requisitos del art. 1.1 ET no se dan o que se está en alguno de los supuestos del art. 1.3 ET.

En fin, se debe hacer una valoración positiva de la norma aprobada en el seno de la Unión. No obstante, en este trabajo se plantea una serie de dudas jurídicas que deberían quedar resueltas en la trasposición con objeto de reducir la inseguridad jurídica y de garantizar que se cumple el objetivo normativo de mejora de las condiciones laborales de los trabajadores en plataformas digitales y sometidos a la dirección algorítmica.



# DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES A LA PROMOCIÓN DE LA SALUD EN EL TRABAJO: REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO FRANCÉS DE ‘CALIDAD DE VIDA Y DE CONDICIONES DE TRABAJO’\*

SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ\*\*

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Santiago de Compostela

ORCID: 0000-0002-9093-4100

## RESUMEN

**Palabras clave:** bienestar en el trabajo, promoción de la salud; calidad de vida, prevención de riesgos laborales

El presente artículo analiza el bienestar en el trabajo desde la perspectiva jurídica y de la prevención de riesgos laborales y, en particular, su desarrollo en Francia, a través del concepto de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’. La citada noción se desarrolló en el ámbito de la negociación colectiva y, en la actualidad, existe un deber de negociar sobre la temática en el Code du travail. A diferencia del marco general sobre la promoción de la salud en el trabajo, el mencionado concepto francés solo se centra en los aspectos relacionados con las condiciones de trabajo, y no en las cuestiones vinculadas con los hábitos de vida y la salud individual de los trabajadores. El trabajo plantea la posibilidad de realizar una interpretación amplia del deber de protección del empresario, para integrar en el mismo las medidas sobre la calidad de vida y de las condiciones de trabajo vinculadas con la seguridad y salud en el trabajo.

## ABSTRACT

**Key words:** wellbeing at work, health promotion, quality of life and working conditions, health and safety at work

*This paper analyses wellbeing at work from legal and occupational health and safety perspective and, in particular, its development in France, through the concept of ‘quality of life and working conditions’. This notion was developed in the field of collective bargaining and, currently, there is a duty to negotiate on the subject in the Code du travail. Unlike the general framework on health promotion at work, the French concept only focuses on aspects related to working conditions, and not on issues linked to lifestyle and individual health of workers. The paper raises the possibility of carrying out a broad interpretation of the employer’s duty to protect, to integrate into it the measures on the quality of life and working conditions linked to safety and health at work.*

\* Este trabajo es uno de los resultados de la estancia de investigación realizada en la *Chaire internationale d’étude comparée de la santé au travail (CIECST)*, en el *Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC UMR 5114 CNRS-Université de Bordeaux)*, de mayo a julio de 2024, en el marco del Programa “José Castillejo” para estancias de movilidad en el extranjero de jóvenes doctores. La elaboración de este trabajo no hubiese sido posible sin la inestimable colaboración del Director de la Cátedra, Loïc Lerouge, a quién quiero agradecer el tiempo que ha dedicado a orientarme y a debatir sobre la temática de este artículo. Asimismo, el presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto europeo *Increasing Metalworkers’ representatives’ Awareness and Skills on Mental Health Protection & Promotion in the Workplace - IncreMe(n)tal* (1237 SOCPL-2023-INFO-WK), y también se enmarca en el Grupo de Investigación GI-1876 “Empresa y Administración” de la Universidad de Santiago de Compostela. Grupo de Referencia Competitiva del Sistema Universitario de Galicia - ED431C 2023/29. Xunta de Galicia.

\*\* Miembro del Instituto de Estudos e Desenvolvimento de Galicia (IDEGA).

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL “BIENESTAR EN EL TRABAJO”: UN CONCEPTO DE DIFÍCIL ENCAJE JURÍDICO
  - 2.1. La promoción de la salud en el trabajo y su diferencia con la prevención de riesgos laborales
  - 2.2. El desarrollo del concepto de ‘bienestar en el trabajo’ en Francia
3. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ‘CALIDAD DE VIDA EN EL TRABAJO’ EN FRANCIA
  - 3.1. Origen del concepto de ‘calidad de vida en el trabajo’: especial referencia al Acuerdo Nacional Interprofesional de 2013
  - 3.2. La recepción del concepto de ‘calidad de vida en el trabajo’ en la legislación: especial referencia al deber de negociar
  - 3.3. De la ‘calidad de vida en el trabajo’ a la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’: el Acuerdo Nacional Interprofesional de 2020
  - 3.4. La Ley de 2021 para fortalecer la prevención en la salud en el trabajo
  - 3.5. Análisis de la negociación colectiva: especial referencia a la seguridad y salud en el trabajo
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿HACIA LA INCLUSIÓN DE LA “CALIDAD DE VIDA Y DE CONDICIONES DE TRABAJO” EN EL DEBER DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO?

## 1. INTRODUCCIÓN

En un contexto postpandemia, caracterizado por el aumento de los problemas de salud mental entre la población trabajadora<sup>1</sup>, y en el que se están desarrollando fenómenos como, por ejemplo, “La gran dimisión”<sup>2</sup> o el “turismo laboral”<sup>3</sup>, el ‘bienestar en el trabajo’ se convierte en un concepto estratégico. De hecho, en las *Conclusiones sobre el bienestar en el trabajo*, adoptadas el 8 de junio de 2020, por el Consejo de la Unión Europea<sup>4</sup>, se puso de manifiesto que aquel puede generar una mayor productividad y participación en el mercado laboral, así como reducir el gasto en sanidad pública. De esta manera, el ‘bienestar en el trabajo’ se configura como una forma de atraer y retener personal cualificado y de reducir el absentismo.

<sup>1</sup> EU-OSHA, *Mental health at work after the COVID19 pandemic – What European figures reveal*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024, pp. 36 y 39.

<sup>2</sup> “The Great Resignation” en inglés o “La Grande démission” en francés. Este fenómeno se desarrolló, sobre todo en EE.UU., tras la pandemia provocada por el COVID-19 y se refiere al aumento del número de dimisiones de personas trabajadoras con un puesto de trabajo estable, motivadas, entre otras razones, por la búsqueda de mejores condiciones laborales.

<sup>3</sup> El denominado “turista laboral” es aquel trabajador, normalmente joven, que no responde al modelo tradicional del “empleado de por vida”, sino que, en lugar de permanecer en una sola empresa durante toda su carrera, busca experiencias laborales diversas, y está en cada proyecto una media de 1,7 a 2 años. Estos trabajadores valoran los cambios frecuentes de experiencia, y van saltando “de liana en liana”, para aprender, crecer y enriquecerse. Véase, Fundación máshumano, *El Turista laboral. ¿Se acabó el empleado de por vida? Rediseño de la propuesta de valor para el nuevo talento*, 2024, pp. 6 y 11.

<sup>4</sup> Disponibles en: <https://www.consilium.europa.eu/media/44350/st08688-en20.pdf>

En consecuencia, en las citadas Conclusiones se invitaba a la Comisión Europea y a los Estados miembros a tener en cuenta la dimensión del bienestar en las políticas a nivel europeo y nacional.

Si bien, tradicionalmente, el ‘bienestar en el trabajo’ se ha estudiado en disciplinas ajenas al ámbito jurídico, como la Psicología del Trabajo, la Organización de Empresas o la Economía Laboral, lo cierto es que, como se tratará de poner de manifiesto en el presente artículo, aquel tiene una gran relevancia para el Derecho del Trabajo y, por lo tanto, merece ser analizado desde la perspectiva jurídica. Ahora bien, el primer problema con el que nos encontramos cuando nos aproximamos a su estudio desde el Derecho es la ausencia de un concepto de bienestar en la literatura jurídica, lo que produce confusiones semánticas<sup>5</sup>, en particular, a la hora de diferenciarlo de otras nociones, como, por ejemplo, la felicidad<sup>6</sup>. Asimismo, es necesario tener en cuenta que el ‘bienestar en el trabajo’ también está relacionado con otros conceptos que se han desarrollado en el plano internacional, como el de trabajo decente, elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>7</sup>, la calidad del empleo o el trabajo sostenible<sup>8</sup>.

Aunque la idea de ‘bienestar en el trabajo’ es muy amplia y está relacionada con diferentes aspectos del Derecho del Trabajo, como, por ejemplo, el tiempo de trabajo, la carga de trabajo o la conciliación de la vida laboral y familiar, el presente estudio se limitará a analizarlo desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo<sup>9</sup>. Así, es necesario recordar que la OIT señala que “la finalidad de la salud en el trabajo consiste en lograr la promoción y mantenimiento del más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todos los trabajos”<sup>10</sup>. En esta línea, la ‘Declaración de Luxemburgo sobre la promoción de la salud en el trabajo en la Unión Europea’, adoptada en el año 1997<sup>11</sup>, por la Red Europea para la Promoción de la Salud en el Trabajo (ENWHP), ya ponía de manifiesto que, si

<sup>5</sup> Christelle, Maxence, “Bien-être, être-bien et bonheur: essai de clarification conceptuelle”, en Torre-Schaub, Marta (directora), *Le bien-être et le droit*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2016, p. 19.

<sup>6</sup> Christelle, Maxence, *op. cit.*, p. 25.

<sup>7</sup> Héas, Franck, “Le bien-être au travail”, *La Semaine Juridique Social*, n. 27, 2010, p. 15, señala que es posible vincular el concepto de ‘bienestar en el trabajo’ con el de trabajo decente, ya que uno de los objetivos de este último es el “bienestar colectivo”.

<sup>8</sup> Eurofound, *Sustainable work over the life course: Concept paper*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.

<sup>9</sup> En todo caso, hay que tener presente que todos los aspectos citados influyen en la prevención de riesgos laborales.

<sup>10</sup> OIT, *Actividades de la OIT relacionadas con las normas en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo: estudio detallado para la discusión con miras a la elaboración de un plan de acción sobre dichas actividades*. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, Ginebra, 2003.

<sup>11</sup> La Declaración se actualizó en los años 2005, 2007 y 2018.

bien la seguridad y salud en el trabajo había contribuido, significativamente, a la disminución de los accidentes y a la prevención de las enfermedades profesionales, se había hecho evidente que, por sí sola, aquella no podrá hacer frente a los retos del siglo XXI, como, por ejemplo, la globalización o el envejecimiento de la población trabajadora<sup>12</sup>.

En España, aunque la doctrina especializada en la materia entiende que el logro de un completo bienestar del trabajador no forma parte del contenido del deber general de protección del empresario<sup>13</sup>, que se limita a garantizar la seguridad y salud en el trabajo, cabe plantearse si el citado deber debería ampliarse, para pasar a integrar medidas que vayan más allá de la prevención de riesgos laborales en sentido estricto. Así, resulta oportuno tener en cuenta el tratamiento que se ha dado a esta temática en los países de nuestro entorno.

El objeto de la presente investigación consiste en analizar cómo se ha desarrollado la noción de ‘bienestar en el trabajo’ en Francia, en particular, durante la última década, a través del concepto específico de ‘calidad de vida en el trabajo’, que, posteriormente, como se verá, se transformó en el de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’<sup>14</sup>. Hace ya tiempo que los juristas franceses se interesaron por la ‘calidad de vida en el trabajo’<sup>15</sup> y pusieron de manifiesto que se trata de un tema que ha de ser estudiado por los *iustlaboralistas*<sup>16</sup>. En concreto, por aquellos que entienden que el Derecho del Trabajo no se limita al Derecho del Empleo o a las controversias que surgen entre empresario y trabajador, sino que lo consideran como algo muy importante para la calidad de vida de aquellos a los que se les aplica diariamente, es decir, las personas trabajadoras<sup>17</sup>.

Asimismo, en este artículo se pretende examinar cómo se articula los conceptos de ‘calidad de vida en el trabajo’ y de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ con la promoción de la salud en el trabajo y con la prevención de riesgos laborales. En Francia, la ‘calidad de vida en el trabajo’ ha tenido un gran desarrollo,

<sup>12</sup> [https://www.enwhp.org/resources/toolip/doc/2022/01/26/1\\_luxembourg\\_declaration\\_2018.pdf](https://www.enwhp.org/resources/toolip/doc/2022/01/26/1_luxembourg_declaration_2018.pdf)

<sup>13</sup> Igartua Miró, María Teresa, *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 6ª edición, 2023, p. 37.

<sup>14</sup> En francés, *qualité de vie au travail* y *qualité de vie et des conditions de travail*, respectivamente.

<sup>15</sup> En noviembre de 2014, el Coloquio de la revista *Droit Social* versó sobre “Derecho del Trabajo y calidad de vida en el trabajo”. Los resultados de este Coloquio se publicaron en un dossier de la citada Revista.

<sup>16</sup> Adam, Patrice, “Qualité de vie au travail : la part des juristes”, *Revue de droit du travail*, n. 07 y 08, 2017, p. 476.

<sup>17</sup> Ray, Jean-Emmanuel, “Des conditions de travail aux conditions de vie dans l’entreprise”, *Droit Social*, n. 2, 2015, p. 101.

precisamente, porque, al contrario de la prevención de riesgos psicosociales<sup>18</sup>, que se basa en una percepción ‘negativa’ del trabajo, entendido como fuente de sufrimiento, este tipo de políticas se caracterizan por realizar una aproximación ‘positiva’ al mismo, considerándolo como fuente de salud y bienestar. En todo caso, tal y como se indicará a lo largo del presente trabajo, si bien están interrelacionadas, es necesario distinguir las políticas relacionadas con la calidad de vida, de las condiciones de trabajo y el bienestar de la prevención de riesgos laborales, en particular, de la prevención de riesgos psicosociales<sup>19</sup>.

## 2. EL ‘BIENESTAR EN EL TRABAJO’: UN CONCEPTO DE DIFÍCIL ENCAJE JURÍDICO

El ‘bienestar’ se menciona en la propia definición de salud elaborada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que la describe como “un estado de completo *bienestar* físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>20</sup>. Aquel también se cita en otras normas internacionales<sup>21</sup> y nacionales<sup>22</sup>. La referencia al bienestar también aparece, asimismo, en la ‘Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’<sup>23</sup>, en concreto en el ODS 3, cuyo propósito consiste en garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades. Pese a mencionarse en distintas normas e instrumentos nacionales

<sup>18</sup> En Francia, la prevención de los riesgos psicosociales adquirió una gran relevancia en la década de los 2000, en particular tras el elevado número de suicidios acaecidos en la empresa France Télécom.

<sup>19</sup> Lerouge, Loïc, “Risques psychosociaux et qualité de vie au travail: une articulation au prisme du droit et d’une approche éthique”, *Sciences & Bonheur*, n. 4, 2020, p. 80 y ss.

<sup>20</sup> Preámbulo de la *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, el bienestar se menciona en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. En concreto, en el art. 25, que establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El bienestar también aparece en la *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo* (Declaración de Filadelfia), que señala que uno de los objetivos de la OIT es contribuir al bienestar común.

<sup>22</sup> La Constitución Española de 1978 se refiere al bienestar hasta en dos ocasiones. En concreto, el art. 129 señala que “la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”. En relación con los ciudadanos durante la tercera edad, el art. 50 establece que “los poderes públicos [...] promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

<sup>23</sup> ‘Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 25 de septiembre de 2015, mediante la Resolución “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.



e internacionales, no existe un concepto jurídico preciso de bienestar, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que se trata de un concepto ‘inestable’ en el ámbito del Derecho<sup>24</sup>. Por lo tanto, los juristas que se aproximan a su estudio han de partir de las investigaciones realizadas por las otras disciplinas que se han ocupado tradicionalmente del tema<sup>25</sup>. Ahora bien, hay que tener en cuenta que las definiciones de bienestar en los distintos ámbitos de conocimiento pueden llegar a diferir.

En primer lugar, cabe aclarar que, si bien el bienestar se menciona en la definición de salud de la OMS, tal y como se señalará a continuación, aquel incluye más dimensiones, como, por ejemplo, los aspectos sociales, económicos, psicológicos y espirituales. Así, para poder realizar un análisis del ‘bienestar en el trabajo’ desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo, es necesario hacer algunas aclaraciones terminológicas, y empezar estudiando el concepto general de bienestar<sup>26</sup>.

Por un lado, en el ámbito de la Psicología, el bienestar se define como “un conjunto de juicios y de reacciones emocionales emitidas por los individuos acerca del grado en que evalúan sus vidas o diversos aspectos de ellas (familia, trabajo, uno mismo) como positivas y satisfactorias”<sup>27</sup>. Por lo tanto, el bienestar es un concepto multidimensional que, con carácter general, la doctrina vincula a una existencia satisfactoria y a un estado caracterizado por la salud, la felicidad y la prosperidad<sup>28</sup>. Aunque en ocasiones se utilizan como sinónimos, los especialistas en la materia distinguen entre el bienestar subjetivo y el bienestar psicológico<sup>29</sup>. Por una parte, el subjetivo hace referencia a la satisfacción de uno mismo con su vida y tiene un componente cognitivo y otro emocional. Mientras que el cognitivo se vincula con el juicio global que el individuo hace de su vida, el emocional se refiere a las reacciones emocionales – tanto positivas como negativas- a los eventos que suceden en su vida<sup>30</sup>. Por otra parte, el bienestar psicológico se centra en el desarrollo personal y de las capacidades humanas.

<sup>24</sup> Héas, Franck, “Le bien-être au travail”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>25</sup> Christelle, Maxence, *op. cit.*, p. 19.

<sup>26</sup> Grosjean, V., “Le bien-être au travail: un objectif pour la prévention?”, *Hygiène et sécurité du travail*, n. 198, 2005, p. 32.

<sup>27</sup> Moscoso Ruibal, Silvia, Alonso Abeijón, Pamela, “El bienestar laboral”, en Cantera, L., Pallarés, S. y Selva, C. (editores), *Del malestar al bienestar laboral*, VIPAT, Universidad Autónoma de Barcelona, 2012, p. 2.

<sup>28</sup> Jain, Aditya, Leka, Stavroula, Zwetsloot, Gerard I.J.M., “Work, Health, Safety and Well-Being: Current State of the Art”, en Jain, Aditya, Leka, Stavroula, Zwetsloot, Gerard I.J.M. (directores), *Managing Health, Safety and Well-Being. Aligning Perspectives on Health, Safety and Well-Being. Ethics, Responsibility and Sustainability*, Springer, Dordrecht, 2018, p. 2.

<sup>29</sup> Moscoso Ruibal, Silvia, Alonso Abeijón, Pamela, *op. cit.*, p. 6.

<sup>30</sup> Grosjean, V., *op. cit.*, p. 33.

Por otro lado, a partir de un estudio de la literatura económica, es posible concluir que no existe un único concepto de bienestar, sino que su definición va a depender de los indicadores que se utilicen para medirlo. Así, por ejemplo, en su programa ‘Better Life Initiative: Measuring Well-Being and Progress’<sup>31</sup>, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) utiliza los siguientes: 1) ingresos y riqueza, 2) vivienda, 3) trabajo y calidad del empleo, 4) salud, 5) conocimientos y habilidades, 6) calidad ambiental, 7) bienestar subjetivo, 8) seguridad, 9) equilibrio entre vida personal y laboral, 10) conexiones sociales, y 11) compromiso cívico<sup>32</sup>. Tal y como puede apreciarse, la primera idea que hay que tener clara es que el concepto de bienestar no se vincula únicamente con el trabajo, sino también con otros aspectos de la vida de la persona no estrictamente relacionados con el ámbito laboral, como pueden ser la vivienda o las conexiones sociales. En consecuencia, las acciones para promoverlo se pueden adoptar desde la empresa, pero también desde otros lugares<sup>33</sup>. En cualquier caso, en la medida en que el trabajo y la calidad del empleo, así como también el equilibrio entre la vida personal y laboral, son factores que influyen en el bienestar, es necesario aproximarse al estudio del concepto de ‘bienestar en el trabajo’ desde el punto de vista jurídico. Ahora bien, al igual que ocurre con la noción general de bienestar, tampoco existe una definición jurídica unívoca de ‘bienestar en el trabajo’<sup>34</sup>, por lo que se empezará haciendo referencia a los estudios de otras disciplinas.

Desde el ámbito de la Psicología del Trabajo, se señala que todos los modelos y aproximaciones teóricas al concepto de ‘bienestar en el trabajo’ incluyen tanto factores individuales como organizacionales. Aunque la relevancia que se le otorga a cada uno de ellos es diferente, todos coinciden en que aquel no solo depende de aspectos individuales, como pueden ser las capacidades psicológicas o las fortalezas, sino también organizacionales, como los recursos y características de la organización<sup>35</sup>. Por lo tanto, no se puede considerar que el bienestar sea un concepto exclusivamente subjetivo<sup>36</sup>, ya que, en la reacción y percepción del individuo, no solo influyen factores individuales, sino también los relacionados con la organización del trabajo. En consecuencia, el ‘bienestar en el trabajo’ se

<sup>31</sup> <https://www.oecd.org/wise/better-life-initiative.htm> (última consulta 29 de mayo de 2024).

<sup>32</sup> OCDE, *How's Life? 2020. Measuring Well-being*, OECD Publishing, Paris, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9870c393-en>

<sup>33</sup> Jain, Aditya, Leka, Stavroula, Zwetsloot, Gerard I.J.M, *op. cit.*, p. 2.

<sup>34</sup> Con todo, cabe mencionar que la definición de bienestar laboral se ha regulado, recientemente, en España, en el art. 90.c) de la Ley 7/2023, de 30 de noviembre, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de Galicia*, que señala que “se entiende por bienestar laboral la mejora de las condiciones laborales y la calidad de vida de las personas trabajadoras como consecuencia de que la empresa o entidad del tercer sector aplique medidas de sostenibilidad social empresarial, principalmente en su dimensión interna”.

<sup>35</sup> Véase Moscoso Ruibal, Silvia, Alonso Abeijón, Pamela, *op. cit.*, p. 8.

<sup>36</sup> Grosjean, V., *op. cit.*, p. 33.

vincula con la seguridad y salud en el trabajo y puede estudiarse, adoptando un enfoque colectivo, desde la perspectiva jurídica<sup>37</sup>.

Otros autores del ámbito de los Recursos Humanos<sup>38</sup> señalan que el bienestar de los trabajadores se define como la combinación de dos dimensiones: una relacionada con la salud y seguridad físicas, que denominan “bienestar físico”, y otra vinculada con los aspectos cognitivos, afectivos y sociales, que resumen en el término ‘bienestar psicosocial’. En cualquier caso, se reconoce que ambos conceptos están íntimamente relacionados entre sí y con el desempeño de las organizaciones. Desde el punto de vista organizacional, el bienestar de los trabajadores se vincula con un aumento de la productividad y con mejores resultados para la empresa, mientras que su ausencia se traduce en fenómenos como el presentismo o el absentismo, que tienen un impacto negativo.

En línea con la definición de salud elaborada por la OMS, en el ámbito de la Unión Europea (UE), la ‘Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006)’<sup>39</sup> introdujo un aspecto novedoso, ya que adoptó un “un enfoque global de cara al bienestar en el trabajo”, que tenía en cuenta “los cambios registrados en el mundo del trabajo y la emergencia de nuevos riesgos, especialmente de carácter psicosocial”. Su objetivo consistía en mejorar la calidad del trabajo, y consideraba que uno de sus componentes esenciales era un entorno de trabajo sano y seguro. En consecuencia, la citada Estrategia planteaba que “la política comunitaria de salud y seguridad en el trabajo debe ocuparse de fomentar un verdadero «bienestar en el trabajo»”, tanto físico como moral o social, que “no se mida sólo por la ausencia de accidentes o de enfermedades profesionales”.

### **2.1. La promoción de la salud en el trabajo y su diferencia con la prevención de riesgos laborales**

Una vez que se ha analizado el concepto de ‘bienestar en el trabajo’, y antes de seguir avanzando en su estudio desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo, es necesario distinguir la promoción de la salud en el trabajo de la prevención de riesgos laborales. En todo caso, en la medida en que existen importantes conexiones entre ambas, y la propia Agencia Europea para la Seguridad

<sup>37</sup> Héas, Franck, “Le bien-être au travail”, *op. cit.*, p. 17.

<sup>38</sup> Rimbau-Gilabert, Eva, “Digitalización y bienestar de los trabajadores”, *IUSLabor*, n. 2, 2019, p. 4 versión online.

<sup>39</sup> Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/community-strategy-on-health-and-safety-at-work-2002-2006.html>

y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA) considera que los dos enfoques se refuerzan mutuamente<sup>40</sup>, no siempre será fácil establecer la distinción entre sus fronteras<sup>41</sup>.

Por un lado, la promoción de la salud en el trabajo es un concepto que proviene del ámbito de la salud pública y se refiere a los medios puestos a disposición de cada individuo para que actúe sobre su salud y sobre la de los demás<sup>42</sup>. En concreto, la ‘Carta de Ottawa para la promoción de la salud’, adoptada por la OMS en 1986, establece que aquella consiste en “en proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un control sobre la misma”<sup>43</sup>. Esta noción se vincula con el concepto de ‘empresa saludable’, que también ha sido utilizado por la OMS. Así, según esta organización, “un lugar de trabajo saludable es aquel en el que los trabajadores y el personal superior colaboran en la aplicación de un proceso de mejora continua para proteger y promover la salud, la seguridad y el bienestar de todos los trabajadores y la sostenibilidad del lugar de trabajo”<sup>44</sup>. Según el modelo de la OMS, elaborado mediante un examen sistemático llevado a cabo por expertos, en las iniciativas que se adopten para impulsar la creación de entornos de trabajo saludables existen cuatro ‘planos’ clave, que pueden impulsarse o sobre los que se puede influir: 1) el ambiente físico de trabajo; 2) el ambiente psicosocial de trabajo; 3) los recursos personales de salud; y 4) la participación de la empresa en la comunidad<sup>45</sup>. En concreto, los recursos personales de salud en el lugar de trabajo se identifican con “el entorno propicio, los servicios de salud, la información, los recursos, las oportunidades y la flexibilidad que brinda una

<sup>40</sup> EU-OSHA, *Workplace Health Promotion*, OSH Wiki. Disponible en: <https://oshwiki.osha.europa.eu/en/themes/workplace-health-promotion#:~:text=The%20definition%20of%20workplace%20health,being%20of%20people%20at%20work.%22> (última consulta 17 de junio de 2024).

<sup>41</sup> Larpsico, “¿Qué diferencia hay entre promoción de la salud en el trabajo y prevención de riesgos laborales?”, *Nuevas claves para la salud psicosocial en las organizaciones*, *Boletín LARPSICO*, n. 3, 2021, p. 16.

<sup>42</sup> Lerouge, Loïc, “La ley del 2 de agosto de 2021 para reforzar la prevención en materia de salud laboral en Francia: la tentación del cambio de paradigma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 466, 2022, p. 194.

<sup>43</sup> Disponible en: <https://www3.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Carta-de-ottawa-para-la-apromocion-de-la-salud-1986-SP.pdf> Según el Glosario de la citada organización, la promoción de la salud “constituye un proceso político y social global que abarca no solamente las acciones dirigidas directamente a fortalecer las habilidades y capacidades de los individuos, sino también las dirigidas a modificar las condiciones sociales, ambientales y económicas, con el fin de mitigar su impacto en la salud pública e individual. La promoción de la salud es el proceso que permite a las personas incrementar su control sobre los determinantes de la salud y, en consecuencia, mejorarla”. Disponible en: [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/67246/WHO\\_HPR\\_HEP\\_98.1\\_spapdf;jsessionid=AD59695FB876DCC1F88907B9029B2BC8?sequence=1#:~:text=La%20salud%20pública%20es%20un,otras%20formas%20de%20intervención%20sanitaria](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/67246/WHO_HPR_HEP_98.1_spapdf;jsessionid=AD59695FB876DCC1F88907B9029B2BC8?sequence=1#:~:text=La%20salud%20pública%20es%20un,otras%20formas%20de%20intervención%20sanitaria)

<sup>44</sup> OMS, *Ambientes de Trabajo Saludables: un modelo para la acción. Para empleadores, trabajadores, autoridades normativas y profesionales*, 2010, p. 6.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 7.

empresa a los trabajadores con el objeto de apoyar o motivar sus esfuerzos por mejorar o mantener sus prácticas personales de estilo de vida saludable, así como vigilar y apoyar su estado actual de salud física y mental”. Este tipo de medidas podrían consistir, por ejemplo, en proporcionar a los trabajadores instalaciones para hacer ejercicio, ofrecerles alimentos saludables en la cafetería y en las máquinas expendedoras u organizar programas para dejar de fumar, entre otras<sup>46</sup>. La OIT también se ha ocupado del tema de la promoción de la salud en el trabajo y, en concreto, en el año 2002, puso en marcha un paquete de formación sobre esta temática, denominado *SOLVE. Integrando la promoción de la salud a las políticas de seguridad y salud en el trabajo en el lugar de trabajo*<sup>47</sup>.

Por su parte, la ‘Declaración de Luxemburgo’ señala que la promoción de la salud en el lugar de trabajo consiste en “aunar los esfuerzos de los empresarios, los trabajadores y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas en el lugar de trabajo. Esto se puede conseguir: mejorando la organización y las condiciones de trabajo, promoviendo la participación activa y fomentando el desarrollo individual”. La citada Declaración también establece que aquella “debe incluir medidas dirigidas al individuo y al ambiente desde varios campos; combinar la estrategia de control del riesgo con la de desarrollo de factores de protección y potenciadores de la salud”. Asimismo, para que puedan desarrollarse programas de este tipo, son necesarias una serie de premisas: la participación, la integración, y la existencia de un proyecto de gestión integral.

Por otro lado, la prevención de riesgos laborales consiste en aplicar medidas y medios para evitar que aparezcan riesgos para la salud de los trabajadores. Si bien tanto la prevención de riesgos laborales como la promoción de la salud en el trabajo tratan el reto común de proteger la salud y se complementan entre sí, la doctrina deja muy claro que no cabe confundirlos. Mientras que la promoción se centra en las medidas adoptadas para mejorar la salud de cada individuo<sup>48</sup> y mantener una buena salud, la prevención actúa sobre las condiciones de trabajo, para que no se conviertan en factores de riesgo, y para evitar que los riesgos se materialicen en daños derivados del trabajo<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>47</sup> OIT, *SOLVE: Integrando la promoción de la salud a las políticas de SST en el lugar de trabajo. Guía del formador*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012. Para un análisis sobre las acciones de la OIT en materia de promoción de la salud en el trabajo, véase, Fernández Martínez, Silvia, “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de la OIT: origen, evolución y perspectivas de futuro”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 58, 2021.

<sup>48</sup> Por ejemplo, en la lucha contra la obesidad, el alcoholismo, el tabaco, las infecciones de transmisión sexual, las enfermedades cardiovasculares, los cánceres, etc.

<sup>49</sup> Lerouge, Loïc, “La ley del 2 de agosto de 2021...”, *op. cit.*, p. 194. Estas medidas se refieren en particular a la organización del trabajo, del tiempo de trabajo y del entorno laboral (ruido, calor, vibraciones, polvo y partículas, radiaciones, calidad del trabajo, etc.).

Como puede observarse en los distintos instrumentos internacionales que se han ocupado de la misma, la promoción de la salud en el trabajo comprende medidas vinculadas con la salud individual de las personas trabajadoras y con sus hábitos de vida y actividades extra-laborales<sup>50</sup>. Sin embargo, la prevención de riesgos laborales solo se centra en las condiciones de trabajo. Por lo tanto, el ámbito de actuación de la promoción de la salud en el trabajo es más amplio que el de la prevención de riesgos laborales, puesto que la primera aborda la salud del trabajador de manera integral, tanto en su esfera laboral como privada<sup>51</sup>. Así, la promoción de la salud en el trabajo va más allá del mero cumplimiento de las obligaciones legales en materia de seguridad y salud en el trabajo, ya que, con este tipo de medidas, las empresas contribuyen, de manera activa, a la mejora de la salud y del bienestar general de los trabajadores, tanto dentro como fuera del ámbito laboral<sup>52</sup>. En todo caso, cabe mencionar que la OIT considera que un programa eficaz de promoción de la salud en el trabajo es aquel que complementa las medidas de seguridad y salud en el trabajo y se integra en el sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales de la organización<sup>53</sup>.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, si bien, en muchas ocasiones, pueden estar condicionados por el trabajo prestado por cuenta ajena, los estilos de vida del trabajador son una responsabilidad personal y pertenecen al ámbito de su esfera privada. Las órdenes del empresario dirigidas a incidir en estos aspectos personales de la vida del trabajador no entran dentro del poder de dirección del empresario, por lo que el trabajador no está obligado a obedecerlas<sup>54</sup>. En consecuencia, desde el punto de vista jurídico, el ‘bienestar en el trabajo’ y la promoción de la salud pertenecen al ámbito de la ‘responsabilidad social empresarial’ (RSE). Así, el empresario podrá llevar a cabo actuaciones jurídico-laborales para favorecer o promover los hábitos de vida saludables, pero, en ningún caso, podrá obligar al trabajador a modificar sus comportamientos, salvo que estos resulten nocivos para otras personas<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Muñoz Ruiz, Ana Belén, “Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales”, *Revista de información laboral*, n. 8, 2014, p. 1 versión online.

<sup>51</sup> Velázquez Fernández, Manuel, “La promoción de la salud en los lugares de trabajo”, en Collantes María Pilar, Marcos, Juan Ignacio (coordinadores), *La salud mental de los trabajadores*, La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, p. 283.

<sup>52</sup> EU-OSHA, *Promoción de la salud en el lugar de trabajo para los trabajadores*, Facts, n. 94. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/publications/factsheet-94-workplace-health-promotion-employees>

<sup>53</sup> OIT, *op. cit.*, p. 12.

<sup>54</sup> Tascón López, Rodrigo, “Hacia la mejora integral de la salud de la persona trabajadora”, *Trabajo y Derecho*, n. 90, 2022, pp. 27 y 28 versión online.

<sup>55</sup> Tascón López, Rodrigo, *op. cit.*, p. 28 y Velázquez Fernández, Manuel, *op. cit.*, p. 284.

En síntesis, la adopción de medidas de promoción de la salud no constituye una obligación legal, sino que tiene carácter voluntario<sup>56</sup>, tanto para el empresario como para el trabajador. Esta es la principal característica que la diferencia de la prevención de riesgos laborales, que sí que es un deber tanto para el empresario como para el propio trabajador<sup>57</sup>.

## 2.2. El desarrollo del concepto de ‘bienestar en el trabajo’ en Francia

El entendimiento de qué es el ‘bienestar en el trabajo’ es cambiante y puede ir evolucionando en función del momento histórico. Pese a que, tal y como se ha señalado, no existe un concepto unívoco de bienestar ni de ‘bienestar en el trabajo’ en el ámbito jurídico, una parte de la doctrina *iuslaboralista* ha señalado que, en un primer momento, el término ‘bienestar’ se traducía como salud, ya que, a principios del siglo XX, el ‘bienestar’ consistía en no morir en el trabajo ni sufrir un accidente. Por lo tanto, el primer derecho de los trabajadores consistía en que el trabajo no afectase de manera negativa a su salud física o mental. Esta idea está vinculada con el origen etimológico del término ‘trabajo’, que proviene del vocablo latín *tripalium*, que era un instrumento de tortura<sup>58</sup>. Tradicionalmente, el trabajo se ha asociado con el dolor y el sufrimiento<sup>59</sup>. De hecho, las primeras normas del ámbito del Derecho del Trabajo surgieron, precisamente, para proteger la salud física de los trabajadores subordinados y para evitar los accidentes de trabajo y las muertes, sin mayor pretensión<sup>60</sup>.

En Francia, esta perspectiva empezó a cambiar con la ‘Ley de 17 de enero de 2002, de modernización social’, que reformó el *Code du travail* (CT) e introdujo una referencia expresa a la salud mental. Así, en la actualidad, el art. L. 4121-1 CT establece que “el empresario ha de tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y proteger la salud física y mental de los trabajadores”. En consecuencia, la salud se convirtió en un objetivo o una finalidad en las relaciones laborales<sup>61</sup>. Ahora bien, lo que perseguía el legislador con la citada reforma era luchar contra el acoso moral, por lo que, en Francia, el ‘Derecho de la salud mental en el trabajo’ se ha desarrollado, sobre todo, a través de disposiciones específicas sobre este

<sup>56</sup> Muñoz Ruiz, Ana Belén, *op. cit.*, p. 1 versión online.

<sup>57</sup> Velázquez Fernández, Manuel, *op. cit.*, p. 284.

<sup>58</sup> Ray, Jean-Emmanuel, “Le bien-être au travail”, en Torre-Schaub, Marta (directora), *Le bien-être et le droit*, Publications de la Sorbonne, París, 2016, p. 36.

<sup>59</sup> Supiot, Alain, *Critique du droit du travail*, Presses universitaires de France, París, 1994, p. 3.

<sup>60</sup> Ray, Jean-Emmanuel, “Le bien-être au travail”, *op. cit.*, p. 36.

<sup>61</sup> Héas, Franck, “Le bien-être au travail”, *op. cit.*, p. 17. Otros autores apuntan que no es necesario distinguir entre salud física y mental, sino que la salud representa un ideal o la conquista del equilibrio. Véase, Lerouge, Loïc, *La reconnaissance d’un droit à la protection de la santé mentale au travail*, LGDJ, París, 2005, p. 92.



fenómeno. En todo caso, a partir del año 2003, siguiendo lo establecido en la Estrategia de la UE, el Instituto Nacional Francés de Investigación y Seguridad para la Prevención de Accidentes y Enfermedades Profesionales (INRS)<sup>62</sup> empezó a llevar a cabo estudios sobre el ‘bienestar en el trabajo’.

El concepto de ‘bienestar en el trabajo’ alcanzó un mayor desarrollo, sobre todo, a partir de 2010, a raíz del conocido como Informe Lachmann<sup>63</sup>. Dicho informe señalaba que, si según la definición de la OMS, salud es igual a bienestar, entonces las empresas no podían limitar su acción a los riesgos psicosociales. Esto último sigue siendo esencial, pero es solo uno de los elementos de una cuestión más amplia: la valorización del bienestar de los trabajadores en la empresa. El ‘bienestar en el trabajo’ también se mencionó en el ‘Plan Santé au travail 2010-2014’<sup>64</sup> que fijaba, como uno de los objetivos de la política social para los años siguientes, “desarrollar la salud y el ‘bienestar en el trabajo’ y mejorar las condiciones de trabajo”. En aquel momento, la doctrina entendió que la utilización del concepto de bienestar para establecer acciones desde el ámbito de las políticas públicas permitía reforzar el carácter transversal del problema<sup>65</sup>. Aunque, como se verá a continuación, los Planes sucesivos se centraron más en el concepto de ‘calidad de vida en el trabajo’, también es posible encontrar referencias al bienestar. Así, el ‘Plan Santé au travail 2016-2020’<sup>66</sup> señalaba que, en un contexto en el que se pretendía poner el trabajo y la cultura de la prevención en el centro de las preocupaciones y acciones, la salud ya no solo tenía que abordarse desde el prisma de la patología, sino desde un enfoque que favoreciese la promoción de la salud y el bienestar de los trabajadores.

El INRS considera que, desde el punto de vista de los riesgos laborales, el avance sobre la cuestión del ‘bienestar en el trabajo’ formaba parte de la construcción de una prevención centrada en la salud mental<sup>67</sup>. Para el INRS, la noción de ‘bienestar en el trabajo’ es más amplia que la de salud física y mental. El bienestar hace referencia a un sentimiento general de satisfacción y realización en y

<sup>62</sup> *Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des maladies professionnelles et des accidents du travail*.

<sup>63</sup> Lachmann, Henri, Larose, Christian, Penicaud, Muriel, *Bien-être et efficacité au travail. 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, 2010, p. 6. Disponible en : [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/02-17\\_Rapport\\_-Bien-etre\\_et\\_efficacite\\_au\\_travail--2.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/02-17_Rapport_-Bien-etre_et_efficacite_au_travail--2.pdf)

<sup>64</sup> Ministère du Travail, de la Solidarité et de la Fonction Publique, *Plan Santé au travail 2010-2014*, p. 4. Disponible en : [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/6-Plan\\_sante\\_au\\_travail\\_2010-2014.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/6-Plan_sante_au_travail_2010-2014.pdf)

<sup>65</sup> Héas, Franck, “Le bien-être au travail”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>66</sup> Ministère du Travail, de l’Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *Plan Santé au travail 2016-2020*, p. 5. Disponible en : [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/exe\\_pst\\_2016-2020\\_ok\\_v7\\_web.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/exe_pst_2016-2020_ok_v7_web.pdf)

<sup>67</sup> Grosjean, V., Formet, N., Althaus, V., Kop, J.L., Brangier, É., “Recherche et développement conceptuels autour du bien-être au travail : entre mesure et action”, *Références en santé au travail*, n. 139, 2014, p. 30.



a través del trabajo, y no solo a la ausencia de daños para la salud. En consecuencia, la relación subjetiva que el individuo tiene con su ambiente de trabajo es central, ya que el sentido que se le da al mismo y al contexto en el que se ejecuta es lo que va a generar un sentimiento de bienestar o, al contrario, un sufrimiento que puede dar lugar a problemas de salud graves<sup>68</sup>. A diferencia de otros organismos nacionales del ámbito de la prevención de riesgos que se han ocupado del concepto de bienestar y de promoción de la salud<sup>69</sup>, el INRS se centra, exclusivamente, en los aspectos organizativos y colectivos. Si bien la noción de ‘bienestar en el trabajo’ se utiliza, en ocasiones, para hablar de acciones que tienen poco impacto en la organización concreta del trabajo, como, por ejemplo, la dotación de infraestructuras deportivas, sesiones de masajes o asesoramiento dietético, el enfoque que propone el INRS es totalmente diferente, ya que lo integra en las obligaciones legales relacionadas con la PRS<sup>70</sup>. Según el citado organismo, el bienestar implica interesarse por los signos precoces de deterioro de la salud, que no constituyen, en sentido estricto, daños a la salud, pero que es posible calificar como ‘daños al bienestar’<sup>71</sup>. Así, si atendemos al concepto de ‘empresa saludable’ que maneja la OMS, hay que tener en cuenta que el INRS solo se centra en las dos primeras dimensiones de la citada noción (ámbito físico y psicosocial de trabajo), y deja fuera los aspectos individuales de la salud de los trabajadores y también la participación de la empresa en la comunidad. Como se analizará en detalle en el siguiente apartado, en Francia, se adopta un concepto más limitado y específico de promoción de la salud en el trabajo relacionado, únicamente, con el ambiente laboral.

En cuanto a la perspectiva doctrinal, la mayor parte de los autores han entendido que el trabajo no debe seguir siendo una fuente de dolor o de sufrimiento, sino de realización y plenitud e, incluso, de bienestar, tal y como indica la OMS en su definición de salud. En contraposición al bienestar, el malestar laboral surge por cuestiones que los *iuslaboralistas* no pueden dejar de lado, como, por ejemplo, la

<sup>68</sup> NRS, *Risques psychosociaux, bien-être et qualité de vie au travail*, Décryptage, abril, 2019, p. 2. Disponible en: <https://www.inrs.fr/media.html?refINRS=ED%208002>

<sup>69</sup> Véase la reciente campaña del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de España, titulada “Mi trabajo también es salud”, que pretende que las empresas fomenten una mejor salud de las personas trabajadoras, con intervenciones voluntarias, como, por ejemplo, la creación de entornos de trabajo que faciliten los hábitos saludables o el soporte y ayuda para evitar los hábitos de vida no saludables de los trabajadores. Disponible en: <https://www.insst.es/documentacion/espacio-monotematico/pst-2024>

<sup>70</sup> INRS, *Risques psychosociaux, bien-être et qualité de vie au travail*, Décryptage, abril, 2019, p. 2. Disponible en: <https://www.inrs.fr/media.html?refINRS=ED%208002> Esto requiere, en particular, desarrollar una posición de escucha de los empleados sobre los factores organizativos que se reconoce que tienen un impacto en términos de prevención de riesgos psicosociales: la definición de las tareas, el significado del trabajo, la distribución de la carga de trabajo, las relaciones entre los colegas y con la jerarquía. Véase: <https://www.inrs.fr/risques/bien-etre-travail/ce-qu-il-faut-retenir.html> (última consulta 22 de junio de 2024).

<sup>71</sup> Grosjean, V., Formet, N., Althaus, V., Kop, J.L., Brangier, É., *op. cit.*, p. 32.

urgencia y rapidez con la que hay que entregar los trabajos, lo que podría constituir un riesgo psicosocial<sup>72</sup>. En todo caso, la doctrina considera que la salud debe protegerse de forma que se tienda a dicha sensación de bienestar<sup>73</sup>. Asimismo, otros autores apuntan que el trabajo ha de producir bienestar y salud física y mental<sup>74</sup>. Por lo tanto, la seguridad y salud en el trabajo no debería limitarse a evitar el dolor, es decir la materialización de los riesgos laborales en daños derivados del trabajo, sino a conseguir que el trabajo se convierta en algo positivo y bueno para la salud. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, el mayor problema que plantea el concepto de ‘bienestar en el trabajo’ es que, en otras disciplinas, se entiende, ante todo, como un ‘sentimiento’<sup>75</sup> y, tal y como recuerda la doctrina, los sentimientos del trabajador no son objeto del contrato de trabajo<sup>76</sup>. En todo caso, una parte de la doctrina se ha planteado si las normas jurídicas tienen la capacidad y la fuerza para convertir el trabajo en un factor de bienestar y, adoptando una perspectiva ética, llegan a la conclusión de que debe ser así<sup>77</sup>.

Aún sin definirlo, el *Code du travail* se refiere al ‘bienestar en el trabajo’ en varias ocasiones. En primer lugar y, en la medida en que aquel está relacionado directamente con el ambiente de trabajo, el art. R4214-22 CT señala que “las dimensiones de los locales de trabajo, en particular su altura y superficie, han de permitir a los trabajadores realizar su tarea sin riesgo para su salud, seguridad o bienestar”. Asimismo, los arts. D4632-8 y D4632-9 CT atribuyen una serie de funciones al *conseiller du travail* en relación con el bienestar de los trabajadores<sup>78</sup>. Por último, el R2312-35 CT también cita el bienestar cuando menciona las actividades sociales y culturales que la empresa puede establecer en beneficio del trabajador y su familia<sup>79</sup>.

<sup>72</sup> Ray, Jean-Emmanuel, “Le bien-être au travail”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>73</sup> Lerouge, Loïc, *La reconnaissance d’un droit à la protection de la santé mentale au travail*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>74</sup> Ray, Jean-Emmanuel, “Le bien-être au travail”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>75</sup> Christelle, Maxence, *op. cit.*, p. 24.

<sup>76</sup> Héas, Franck, “Le bien-être au travail”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>77</sup> Lerouge, Loïc, “Risques psychosociaux et qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 79.

<sup>78</sup> Según el art. D4632-8 CT, una de las funciones del *conseiller du travail* consiste en “garantizar el bienestar del trabajador en la empresa y facilitar su adaptación al trabajo”. Para ello, según el art. D4632-9 CT, aquel tiene que buscar, “de acuerdo con el empleador y el comité económico y social o el comité interempresas, las mejoras susceptibles de realizarse en las condiciones de trabajo, el bienestar de los trabajadores”.

<sup>79</sup> El artículo se refiere, expresamente, a los comedores, cooperativas de consumidores, viviendas, huertos, guarderías y campamentos de verano.

### 3. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ‘CALIDAD DE VIDA EN EL TRABAJO EN FRANCIA’

#### 3.1. Origen del concepto de ‘calidad de vida en el trabajo’: especial referencia al Acuerdo Nacional Interprofesional 2013

En Francia, el concepto de ‘bienestar en el trabajo’ se ha desarrollado, sobre todo, a través de la noción de ‘calidad de vida en el trabajo’. La citada noción está relacionada con las dinámicas de promoción de la salud en el trabajo<sup>80</sup> y empezó a utilizarse, a partir de la década del 2000, gracias al impulso de la Agencia nacional para la mejora de las condiciones de trabajo (ANACT)<sup>81</sup>. En realidad, la ‘calidad de vida en el trabajo’ no es algo nuevo, sino que apareció, por primera vez, en inglés (*quality of work life*), en EE.UU., a principios de los años setenta<sup>82</sup>. Algunos autores apuntan a que sus orígenes pueden ser incluso anteriores, y que surgió en los países anglosajones en los años sesenta<sup>83</sup>. En todo caso, al igual que el ‘bienestar en el trabajo’, aquella tiene un objeto multidimensional y se estudia desde distintos ámbitos de conocimiento, como la Psicología, la Organización de Empresas, la Ergonomía o la Sociología. Asimismo, la ‘calidad de vida en el trabajo’ está relacionada con distintos aspectos del Derecho del Trabajo, como, por ejemplo, el tiempo o la carga de trabajo<sup>84</sup>.

De la misma manera que ocurre con el ‘bienestar en el trabajo’, no existe un concepto jurídico de ‘calidad de vida en el trabajo’ ni tampoco una definición única en el ámbito científico. Con todo, la citada noción adquiere relevancia en el ámbito del Derecho del Trabajo, debido a su tratamiento por parte de la negociación colectiva, en particular en el ‘Acuerdo nacional interprofesional, de 19 de junio de 2013, relativo a una política para la mejora de la ‘calidad de vida en el trabajo’ y la igualdad profesional’ (en adelante ANI de 2013)<sup>85</sup> y, desde entonces, en otros muchos. Tal y como se verá a continuación, el citado acuerdo otorga naturaleza

<sup>80</sup> Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 480.

<sup>81</sup> La *Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail* es un establecimiento administrativo público, diferente del INRS, creado en 1973 y regulado por el CT. Con sede en Lyon, se encuentra bajo supervisión del Ministerio de Trabajo y es administrado por el Estado y los interlocutores sociales. La ANACT ha organizado distintas actividades sobre esta temática, como, por ejemplo, la ‘Semaine de la qualité de vie au travail’. En la actualidad, ‘Semaine pour la qualité de vie et des conditions de travail’.

<sup>82</sup> En concreto, en 1972, se organizó en New York la primera Conferencia internacional sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’. Véase Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 478.

<sup>83</sup> Fantoni, Sophie, Verkindt, Pierre-Yves, “Charge de travail e qualité de vie au travail”, *Droit Social*, n. 2, 2015, p. 110.

<sup>84</sup> Véase Héas, Franck, “La négociation d’entreprise sur la qualité de vie au travail”, *Droit Social*, n. 11, 2019, p. 909.

<sup>85</sup> *Accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 relatif à une politique d’amélioration de la qualité de vie au travail et de l’égalité professionnelle*. En todo caso, el concepto de ‘calidad

normativa a una concepción específica de la ‘calidad de vida en el trabajo’, centrada en las características del trabajo<sup>86</sup>. Si bien algunos autores cuestionan la relevancia del ANI de 2013 en relación con la ‘calidad de vida en el trabajo’, por no tratarse de una norma legal, otros consideran que, en todo caso, el acuerdo tiene, al menos, una dimensión simbólica, y un carácter pedagógico para las partes implicadas<sup>87</sup>. Si bien, en la actualidad, el ANI de 2013 ya no está en vigor, el texto del acuerdo sigue siendo una referencia en la materia<sup>88</sup>.

En primer lugar, y desde un punto de vista conceptual, cabe señalar que el ANI de 2013 no utiliza la noción de ‘bienestar en el trabajo’, sino la de ‘calidad de vida en el trabajo’, por lo que marca una evolución sistemática, que es subrayada por las partes signatarias del acuerdo<sup>89</sup>, del bienestar hacia la ‘calidad de vida en el trabajo’. De hecho, en Francia se considera, de forma unánime, que aquella es diferente del ‘bienestar en el trabajo’. Mientras que este último tiende a acentuar la dimensión subjetiva, la ‘calidad de vida en el trabajo’ combina elementos objetivos u objetivables con otros vinculados a la percepción que el trabajador tiene de su propia situación<sup>90</sup>. En este sentido, este concepto se sitúa en el ámbito de las causas que afectan a la salud, principalmente colectivas, mientras que el bienestar se vincula con los efectos sobre la persona<sup>91</sup>. Con la utilización de la noción de ‘calidad de vida en el trabajo’ se pretende adoptar un enfoque más objetivo y amplio respecto al del ‘bienestar en el trabajo’, porque aquella comprende, de manera acumulativa, tanto los aspectos colectivos de la organización del trabajo como los individuales y subjetivos<sup>92</sup>. El ANI de 2013 constituye una continuación del ‘Acuerdo nacional interprofesional, de 17 de marzo de 1975, sobre la mejora de las condiciones de trabajo’. De hecho, la concepción dual de la ‘calidad de vida en el trabajo’, que comprende los aspectos colectivos y los individuales, recuerda a la aproximación extensiva a la seguridad y salud en el trabajo que ya habían hecho los agentes sociales en el citado acuerdo<sup>93</sup>. En todo caso, aunque no niegan que el ‘bienestar en el trabajo’ y la ‘calidad de vida en el trabajo’ sean dos conceptos diferentes, algunos autores apuntan que no siempre es fácil distinguirlos<sup>94</sup>. Además, como

de vida en el trabajo’ ya se había utilizado en otros acuerdos sectoriales y a nivel de empresa anteriores al ANI de 2013.

<sup>86</sup> Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 480.

<sup>87</sup> *Íbidem*, p. 481.

<sup>88</sup> El Decreto de 15 de abril de 2014 prorrogó la vigencia del ANI de 2013 hasta abril de 2017.

<sup>89</sup> Héas, Franck, “La négociation d’entreprise sur la qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 909.

<sup>90</sup> Fantoni, Sophie, Verkindt, Pierre-Yves, *op. cit.*, p. 111.

<sup>91</sup> Grosjean, V., *op. cit.*, p. 33.

<sup>92</sup> Héas, Franck, “La négociation d’entreprise sur la qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 909.

<sup>93</sup> *Íbidem*, p. 909.

<sup>94</sup> Fantoni, Sophie, Verkindt, Pierre-Yves, *op. cit.*, p. 111.

ya se señaló, en la apreciación del ‘bienestar en el trabajo’ también impactan los elementos organizacionales.

Ahora bien, el ANI de 2013 no recoge una definición clara de ‘calidad de vida en el trabajo’, sino que se limita a señalar que la citada noción hace referencia a múltiples elementos, que, en parte, están relacionados con cada trabajador, pero que también están estrechamente vinculados con elementos objetivos que forman parte de la estructura de la empresa. En este sentido, según el citado acuerdo, la ‘calidad de vida en el trabajo’ “puede concebirse como un sentimiento de ‘bienestar en el trabajo’ percibido colectiva e individualmente que abarca el ambiente, la cultura de la empresa, el interés del trabajo, las condiciones de trabajo, el sentimiento de implicación, el grado de autonomía y responsabilidad, la igualdad, el derecho a cometer errores otorgado a todos, y el reconocimiento y la valorización del trabajo realizado”. Tal y como puede apreciarse, los conceptos de ‘calidad de vida en el trabajo’ y de bienestar están relacionados, ya que el propio ANI de 2013 define la primera como un sentimiento de ‘bienestar en el trabajo’.

Con carácter general, aunque en Francia existe un número importante de estudios jurídico-laborales sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’, los juristas no han estudiado en profundidad este concepto, porque, al igual que ocurría con el ‘bienestar en el trabajo’, se suele considerar que es demasiado impreciso y ‘blando’, por lo que es difícil que encuentre un anclaje suficientemente fuerte en la ley. Asimismo, se suele pensar que la ‘calidad de vida en el trabajo’ es excesivamente subjetiva, y que depende de la perspectiva individual, por lo que no puede tratarse desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, de conformidad con el ANI de 2013, la percepción de la ‘calidad de vida en el trabajo’ viene determinada por las condiciones en las que los trabajadores desempeñan su trabajo y por su capacidad para expresarse y actuar en función del contenido del mismo. El art. 2 del ANI 2013 recoge los elementos que configuran la ‘calidad de vida en el trabajo’<sup>95</sup>, que cabe entender que cubren las siguientes dimensiones: 1) las condiciones de trabajo, que incluyen la calidad del contenido del trabajo y de su organización, así como también del lugar de trabajo; 2) las relaciones, que comprenden las relaciones profesionales y sociales, y también la información y el *engagement*; 3) la realización y el desarrollo profesional; 4) la igualdad laboral; y 5) la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>96</sup>. Como se puede observar, todos los elementos que

<sup>95</sup> De conformidad con el art. 2 del ANI 2013, son los siguientes: 1) la calidad del compromiso de todos en todos los niveles de la empresa; de la información compartida dentro de la empresa; de las relaciones laborales y sociales basadas en un diálogo social activo; de los métodos para la organización del trabajo; del contenido del trabajo; y del entorno físico; 2) la posibilidad de realización y desarrollo personal y de conciliar la vida profesional y personal; y 3) el respeto por la igualdad profesional.

<sup>96</sup> ANACT, *10 questions sur les indicateurs de santé et qualité de vie au travail*, 2016, p. 3. Disponible en : <https://www.anact.fr/10-questions-sur-les-indicateurs-de-sante-et-qualite-de-vie-au-travail>

conforman la ‘calidad de vida en el trabajo’ están claramente relacionados con las condiciones de trabajo, y no solo con una apreciación subjetiva por parte del trabajador de su ‘bienestar en el trabajo’. En todo caso, más que algo nuevo, la doctrina entiende que parece quedar claro que el concepto de ‘calidad de vida en el trabajo’ constituye una nueva forma de aproximarse a las condiciones de trabajo, transversal e integrada en la estrategia de la empresa<sup>97</sup>.

Si bien, en Francia, se viene manteniendo que el debate sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’ constituye una forma de mejorar la competitividad de las empresas, combinándola con la salud de los trabajadores<sup>98</sup>, lo cierto es que el ANI de 2013 menciona en pocas ocasiones la salud de los trabajadores y no la cita, de manera expresa, como uno de los elementos que configuran la ‘calidad de vida en el trabajo’. La referencia al entorno físico de trabajo es el único de los factores incluidos en el art. 2 del ANI de 2013 que es posible vincular, de manera directa, con la seguridad y salud en el trabajo<sup>99</sup>. Ahora bien, el art. 3 señala que las organizaciones que firmaron el acuerdo coinciden en que abordar la cita noción era un tema central en un momento en el que ciertos métodos de organización del trabajo eran fuertemente cuestionados por los trabajadores, ya que podían influir en su motivación, en su bienestar e, incluso, en determinados casos, en su salud. En este sentido, cabe destacar que, en el art. 15 del citado acuerdo, se señala que, entre otros, para medir la ‘calidad de vida en el trabajo’, hay que tener en cuenta los indicadores de salud en el trabajo<sup>100</sup>. Por su parte, la ANACT sí que incluye los problemas de salud dentro de las condiciones que influyen en la percepción de la aquella por el trabajador<sup>101</sup>. Según el citado organismo, la ‘calidad de vida en el trabajo’ implica concebir un nuevo sistema de acción para debatir, entre otras cuestiones, sobre aquello que favorece o amenaza la salud en el trabajo<sup>102</sup>. Así, la doctrina entiende que, si bien la protección de la salud no es suficiente para garantizar la ‘calidad de vida en el trabajo’, aquella constituye un requisito previo para el desarrollo de esta última<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 478.

<sup>98</sup> Ray, Jean-Emmanuel, “Des conditions de travail aux conditions de vie dans l’entreprise”, *op. cit.*, p. 100.

<sup>99</sup> Tournaux, Sébastien, Cristau, A., “Évaluations et qualité de vie au travail”, *Droit Social*, n. 2, 2015, p. 126.

<sup>100</sup> La ANACT ha elaborado una lista no exhaustiva de indicadores de salud y ‘calidad de vida en el trabajo’, entre los que incluye: 1) el absentismo: duración, motivos y tipología de ausencias al trabajo; 2) el empleo, formación y movilidad; 3) diversidad: proporción de trabajadores con discapacidad; 4) datos sobre Medicina del trabajo: adaptación de los puestos de trabajo, cambios de puesto de trabajo por motivos de salud, enfermedades profesionales; 5) seguridad en el trabajo: agresiones y número de accidentes de trabajo. Véase, ANACT, *10 questions sur les indicateurs de santé et qualité de vie au travail*, 2016, p. 14.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>103</sup> Favennec-Héry, Françoise, “Qualité de vie au travail et temps de travail”, *Droit Social*, n. 2, 2015, p. 118.

Asimismo, se entiende que la mejora de la ‘calidad de vida en el trabajo’ pasa por abordar la mejora de la ‘calidad del trabajo’. De hecho, son varios los acuerdos colectivos sobre aquella que utilizan esta perspectiva y hacen hincapié en la importancia de poner a disposición de los trabajadores los medios necesarios para realizar un ‘trabajo de calidad’<sup>104</sup>. Desde este punto de vista, cabe entender que la concepción de la salud no puede limitarse a la ausencia de enfermedades, sino que ha de integrar, necesariamente, las posibilidades para su construcción<sup>105</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, también es relevante señalar que el propio ANI de 2013 indica que la ‘calidad de vida en el trabajo’ es uno de los elementos de la RSE, lo que no ayuda a aclarar la relación que tiene este concepto con el Derecho<sup>106</sup> y, a los efectos que aquí interesan, con el Derecho de la prevención de riesgos laborales. En concreto, es necesario distinguir la ‘calidad de vida en el trabajo’ de la prevención de riesgos psicosociales. Así, mientras que esta última se vincula con el deber de protección del empresario y pretende evitar que se produzcan daños en la salud de los trabajadores, la ‘calidad de vida en el trabajo’, al igual que la noción más amplia de promoción de la salud, se conecta con la RSE y se refiere a las disposiciones dirigidas a mejorar la organización del trabajo. En la medida en que, aunque son diferentes, ambas perspectivas tienen el mismo objetivo -mejorar la salud en el trabajo-, la doctrina considera no se deberían concebir como opuestas o antagónicas, sino como complementarias. Más allá del concepto de ‘bienestar en el trabajo’, la toma en consideración, de manera conjunta, de la prevención de riesgos psicosociales y de la ‘calidad de vida en el trabajo’ permite reforzar la idea de la aproximación holística a la salud en el trabajo y también abordar, desde un punto de vista ético, el trabajo y la salud de manera complementaria, en línea con el desempeño de la empresa<sup>107</sup>.

Los expertos en la materia afirman que el ANI de 2013 sobre ‘calidad de vida en el trabajo’ no es un sustituto de la prevención de riesgos psicosociales, sino que, más bien, constituye la etapa sucesiva, porque va más allá de aquella y explora las vías a través de las que el trabajador puede desarrollarse en el trabajo<sup>108</sup>. Ahora bien, una parte de la doctrina considera que, si bien la ‘calidad de vida en el trabajo’ no se contrapone a la prevención de riesgos psicosociales, con carácter general, tiende a dejarla en un segundo plano, ya que aquella no es más que una sección o una parte, dentro del programa de acción sobre ‘calidad de vida en el trabajo’. En todo caso, este último concepto se apoya y ha de partir de las políticas de prevención

<sup>104</sup> Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 478.

<sup>105</sup> ANACT, *10 questions sur les indicateurs de santé et qualité de vie au travail*, 2016, p. 3.

<sup>106</sup> Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 479.

<sup>107</sup> Lerouge, Loïc, “Risques psychosociaux et qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 83.

<sup>108</sup> Lanouzière, Hervé, “Un coup pour rien ou un tournant décisif? L’accord du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail”, *Semaine sociale Lamy*, n. 1597, 2013, p. 5.



de riesgos psicosociales, para integrarlas en una perspectiva más global<sup>109</sup>. La doctrina ya apuntaba que el espíritu del ANI de 2013 no era adoptar medidas que pueden calificarse de ‘cosméticas’ y situadas al margen de la seguridad y salud en el trabajo, como la instalación de equipos deportivos o la organización de sesiones de meditación, sino, más bien, promover una mejor conciliación entre la vida personal y profesional, para una configuración más adaptada del tiempo de trabajo y la participación de los trabajadores, todo ello en una lógica de acompañamiento a las empresas para que adoptasen una política de ‘calidad de vida en el trabajo’<sup>110</sup>.

Tras la adopción del ANI de 2013, en el ámbito jurídico, la ‘calidad de vida en el trabajo’ destaca por su vinculación con el diálogo social. Uno de los objetivos del citado acuerdo era, precisamente, conseguir que aquella se convirtiese en un tema tratado en el ámbito de aquel, de manera estructurada, ya que la promoción de la ‘calidad de vida en el trabajo’ presupone la existencia de un diálogo social de calidad. El posterior ‘Plan Santé au travail 2016-2020’ señaló que, cuando se sitúa en el centro de las preocupaciones estratégicas de la empresa y del diálogo social, la ‘calidad de vida en el trabajo’ incentiva la conciliación entre el ‘bienestar en el trabajo’ y el desempeño de la empresa<sup>111</sup>. De hecho, el ANI de 2013 señalaba que la definición, puesta en práctica y evaluación de la ‘calidad de vida en el trabajo’ son cuestiones que deberían situarse en el centro de las negociaciones entre empresarios y trabajadores. En este sentido, el art. 13 del del citado acuerdo se señalaba que los interlocutores sociales examinarían, a nivel sectorial o de empresa, la posibilidad de poner en marcha, con carácter experimental, una negociación sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’, que pudiese reunir aquellos aspectos que participan en su enfoque. Por lo tanto, en un primer momento, en el ANI de 2013, la negociación sobre ‘calidad de vida en el trabajo’ se configuraba como voluntaria. Esto ha llevado a una parte de la doctrina a entender que aquel pretendía, de forma deliberada, dejar una cierta indefinición y no aclarar, exactamente, qué comprende y qué no la ‘calidad de vida en el trabajo’<sup>112</sup>, puesto que, en la práctica, aquella será lo que los acuerdos colectivos que la regulen digan que sea.

### **3.2. La recepción del concepto de ‘calidad de vida en el trabajo’ en la legislación: especial referencia al deber de negociar**

Si bien, en un primer momento, la adopción del ANI de 2013 no supuso una modificación de la normativa francesa, posteriormente, sus disposiciones en relación con la negociación sobre ‘calidad de vida en el trabajo’ se reflejaron en el

<sup>109</sup> Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 478.

<sup>110</sup> Lerouge, Loïc, “Droit des risques psychosociaux au travail”, *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2024, p. 70 versión online.

<sup>111</sup> P. 6.

<sup>112</sup> Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 477.



*Code du travail*. Así, el art. 33<sup>113</sup> de la ‘Ley nº 2014-288, de 5 de marzo de 2014, relativa a la formación profesional, el empleo y la socialdemocracia’<sup>114</sup>, señalaba que: “con carácter experimental, un acuerdo celebrado entre el empresario y las organizaciones representativas de los trabajadores podrá prever la agrupación en una única negociación denominada de “calidad de vida en el trabajo” de todas o parte de las negociaciones obligatorias previstas en los artículos L. 2242-5, L. 2242-8”, con determinadas excepciones. Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en esta ley, la negociación sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’ seguía siendo voluntaria y tenía carácter experimental. La citada negociación, que se limitaba al nivel de empresa, podía agrupar, en una sola, todas o parte de las temáticas de negociación obligatoria. Sin embargo, en sí misma, aquella no era obligatoria<sup>115</sup>.

El deber de negociar sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’ lo introdujo la ‘Ley nº 2015-994, de 17 de agosto de 2015, relativa al diálogo social y el empleo’<sup>116</sup>, que modificó el art. L.2242-1 CT<sup>117</sup>. Según el citado artículo, en las empresas en las que se constituyan una o más secciones sindicales, el empresario deberá llevar a cabo, cada año, una negociación sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’. Quedan excluidas de dicha obligación las empresas en las que no se constituyan las citadas secciones<sup>118</sup>. En cualquier caso, aunque la empresa no esté obligada a ello, puede negociar igualmente sobre esta temática, si así lo desea. Asimismo, cabe aclarar que el marco jurídico que impone el deber de negociar sobre esta materia no crea un ‘derecho de los trabajadores a la calidad de vida en el trabajo’<sup>119</sup>. Si bien su regulación legal ha ido evolucionando, desde la incentivación hasta la

<sup>113</sup>En todo caso, este artículo se aplicó hasta el 31 de diciembre de 2015, para los acuerdos celebrados antes de esta fecha, hasta el vencimiento de su periodo de vigencia.

<sup>114</sup>*Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale*.

<sup>115</sup>Antonmattei, Paul-Henri, “Négocier un accord sur la qualité de vie au travail. Quelques observations sur l’article 33 de la loi du 5 mars 2014”, *Droit Social*, n. 2, 2015, pp. 131 y 132.

<sup>116</sup>*Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi*.

<sup>117</sup>Este artículo fue experimentando más modificaciones sobre otras cuestiones más específicas, como, por ejemplo, la periodicidad de la negociación en los años sucesivos, pero el cambio más importante en relación con la ‘calidad de vida en el trabajo’ lo analizaremos, de manera separada, en el siguiente apartado.

<sup>118</sup>Si bien, según el Ministerio de Trabajo y la *Cour de Cassation*, dicha obligación se limita a aquellas empresas en las que se ha designado, al menos un delegado sindical y tienen, por lo tanto, como mínimo, 50 trabajadores, la doctrina apunta que, en realidad, la constitución de una sección sindical no está condicionada por el número de trabajadores, sino por la presencia de afiliados a la organización sindical correspondiente. Véase: Geulin, Clarisse, Laffitte, Marie, Fin-Langer, Laurence, Rouspide-Katchadourian, Marie-Noëlle, “Dialogue social et QVCT : des enjeux RH, juridiques et judiciaires”, *La Semaine Juridique Sociale*, n. 2, 2023, p. 13.

<sup>119</sup>INRS, *Risques psychosociaux, bien-être et qualité de vie au travail*, Décryptage, abril, 2019, p. 3.

obligatoriedad, por ejemplo, en lo relativo a la negociación<sup>120</sup>, esto no significa que, de manera automática, la promoción de la ‘calidad de vida en el trabajo’ haya pasado a formar parte del deber de protección del empresario. Ahora bien, en la medida en que el desarrollo de este tipo de políticas en la empresa proviene, normalmente, de una norma negociada, la promoción de aquella se convertirá en obligatoria para el empresario cuando así lo establezca el acuerdo pactado con los representantes de los trabajadores<sup>121</sup>.

### **3.3. De la ‘calidad de vida en el trabajo’ a la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’: el Acuerdo Nacional Interprofesional de 2020**

El 9 de diciembre de 2020, siete años después del ANI de 2013 sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’, se adoptó en Francia el ‘Acuerdo nacional interprofesional relativo a una prevención reforzada y a una oferta renovada en materia de salud laboral y condiciones de trabajo’<sup>122</sup> (en adelante ANI de 2020). Tal y como puede deducirse de su propio título, y al contrario de lo que ocurría con el ANI de 2013, este nuevo acuerdo adoptado en el marco del diálogo social no versa, exclusivamente, sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’. Las disposiciones sobre la misma son solo una parte del ANI de 2020, que se dedica, de manera monográfica, a la prevención de riesgos laborales. En todo caso, en su preámbulo, el mencionado acuerdo señala que la seguridad y salud en el trabajo es uno de los aspectos de la ‘calidad de vida en el trabajo’, y que esta última, a su vez, es un factor de salud y realización personal de los trabajadores.

A los efectos que aquí interesan, el ANI de 2020 ha supuesto un cambio de enfoque respecto a la aproximación tradicional a la ‘calidad de vida en el trabajo’. En concreto, aquel ha renombrado el concepto de ‘calidad de vida en el trabajo’ y ha pasado a denominarlo ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, para integrar la calidad de vida y la de las condiciones de trabajo. Ahora bien, al igual que ocurría en el ANI de 2013, el nuevo acuerdo tampoco recoge una definición específica de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’. La ANACT arroja algo de luz al respecto y hace referencia a 6 temáticas, cuyo tratamiento permite tomar en consideración las dimensiones que contribuyen a la calidad del trabajo, de sus condiciones de realización y de empleo: 1) organización, contenido y realización del trabajo; 2) competencias y desarrollo profesional; 3) igualdad laboral; 4) proyecto de empresa y de gestión; 5) diálogo social y profesional; y 6) salud en el trabajo y prevención. Según la ANACT, la ‘calidad de vida y de condiciones de

<sup>120</sup>Héas, Franck, “La négociation d’entreprise sur la qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 909.

<sup>121</sup>El acuerdo negociado sobre ‘calidad de vida en el trabajo’ puede imponerle la obligación de realizar un diagnóstico de la situación, etc. Véase, Adam, Patrice, *op. cit.*, p. 480.

<sup>122</sup>*Accord national interprofessionnel du 9 décembre 2020 relatif à la prévention renforcée et à une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail.*

trabajo' es tanto un factor de salud para las personas como un incentivo para el rendimiento global y duradero para la empresa<sup>123</sup>.

El ANI de 2020 establece que la 'calidad de vida en el trabajo' permite ir más allá de la perspectiva centrada en los riesgos laborales, al adoptar una visión más amplia sobre el trabajo y las condiciones para su realización. En este sentido, la 'calidad de vida en el trabajo', y su corolario, la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo', contribuyen a la calidad del trabajo y a la prevención primaria. Según el propio acuerdo, la lógica de la prevención primaria persigue el objetivo de actuar frente a las causas de los riesgos, antes de que estos produzcan sus efectos, motivo por el cual la prevención de aquellos debe centrarse en las condiciones en las que se desarrolla el trabajo. De hecho, el ANI de 2020 tiene como objetivo promover la prevención primaria, que estará respaldada por la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo', en articulación con la salud en el trabajo<sup>124</sup>. El ANI señala que los interlocutores sociales que han firmado el acuerdo consideran que determinadas dimensiones de la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo' 'participan' de la prevención primaria en las empresas, especialmente si el enfoque utilizado para abordar esta temática involucra a todos los actores de la empresa. Asimismo, en el 'Plan Santé au travail 2020-2025'<sup>125</sup>, la promoción de la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo', en particular en el plano organizacional, es uno de los objetivos del eje estratégico que pretende reforzar la prevención primaria en el trabajo y la cultura preventiva. Para lograr el citado objetivo, el Plan propone una serie de acciones, entre las que se encuentran, por ejemplo, la formación, el acompañamiento del diálogo social, o, en fin, otras dirigidas a promover la igualdad entre hombres y mujeres. En relación con las medidas de 'calidad de vida y de condiciones de trabajo' vinculadas con la seguridad y salud en el trabajo, la ANACT señala que es necesario articular la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo' y la prevención de riesgos profesionales, por ejemplo, utilizando los resultados de la evaluación de riesgos en la fase de diagnóstico de la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo', para identificar las posibles acciones a adoptar, así como desarrollando experimentaciones para concretar ciertas acciones de prevención. También hace referencia a la formación y apoyo de la empresa y los representantes del personal, para implementar prácticas que contribuyan a la prevención primaria de los riesgos, especialmente los psicosociales<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> ANACT, *Qualité de vie et des conditions de travail (QVCT)*. Référentiel, 2023, p. 5.

<sup>124</sup> Lacoste-Mary, Valérie, "Finalement, il n'y a pas si loin de la coupe aux lèvres... À propos de la transposition de l'ANI du 9 décembre 2020 relatif à la santé au travail", *Droit Social*, n. 11, 2021, p. 925.

<sup>125</sup> Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'insertion, *Plan Santé au travail 2020-2025*, p. 52 y ss. Disponible en: <https://travail-emploi.gouv.fr/sante-au-travail/plans-gouvernementaux-sante-au-travail/article/plans-sante-au-travail-pst>

<sup>126</sup> ANACT, *Qualité de vie et des conditions de travail (QVCT)*. Référentiel, 2023, p. 17.

Cabe entender que, con este nuevo enfoque, el ANI de 2020 intentaba acabar con los problemas y límites de los acuerdos colectivos sobre ‘calidad de vida en el trabajo’ adoptados tras el ANI de 2013, ya que, como se verá después, en lugar de en los aspectos colectivos de las condiciones en las que aquel se presta, como, por ejemplo, la carga de trabajo, la mayoría ponían el foco en los comportamientos individuales de los trabajadores y en cuestiones no directamente relacionadas con el trabajo<sup>127</sup>. Para acabar con las ambigüedades acerca del contenido de la ‘calidad de vida en el trabajo’, los interlocutores sociales decidieron añadir la referencia explícita a las ‘condiciones de trabajo’, con el objetivo de dejar claro que lo que se perseguía era mejorar el trabajo y las condiciones en las que se lleva a cabo. Ahora bien, una parte de la doctrina considera que, en la medida en que el ANI de 2020 no explica qué ha de entenderse por ‘calidad de las condiciones de trabajo’, el concepto de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ se caracteriza por una innegable incerteza<sup>128</sup>. Asimismo, aunque jurídicamente ha dejado de producir sus efectos, el ANI de 2020 señala que el ANI de 2013 sigue siendo una referencia en materia de ‘calidad de vida en el trabajo’.

Al contrario de lo que ocurre con la promoción de la salud en el trabajo, según la ANACT, y aunque considera que pueden ser de interés, la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ no incluye las que denomina acciones ‘periféricas’, como, por ejemplo, los bonos ‘bienestar’, los masajes, la entrega de frutas y verduras o la decoración, ya que, en su opinión, este tipo de medidas no permiten perfeccionar, de forma sostenible, la manera de trabajar y, por lo tanto, están lejos de ser consideradas objetivos prioritarios para la mejora de las condiciones de trabajo<sup>129</sup>.

Por otro lado, los interlocutores sociales que han firmado el ANI de 2020 subrayan la importancia del diálogo social y apuntan que, con el paso de la ‘calidad de vida en el trabajo’ a la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, el deber de negociar previsto en el *Code du travail* podría abarcar también cuestiones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo. Así, el citado acuerdo reconoce que no existe un método obligatorio y universal para implementar un enfoque de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, sino que corresponde a los acuerdos colectivos que se adopten en los distintos niveles proponer el método que la empresa ha de adoptar. En todo caso, el ANI de 2020 hace referencia al método propuesto por la ANACT, que fue recibido favorablemente debido a su carácter

<sup>127</sup> Véase, ANACT, *Qualité de vie et des conditions de travail : de quoi parle-t-on?*. Disponible en : <https://www.anact.fr/la-qvct-de-quoi-parle-t>

<sup>128</sup> Jaminon, Vincent, “Qualité de vie au travail, bien-être et RPS en France et en Belgique : comparaison des notions et dispositifs réglementaires”, en Piermattéo, Anthony, Cléty, Henry, Schoenenberger, Sandrine, Demarey, Catherine (dirs.), *Qualité de vie et santé au travail : théorie et pratiques*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d’Ascq, 2022, p. 49.

<sup>129</sup> ANACT, *Qualité de vie et des conditions de travail (QVCT)*. Référentiel, 2023, p. 5. Véase también ANACT, *Qualité de vie et des conditions de travail : de quoi parle-t-on?*, cit.

pragmático y progresista, y que es compatible con la visión más amplia de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’<sup>130</sup>.

### 3.4. La Ley de 2021 para fortalecer la prevención en la salud en el trabajo

El ANI de 2020 se transpuso en la ‘Ley nº 2021-1018, de 2 de agosto de 2021, para fortalecer la prevención en la salud en el trabajo’ (en adelante Ley de 2021)<sup>131</sup>. Esta es la primera vez que un ANI se traslada a una ley. Sin embargo, una parte de la doctrina considera que no se trata de una transposición integral, entre otros motivos, porque la prevención primaria, que era uno de los objetivos del ANI de 2020, no se menciona en la Ley de 2021<sup>132</sup>. En relación con la ‘calidad de vida en el trabajo’, cabe señalar que la Ley de 2021 acogió el cambio de denominación realizado por el ANI de 2020 y reformó los artículos del CT que regulaban esta cuestión, para sustituir la citada expresión por la de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’. Sin embargo, aquella no incluyó una definición de ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ y tampoco modificó su marco jurídico. Así, desde el punto de vista jurídico, la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ sigue siendo, principalmente, el objeto de una negociación obligatoria en la empresa.

Por un lado, la citada ley reformó el artículo L. 2242-1 CT relativo al deber de negociar sobre ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’. En la actualidad, este artículo establece que, en las empresas donde se constituyan una o más secciones sindicales, el empresario deberá llevar a cabo, al menos una vez cada cuatro años, entre otras, una negociación sobre aquella. Ahora bien, esta obligación de negociar no tiene por qué traducirse en la adopción de un acuerdo colectivo sobre la materia. Por lo tanto, no se trata de una obligación de resultado, por lo que los interlocutores sociales cumplirán su deber si debaten sobre la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, aunque no alcancen el citado acuerdo<sup>133</sup>. Además, la Ley de 2021 también modificó las disposiciones supletorias y, en concreto, el artículo L. 2242.13 CT. Por lo tanto, la citada negociación deberá llevarse a cabo cada año, cuando en las citadas empresas no se llegue a un acuerdo sobre el calendario, la frecuencia, los temas y las condiciones de la mencionada negociación<sup>134</sup>. Asimismo, la Ley de 2021 reformó el art. L2242-17 CT, en el que se hace referencia a algunas de las temáticas que han de tratarse en la mencionada negociación sobre ‘calidad de vida

<sup>130</sup> Este método se divide en etapas sucesivas: diseño, diagnóstico, puesta en práctica en una parte de la empresa y desarrollo y consolidación de las acciones, tras su evaluación y seguimiento.

<sup>131</sup> *Loi n° 2021-1018, du 2 août 2021, pour renforcer la prévention en santé au travail*. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000043884445/2024-05-06/>

<sup>132</sup> Lerouge, Loïc, “La ley del 2 de agosto de 2021...”, *op. cit.*, pp. 187 y 201.

<sup>133</sup> Héas, Franck, “La qualité de vie et des conditions de travail du point de vue du juriste, voie concertée de fonctionnement de l’entreprise ou renouvellement de la santé au travail?”, *RIMHE - Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, n. 54, p. 110.

<sup>134</sup> Artículo L. 2242-11 CT.

y de condiciones de trabajo'. Estas son, entre otras, las modalidades para el pleno ejercicio por parte del trabajador de su derecho a la desconexión o la articulación entre la vida personal y profesional.

La Ley de 2021 también se refiere a dos temas cuyo tratamiento en la negociación sobre 'calidad de vida y de condiciones de trabajo' es facultativo o voluntario. En concreto, la citada norma ha modificado el art. L.2242-19 CT, que señala que la negociación 'puede' versar sobre la prevención de los riesgos derivados de la exposición a los factores de riesgo laboral previstos en el artículo L4161-1 CT, entre los que se encuentran, por ejemplo, el trabajo a turnos o el trabajo nocturno. Asimismo, la Ley de 2021 ha introducido el nuevo artículo L. 2242-19-I CT, que señala que la negociación también 'puede' tratar sobre la calidad de las condiciones de trabajo, en particular sobre la seguridad y salud en el trabajo y sobre la prevención de los riesgos laborales. Así, se abre la posibilidad de negociar sobre las medidas de seguridad y salud en el trabajo, pero la citada negociación no puede servir para exonerar al empresario del cumplimiento de su deber de protección. En la práctica, no resulta sencillo determinar cuál ha de ser el contenido concreto de las negociaciones sobre seguridad y salud en el trabajo en el marco de la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo', ya que ha de diferenciarse de las medidas obligatorias del ámbito de la prevención de riesgos laborales y de las de promoción de la salud. Así, no entrarían dentro del ámbito de aplicación de las citadas negociaciones aquellas que forman parte del deber de protección del empresario, y tampoco las generales de promoción de la salud vinculadas al estilo de vida del trabajador. En todo caso, la doctrina considera que las citadas negociaciones podrían servir para determinar las medidas que deben adoptarse y para que el empresario muestre su voluntad de implantar todas las medidas destinadas a proteger a los trabajadores<sup>135</sup>.

Aunque el ANI de 2020 consideraba la seguridad y salud en el trabajo como un elemento esencial de la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo', el tratamiento de esta temática en el ámbito de la citada negociación sigue siendo una posibilidad y no una obligación para el empresario. De hecho, si bien durante la tramitación del proyecto de ley se había presentado una enmienda para que la mencionada negociación también pasase a ser obligatoria, esta fue rechazada por el Senado<sup>136</sup>. En síntesis, la empresa tiene que negociar obligatoriamente sobre la 'calidad de vida y de condiciones de trabajo', pero no ha de tratar, necesariamente, el tema de la seguridad y salud en el trabajo.

<sup>135</sup>Geulin, Clarisse, Laffitte, Marie, Fin-Langer, Laurence, Rouspide-Katchadourian, Marie-Noëlle, *op. cit.*, p. 14.

<sup>136</sup>Véricel, Marc, "La place de la représentation du personnel et du dialogue social en matière de santé au travail et de prévention des risques professionnels, après les réformes de 2020-2021", *Droit Social*, n. 11, 2021, p. 906.

En todo caso, algunos autores consideran que el art. L. 2242-19-ICT contribuye a reforzar la posición de los interlocutores sociales sobre el papel de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ en relación con la prevención primaria, y también pone de manifiesto que los agentes del ámbito de la prevención van a desempeñar un papel cada vez más importante en la promoción e, incluso, en el apoyo de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’<sup>137</sup>. Sin embargo, otros autores alertan de que la negociación sobre temas relativos a la seguridad y salud en el marco de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ puede invadir las competencias de los órganos de participación en la materia. Si bien la citada negociación no elimina las responsabilidades de los representantes especializados en prevención de riesgos laborales, va a ser necesaria una articulación entre las actuaciones de todos los agentes involucrados en esta cuestión, en particular, cuando en el acuerdo sobre ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ se traten temas sustanciales, que vayan más allá de una mera repetición de las obligaciones previstas en las normas<sup>138</sup>.

Según los debates parlamentarios sobre la Ley de 2021, el objetivo de la redefinición de la ‘calidad de vida en el trabajo’ como ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ consistía, tal y como apuntaba el ANI de 2020, en integrar el debate sobre las condiciones de trabajo en las negociaciones sobre aquella. Ahora bien, los primeros autores que analizaron las modificaciones realizadas por la citada ley en relación con la obligación de negociar sobre esta temática señalaban que es difícil conocer el impacto concreto que el citado cambio terminológico tendrá en la práctica, y que es necesario esperar para ver si este cambio de enfoque a nivel terminológico se refleja, efectivamente, en los nuevos acuerdos adoptados a partir de 2020, ya que parece que se trata más de una invitación que de una obligación<sup>139</sup>. Otros autores consideran que, tras el cambio de enfoque, lo lógico sería que las cuestiones relativas a la organización del trabajo estén más presentes en los acuerdos adoptados sobre ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’<sup>140</sup>.

Por otro lado, la Ley de 2021 ha modificado el papel de los servicios de prevención en relación con la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’. Así, en primer lugar, es necesario aclarar que la citada norma ha cambiado la propia denominación de los servicios de prevención. Mientras que, antes de la reforma de 2021, en Francia, se denominaban ‘servicios de salud en el trabajo’ (SST), en la actualidad, pasan a designarse ‘servicios de prevención y de salud en el trabajo’ (SPST)<sup>141</sup>.

En la medida en que se reconoce la importancia de la seguridad y salud en el trabajo en relación con la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, la Ley

<sup>137</sup> Airey, Pascal, Pelletier, Julien, “De la QVT à la QVCT : quelles perspectives pour la négociation d’entreprise ? (2013-2023)”, *La Revue des conditions de travail*, n. 13, 2024, p. 95.

<sup>138</sup> Meftah, Inès, “La négociation sur la qualité des conditions de travail : premières analyses”, *Bulletin Joly Travail*, n. 10, 2021, p. 52

<sup>139</sup> Véricel, Marc, *op. cit.*, p. 906.

<sup>140</sup> Airey, Pascal, Pelletier, Julien, *op. cit.*, p. 95.

<sup>141</sup> Lerouge, Loïc, “La ley del 2 de agosto de 2021...”, *op. cit.*, p. 188.



de 2021 ha introducido una nueva función para los servicios de prevención en este ámbito. Así, en la actualidad, el apartado 2º del art. L4622-2 CT establece que una de las tareas de los servicios de prevención consiste en “asesorar a los empresarios, a los trabajadores y a sus representantes sobre las disposiciones y medidas necesarias para evitar o reducir los riesgos profesionales, mejorar la calidad de vida y las condiciones de trabajo, teniendo en cuenta, en su caso, el impacto del teletrabajo sobre la salud y la organización del trabajo, para prevenir el alcohol y las drogas. el consumo en el lugar de trabajo, para prevenir el acoso sexual o moral, para prevenir o reducir los efectos de la exposición a los factores de riesgo profesional mencionados en el artículo L. 4161-1 y de desintegración profesional y para contribuir a la permanencia en el empleo de los trabajadores”. Así, se pone de manifiesto que los distintos actores del ámbito de la prevención adquieren cada vez más relevancia a la hora de desarrollar el enfoque de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, entre otros motivos, porque las citadas medidas relacionadas con la seguridad y salud han de partir de las adoptadas en materia de prevención de riesgos laborales.

### **3.5. Análisis de la negociación colectiva: especial referencia a la seguridad y salud en el trabajo**

La doctrina ha venido considerando que la ‘calidad de vida en el trabajo’ es un tema transversal para la negociación colectiva, que se presta para realizar una aproximación holística a la salud en el trabajo. Esta noción representa un ejemplo de cómo ha ido variando el proceso de elaboración de las normas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, y de cómo la negociación colectiva ha ido adquiriendo cada vez más relevancia en la materia<sup>142</sup>.

Algunos autores distinguen entre negociaciones de primera generación sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’, realizadas al amparo de la ley de 2015 y del ANI de 2013, y de segunda generación, relativas a la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, llevadas a cabo tras la entrada en vigor de la ley de 2021 y la adopción del ANI de 2020<sup>143</sup>.

En relación con las negociaciones de primera generación, cabe señalar que, a raíz de la inclusión de la obligación de negociar sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’ en el CT, el número de acuerdos adoptados sobre esta cuestión ha ido aumentando a lo largo de los años<sup>144</sup>. Aunque, tal y como se ha indicado, la ‘calidad de vida en el trabajo’ comprende distintos aspectos, en el presente trabajo se hará referencia, únicamente, a las medidas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo recogidas en los citados acuerdos.

Tras realizar un estudio sobre 200 acuerdos colectivos sobre ‘calidad de vida en el trabajo’, adoptados entre el 1 de septiembre de 2017 y el 13 de mayo

<sup>142</sup>Héas, Franck, “La négociation d’entreprise sur la qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 908.

<sup>143</sup>Héas, Franck, “La qualité de vie et des conditions de travail”, *op. cit.*, p. 111.

<sup>144</sup>Véase Direction générale du travail, *La négociation collective en 2019, Bilan & Rapports*, París, 2020, p. 366. Disponible en: [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019\\_web.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019_web.pdf). En



de 2019, Franck Héas llegó a la conclusión de que era posible dividirlos en 4 categorías<sup>145</sup>: 1) acuerdos básicos; 2) acuerdos sobre la organización del trabajo; 3) acuerdos globales; y 4) acuerdos relativos al comportamiento de los trabajadores. Los básicos eran los más numerosos<sup>146</sup> y se trataba de acuerdos de mínimos, que se limitaban a recordar las obligaciones legales o a establecer un marco para seguir negociando sobre el tema. En segundo lugar, si bien su número era inferior<sup>147</sup>, también había acuerdos que se centraban en la organización y en las condiciones de trabajo y se referían, entre otras cuestiones, a la desconexión digital, al teletrabajo o a medidas relacionadas con la adaptación del tiempo de trabajo.

La tercera categoría<sup>148</sup> realizaba una aproximación transversal a la ‘calidad de vida en el trabajo’, en algunas ocasiones en relación con la salud en el trabajo. Estos acuerdos no se limitaban a la organización material del trabajo, sino que versaban sobre cuestiones que van más allá del empleo, como, por ejemplo, los eventos festivos en el trabajo, los desayunos en la oficina, etc. El último grupo de acuerdos, el menos numeroso<sup>149</sup>, trataba sobre el comportamiento de los trabajadores. Estos acuerdos consideraban la protección de la salud del trabajador en su conjunto, y en todas sus dimensiones, es decir, tanto dentro como fuera de la empresa y, por lo tanto, no se circunscribían a las condiciones de trabajo. Aquellos realizaban una aproximación más amplia a la ‘calidad de vida en el trabajo’ y trataban cuestiones como, por ejemplo, la alimentación, la gestión del sueño, la prevención de adicciones o las actividades deportivas, entre otras. Estos acuerdos se centraban en los comportamientos de los trabajadores, para dirigirlos y orientarlos, y ponían el foco en el bienestar individual<sup>150</sup>.

Con carácter general, y con base en el estudio mencionado, cabe concluir que, cuando trataban la cuestión, los interlocutores sociales adoptaban un enfoque global de la seguridad y salud en el trabajo. Una parte de la doctrina ha entendido que esto supone un avance en la concepción del derecho a la protección frente a los riesgos laborales, desde una perspectiva basada en la organización material de las condiciones de seguridad de los trabajadores en la empresa hacia otra más centrada en la prevención, que toma en consideración la salud global de las personas<sup>151</sup>.

dicho informe se indica que, en el año 2019, se firmaron un total de 1033 acuerdos sobre ‘calidad de vida en el trabajo’, frente a los 944 de 2017 y los 891 de 2018.

<sup>145</sup>Héas, Franck, “La négociation d’entreprise sur la qualité de vie au travail”, *op. cit.*, pp. 910 y 911.

<sup>146</sup>63% del total.

<sup>147</sup>18% del total.

<sup>148</sup>10% del total.

<sup>149</sup>8,5% del total.

<sup>150</sup>Véase Lerouge, Loïc, “Risques psychosociaux et qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 92 ; Héas, Franck, “La négociation d’entreprise sur la qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 911. Algunos de estos acuerdos se centran en el desarrollo personal, a través de medidas como la diversión en el trabajo (por ejemplo, la celebración de cumpleaños), la organización de desayunos en la oficina o la organización de grupos de reflexión, entre otros.

<sup>151</sup>Héas, Franck, “La négociation d’entreprise sur la qualité de vie au travail”, *op. cit.*, p. 912.

Desde este punto de vista, a través de la promoción de esta aproximación global y sistemática a la salud en el trabajo, las negociaciones a nivel de empresa sobre la ‘calidad de vida en el trabajo’ se configuran como ‘un vector de promoción de la salud por el trabajo’<sup>152</sup>.

Sin embargo, eran muy pocos los que se referían a los vínculos entre las cuestiones organizativas, como el contenido o la carga de trabajo, y la prevención primaria<sup>153</sup>. Por lo tanto, al dejar de lado la dimensión colectiva de la salud y de la prevención, algunos autores han interpretado que dichos acuerdos no cumplían con el objetivo del ANI de 2013, ya que el citado acuerdo se centraba en la mejora de la calidad de las condiciones de trabajo, y pretendía acercar la salud y la economía, para para crear una dinámica positiva de la vida en el trabajo<sup>154</sup>.

En relación con las negociaciones de segunda generación, se sigue firmando un número de acuerdos similar a lo que ocurría con anterioridad<sup>155</sup>. Los primeros análisis de estos nuevos acuerdos señalan que la negociación sobre ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ continúa siendo muy heterogénea. Si bien los acuerdos básicos o declarativos son menos numerosos<sup>156</sup>, parece que se confirma la tendencia a incluir medidas basadas en el comportamiento de los trabajadores<sup>157</sup>. Así, aunque existe una cierta continuidad en relación con los contenidos de la negociación sobre ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, también se aprecian nuevas tendencias, en particular, una concepción más amplia de aquella, que no solo trata temas relacionados con el trabajo *strictu sensu*, sino otros situados al margen del trabajo y de la empresa. Esta evolución refuerza el enfoque global de la salud, que confirma los vínculos entre la salud pública y la salud laboral<sup>158</sup>. Ahora bien, este no era el objetivo que perseguía el ANI de 2020 con el cambio de denominación de

<sup>152</sup>De Montvalon, Luc, *La charge de travail. Pour une approche renouvelée du droit de la santé au travail*, LGDJ, París, 2021, p. 357.

<sup>153</sup>ANACT, *Un cap à tenir. Analyse de la dynamique de l’Accord national interprofessionnel. Qualité de vie au travail -Égalité professionnelle du 19 juin 2013*, Rapport, 21 de febrero de 2019, p. 28.

<sup>154</sup>Lerouge, Loïc, “Risques psychosociaux et qualité de vie au travail, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

<sup>155</sup>En 2022 se firmaron un total de 941 acuerdos. Véase, Direction générale du travail, *La négociation collective en 2012, Bilan & Rapports*, París, 2023, p. 51. Disponible en: [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc-2022\\_edition-2023-version\\_accessible.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc-2022_edition-2023-version_accessible.pdf)

<sup>156</sup>*Accord de méthode dans le cadre de la négociation portant sur la qualité de vie et des conditions de travail et l’égalité professionnelle entre les hommes et les femmes de la Compagnie Laitière Des Mascareignes*, adoptado el 25 de mayo de 2024. Disponible en : <https://www.legifrance.gouv.fr/acco/id/ACCOTEXT000049594044?origin=list>

<sup>157</sup>Héas, Franck, “La qualité de vie et des conditions de travail”, *op. cit.*, p. 115. Véase, por ejemplo, el *Accord en faveur de la qualité de vie et des conditions de travail de L’Association Groupe ESSEC*, adoptado el 2 de mayo de 2024. Disponible en : [https://www.legifrance.gouv.fr/acco/id/ACCOTEXT000049593991?init=true&page=1&query=Accord+en+faveur+de+la+qualite+de+vie+et+des+conditions+de+travail+de+L%E2%80%99Association+Groupe+ESSEC&-searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/acco/id/ACCOTEXT000049593991?init=true&page=1&query=Accord+en+faveur+de+la+qualite+de+vie+et+des+conditions+de+travail+de+L%E2%80%99Association+Groupe+ESSEC&-searchField=ALL&tab_selection=all) Este acuerdo contiene medidas dirigidas a promover el ejercicio físico de los trabajadores, a través de la construcción de un centro específico o la organización de terapias colectivas y comportamentales para hacer frente a los riesgos psicosociales.

<sup>158</sup>Héas, Franck, “La qualité de vie et des conditions de travail”, *op. cit.*, p. 115.

‘calidad de vida en el trabajo’ a ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’. Por lo que, parece que la modificación terminológica no ha conseguido que los acuerdos sobre esta temática se centren en las condiciones de trabajo.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que el hecho de que los acuerdos sobre ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ regulen los comportamientos de los trabajadores fuera del trabajo plantea una serie de problemáticas. En particular, esto puede contribuir a aumentar la responsabilización individual del trabajador respecto de su propia salud<sup>159</sup>. La doctrina ha calificado los acuerdos sobre ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ que regulan las conductas de los trabajadores fuera del trabajo como ‘intrusivos’ y ha entendido que este tipo de actuaciones va más allá del ámbito de una norma de carácter profesional. Otros de los riesgos que plantea esta perspectiva es la invisibilización de la salud en el trabajo<sup>160</sup>.

En todo caso, también hay algunos acuerdos que es posible calificar como virtuosos como, por ejemplo, el ‘Acuerdo, de 29 de noviembre de 2022, relativo a la calidad de vida y condiciones de trabajo’ aplicable en el ámbito de las compañías de seguros<sup>161</sup>, que pretende mejorar la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, a través de acciones relacionadas con las condiciones de trabajo y con la prevención de riesgos laborales. El citado acuerdo tiene como objetivo estimular una nueva dinámica que coloque la seguridad y la salud como uno de los principales temas de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ y promover el desarrollo de una cultura de prevención, como factor de desempeño en la empresa. Para ello, entre otras, los interlocutores sociales que lo han firmado pretenden poner en práctica acciones concretas que promuevan la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ en términos de medio ambiente, organización, prevención de riesgos psicosociales y bienestar y equilibrio entre la vida privada y profesional. Así, al contrario de los demás, este acuerdo sí que parece haber acogido la finalidad que se proponía el ANI de 2020, ya que se centra, exclusivamente, en los aspectos colectivos relacionados con la salud en el trabajo. Asimismo, también es posible encontrar acuerdos que, aunque se centran en las citadas condiciones de trabajo, no se refieren, o lo hacen en muy pocas ocasiones, a la salud de los trabajadores<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> Lerouge, Loïc, “La ley del 2 de agosto de 2021...”, *op. cit.*, pp. 195 y 196.

<sup>160</sup> Héas, Franck, “La qualité de vie et des conditions de travail”, *op. cit.*, p. 116.

<sup>161</sup> Disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/conv\\_coll/id/KALITEXT000047347893/?idConteneur=KALICONT000005635918&origin=list](https://www.legifrance.gouv.fr/conv_coll/id/KALITEXT000047347893/?idConteneur=KALICONT000005635918&origin=list)

<sup>162</sup> Véase, por ejemplo, el *Accord collectif relatif à la qualité de vie et des conditions de travail (QVCT) de l'Association ADAMAD*, adoptado el 13 de mayo de 2024. Disponible en : [https://www.legifrance.gouv.fr/acco/id/ACCOTEXT000049593822?init=true&page=1&query=Accord+collectif+relatif+%C3%A0+la+qualit%C3%A9+de+vie+et+des+conditions+de+travail+%28QVCT%29+de+l%2E%80%99Association+ADAMAD&searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/acco/id/ACCOTEXT000049593822?init=true&page=1&query=Accord+collectif+relatif+%C3%A0+la+qualit%C3%A9+de+vie+et+des+conditions+de+travail+%28QVCT%29+de+l%2E%80%99Association+ADAMAD&searchField=ALL&tab_selection=all)

#### **4. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿HACIA LA INCLUSIÓN DE LA ‘CALIDAD DE VIDA Y DE CONDICIONES DE TRABAJO’ EN EL DEBER DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO?**

En Francia, en el ámbito de la negociación colectiva, en particular a través de dos acuerdos interprofesionales de 2013 y de 2020, se ha desarrollado un concepto específico de ‘bienestar en el trabajo’: la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’. Desde un punto de vista teórico, y a diferencia del marco general sobre la promoción de la salud, la citada noción solo se centra en los aspectos relacionados con las condiciones de trabajo, y no en las cuestiones vinculadas con los hábitos de vida y la salud individual de los trabajadores.

Desde la perspectiva jurídica, la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ es, principalmente, el objeto de una negociación obligatoria en la empresa. Ahora bien, la seguridad y salud en el trabajo no tiene por qué formar parte del contenido de la citada negociación, sino que su tratamiento es voluntario. Así, cabe plantearse si resultaría oportuno imponer la obligatoriedad de negociar sobre prevención de riesgos laborales en el marco de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, aunque, tal y como y como se ha planteado, la aproximación a esta temática no está exenta de controversias. En consecuencia, y como requisito previsto, por lo que sería necesario que los interlocutores sociales contasen con una mayor formación en la materia, y también interviniesen más actores especializados en este ámbito. Asimismo, la negociación sobre seguridad y salud en el trabajo en el marco de la negociación obligatoria sobre ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ podría considerarse una nueva forma de participación en la prevención de riesgos laborales. En todo caso, cuando tratan este tema, los acuerdos colectivos que ya se han adoptado parecen no seguir los objetivos de los acuerdos interprofesionales que desarrollaron el enfoque de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, ya que, una buena parte de ellos se refiere a aspectos que no tienen que ver con las condiciones de trabajo, sino con la salud individual de los trabajadores.

La ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ constituye una aproximación diferente al tema de la promoción de la salud en el trabajo. Así, cabe entender que la citada noción se sitúa a medio camino entre la promoción de la salud y la prevención de riesgos laborales. Ahora bien, al igual que ocurre con la primera, en la actualidad, en Francia, la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ no forma parte del deber de protección del empresario, sino que pertenece al ámbito de la RSE. Por lo tanto, la puesta en práctica de medidas de este tipo solo se convierte en obligatoria para el empresario cuando se incluye en un acuerdo colectivo negociado con los representantes de los trabajadores.

En la medida en que, tal y como señala la ‘Declaración de Luxemburgo’, la prevención de riesgos laborales no puede lograr, por sí sola, responder a los retos actuales a los que se enfrenta el mercado de trabajo, se entiende que debería realizarse una interpretación extensiva del deber de protección del empresario e

incluir en el mismo medidas que van más allá de la prevención de riesgos laborales en sentido estricto. A la hora de decidir cuáles deberían ser esas medidas, y para evitar todos los problemas que plantea el enfoque de la promoción de la salud en el trabajo, en particular en relación con la individualización de la responsabilidad del trabajador respecto de su propia salud y la invisibilización de la salud laboral, cabe entender que lo mejor sería que el citado deber de protección integrase aquellas acciones que forman parte del enfoque francés de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’, ya que está más vinculado con las condiciones de trabajo y con la prevención de riesgos. Así, se considera que la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ constituye la evolución natural y la etapa sucesiva de la prevención de riesgos laborales, en particular de la prevención de riesgos psicosociales, que ya ha ido evolucionando desde la reparación de los daños a la prevención de los riesgos. De esta manera, la promoción de la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ constituiría la tercera fase de la citada evolución jurídica<sup>163</sup>. De hecho, esta última contribuye a reforzar la prevención primaria y, al contrario de lo que ocurre con la promoción de la salud en el trabajo, no adopta un enfoque de salud pública, sino que se sitúa en el ámbito de la salud laboral, ya que, tal y como se ha señalado, el enfoque teórico de los acuerdos interprofesionales y de la ANACT rechaza que queden incluidas en la ‘calidad de vida y de condiciones de trabajo’ las medidas relacionadas con la salud individual y con los estilos de vida del trabajador. Asimismo, para tratar el tema de los riesgos psicosociales parece más eficaz adoptar una perspectiva diferente: orientando la acción no sobre la prevención de las patologías, sino en la promoción de la salud en el trabajo<sup>164</sup>, centrada, únicamente, en los aspectos laborales, y adoptando una dimensión positiva de las cuestiones de seguridad y salud en el trabajo.

<sup>163</sup>En sentido análogo, pero en relación con las medidas de promoción de la salud y la evolución jurídica de la concepción de protección de la salud de los trabajadores, véase Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz, “De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo: avances en la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 138, 2018, p. 139.

<sup>164</sup>Grosjean, V., *op. cit.*, p. 31.

# EL DEBER DE INFORMAR Y EL DERECHO A NEGOCIAR DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA NUEVA ERA DIGITAL: UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LA NORMATIVA ITALIANA Y EL NUEVO MARCO EUROPEO\*

RAQUEL COTERILLO LASO\*\*

*Investigadora Predoctoral en el Departamento de Derecho del Trabajo y SS*

Universidad de Cantabria

ORCID: 0009-0007-6974-1922

## EXTRACTO

**Palabras clave:** inteligencia artificial, negociación, sistemas automatizados, transparencia algorítmica, ética

El efecto de borrado de las fronteras entre el tiempo de trabajo y descanso debido a la conectividad permanente que el uso de las nuevas tecnologías ha propiciado, ha aumentado el riesgo de las personas trabajadoras de padecer estrés y tecnoestrés. En la misma línea, la exigencia de un continuo aprendizaje y esfuerzo de adaptación conlleva que los trabajadores sientan que tienen un menor control de su trabajo y se sientan desbordados por adquirir las nuevas competencias requeridas. Algunas empresas incluso están monitorizando el rendimiento de los trabajadores y su estado de ánimo. En este escenario, los representantes de los trabajadores emergen como los principales garantes de salvaguardar la dignidad y la privacidad de los trabajadores frente al creciente empleo de tecnologías opacas. De ahí que se abogue por el reconocimiento formal de un derecho no solo de información sino de consulta y negociación ante la introducción de sistemas de IA en el centro de trabajo. En base a lo expuesto, se tratará de presentar una visión comparada de la normativa italiana y el nuevo marco europeo, con especial referencia al Reglamento europeo de Inteligencia Artificial.

## ABSTRACT

**Keywords:** artificial intelligence, negotiation, automated systems, algorithmic transparency, ethics

*The blurring of the boundaries between work and rest time due to the permanent connectivity that the use of new technologies has brought about has increased the risk of workers suffering from stress and technostress. In the same vein, the demand for continuous learning and adaptation efforts means that workers feel that they have less control over their work and feel overwhelmed in acquiring the new skills required. Some companies are even monitoring workers' performance and mood. In this scenario, workers' representatives emerge as the main guarantors of safeguarding workers' dignity and privacy in the face of the growing use of opaque technologies. Hence, the formal recognition of a right not only to information but also to consultation and negotiation before the introduction of AI systems in the workplace is advocated. Based on the above, we will try to present a comparative view of the Italian regulations and the new European framework, with special reference to the Artificial Intelligence (AI) Act.*

\* El estudio presentado se realiza en el marco de una estancia de investigación en la Universidad de Catania, perteneciente al Consorcio EUNICE. Esta estancia fue posible gracias al apoyo del Vicerrectorado de Investigación y Política Científica de la Universidad de Cantabria y al proyecto REUNICE, que busca fomentar la movilidad de investigadores en formación.

\*\* Global Affiliate Scholar, Workers' Rights institute. Georgetown University.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. HACIA UN ENFOQUE ÉTICO Y HUMANO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ANÁLISIS DEL DERECHO COMUNITARIO
  - 2.1. La difícil adaptación (u obsolescencia) del Derecho del Trabajo ante la llegada de la 4º Revolución Industrial
  - 2.2. El Reglamento europeo de inteligencia artificial y su impacto en el ámbito laboral
3. UNA MIRADA CRÍTICA A LA NORMATIVA ITALIANA A TRAVÉS DEL “DECRETO TRASPARENZA”
  - 3.1. La responsabilidad empresarial de informar a los representantes de los trabajadores sobre la implementación de sistemas automatizados
  - 3.2. La entrada en vigor del “Decreto Lavoro”: Un nuevo revés para los derechos de los trabajadores en el actual entorno tecnológico
3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN TIEMPOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: REPENSANDO EL PAPEL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
  - 4.1. El derecho de los representantes a ser consultados y a poder recurrir a un experto en inteligencia artificial: Alemania y Francia como referentes normativos
  - 4.2. La deficiente actuación del legislador español y los interlocutores sociales en el nuevo escenario laboral
5. CONSIDERACIONES FINALES

## 1. INTRODUCCIÓN

El uso de las nuevas tecnologías no solo está cambiando nuestra manera de trabajar, sino que también condiciona nuestro descanso. Las fronteras entre la vida profesional y personal se difuminan al encontrarnos en un entorno laboral permanentemente conectado, en el que podemos trabajar desde cualquier lugar y en cualquier momento, lo que termina por ampliar la jornada laboral. Esta problemática se acentúa en las empresas digitales que reinventan la organización de los tiempos de trabajo hasta límites extremos, como ha sucedido con los repartidores asalariados. Ante esta situación, surge la duda sobre el modo de abordar el derecho a la desconexión digital si previamente no se ha trabajado en prevenir la prolongación indebida de la jornada de trabajo.

Esta falta de límites claros puede tener un impacto muy negativo en la calidad de vida y rendimiento del empleado. Esto es confirmado por todos los estudios realizados hasta la fecha. Por ello, tiene pleno sentido decir que la irrupción digital en el empleo ha cambiado por completo la forma en que se desarrolla la vida laboral. En un principio, esta realidad imperaba en los sectores tecnológicos y de cierta especialización. Hoy por hoy, la mayor parte de los trabajos se complementan con el uso de las nuevas tecnologías. Véase la profesión de abogado, médico, chef, periodista, psicólogo o comercial.

Esto evidencia la necesidad de legislar atendiendo a todas estas situaciones de sobreexposición tecnológica en el entorno laboral, a pesar de los innumerables beneficios que la digitalización nos proporciona, ya que toda esta situación ha hecho



emerger nuevas enfermedades profesionales, especialmente de carácter psicosocial, tales como el “tecnoestrés”, y agravar otras ya existentes, como el “Burnout”.

Cuando las personas experimentan una pérdida de control en su trabajo, incertidumbre o falta de habilidad en relación con la Realización Autónoma en el Contexto del Trabajo (lo que se conoce como RAIA), es común que desarrollen actitudes cada vez más pesimistas y deprimidas. Esta situación afecta negativamente a su autoimagen y, a su vez, tiene un impacto significativo en su bienestar general<sup>1</sup>. Una de las particularidades de este nuevo escenario laboral, marcado por la fuerte incursión de las TIC, es la exigencia de un continuo aprendizaje y esfuerzo de adaptación, al tiempo que se introducen nuevos conocimientos, los cuales no son siempre fáciles de adquirir por parte del trabajador, especialmente por aquellos que no están familiarizados con el manejo de las TIC. Como consecuencia, los trabajadores sienten que tienen un menor control sobre el resultado de su trabajo. En otras ocasiones, se sienten desbordados para dominar las nuevas habilidades requeridas y, como regla general, sienten que deben enfrentarse a una mayor carga de trabajo. Todo ello genera una sobrecarga tecnológica que, si no se gestiona adecuadamente, puede generar importantes problemas para la salud de los trabajadores, entre los que destaca el “tecnoestrés laboral”, cuyo primer síntoma es la irritabilidad o la resistencia obstinada a recibir instrucciones sobre el funcionamiento de cualquier elemento tecnológico. Como consecuencia, no será difícil concluir que el trabajador que sufra este tipo de estrés será, con toda probabilidad, un trabajador menos productivo y, por supuesto, estará más expuesto a sufrir accidentes laborales.

Lo expuesto pone de relieve que los representantes de los trabajadores, los únicos que realmente van a velar por la protección de sus derechos, deben ser actores partícipes en la negociación sobre la introducción de nuevos sistemas de IA en el centro de trabajo, asegurando que todas las partes sean consideradas. No debe permitirse que se implementen sistemas software, robótica, cuyo efecto positivo en la productividad no sea suficiente para contrarrestar la reducción en la demanda de mano de obra provocada por el desplazamiento, o innovaciones tecnológicas que monitoricen el rendimiento de los empleados como si de robots se trataran, o que se adopte nueva maquinaria sin tener un plan específico para todos los trabajadores desplazados o para aquellos que sean incapaces de utilizarlas.

Por ello, reitero, es fundamental que los representantes dejen de ser meros espectadores de los cambios tecnológicos, y sean tratados como actores protagónicos de esta nueva realidad laboral, para que puedan detener la implementación de sistemas inteligentes que perjudiquen las condiciones laborales y de salud de los

<sup>1</sup> Para explorar este tema con mayor detalle, se sugiere la lectura de: Termino, R. y Rimbau-Gilabert, E. (17 de mayo de 2018). *La digitalización del entorno de trabajo: la llegada de la robótica, la automatización y la inteligencia artificial (RAIA) desde el punto de vista de los trabajadores. Una revisión exploratoria*. Conference: 3r Congreso de Economía y Empresa, Colegio de Economistas de Catalunya, Barcelona, España, 2018.



trabajadores y supervisar los efectos de otros que, en un principio, puedan parecer inofensivos.

El estudio aspira a justificar la necesidad de fortalecer el papel de los representantes en esta nueva era tecnológica e identificar posibles mejoras en la normativa vigente. Para ello, se tratará de abordar el estado actual de la cuestión conforme la normativa comunitaria, con especial atención al Reglamento General de Protección de Datos Personales, 2016/79 (GDPR), la Directiva 2002/14, de 11 de marzo (DOCE de 23 de marzo), por la que se garantizará la información de los trabajadores y de sus representantes sobre la IA en el lugar de trabajo, y la nueva Ley de Inteligencia Artificial. Además, se presentarán normas concretas de distintos países europeos que podrían servir de modelo de para ampliar el derecho de información a un derecho de consulta y/o negociación, y prever la contratación de personas expertas en la materia para asistir a los representantes durante la revisión de la documentación proporcionada por el empleador.

## **2. HACIA UN ENFOQUE ÉTICO Y HUMANO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ANÁLISIS DEL DERECHO COMUNITARIO**

### **2.1. La difícil adaptación (u obsolescencia) del Derecho del Trabajo ante la llegada de la 4ª Revolución Industrial**

La cuarta revolución industrial —también conocida como Industria 4.0—, se presenta como potencialmente disruptiva y de naturaleza distinta a las anteriores. Las transformaciones reales y potenciales que acontecen generan tensiones ético-jurídicas que se traducen en expectativas de normativas en sentidos contradictorios. El análisis no puede reducirse a afirmaciones que sugieran la desaparición del empleo debido a la sustitución por máquinas. Se requiere un marco legal uniforme, sólido y ejecutable, evitando, al mismo tiempo, la trampa de aplicar soluciones jurídicas diseñadas para países con notables disparidades tecnológicas y culturales.

Las mutaciones que se producen con la llegada de las innovaciones tecnológicas suelen generar preocupaciones acerca del posible aumento del desempleo tecnológico. Esta inquietud es común en cada avance tecnológico y la Cuarta Revolución Industrial no escapa a esta tendencia. Estamos, sin duda, al borde de una revolución tecnológica que modificará radicalmente nuestra manera de vivir, trabajar y relacionarnos. En términos de escala, alcance y complejidad, esta transformación se distingue significativamente de todas las experiencias previas.

A lo largo de la historia de la humanidad, el temor al desempleo tecnológico ha sido un fantasma constante, suscitando preocupación desde el movimiento Ludita en 1812. En una época más reciente, este asunto fue abordado por un conjunto de académicos, periodistas y tecnólogos que se autodenominaban el “Comité Ad Hoc sobre la Triple Revolución”. Este grupo elaboró el Informe de la Triple Revolución,

el cual se distribuyó a los medios de comunicación y se envió en marzo de 1964 al presidente Johnson, al secretario de Trabajo y a líderes del Congreso. Este informe fue incluso citado por Luther King en un discurso antes de su trágica muerte<sup>2</sup>. En el informe, se presentaban advertencias y propuestas concretas:

Las consecuencias de tal automatización serían un desempleo generalizado, una desigualdad social sin precedentes y una caída drástica en el mercado de bienes y servicios porque los consumidores no tendrían el poder adquisitivo necesario para impulsar el crecimiento económico. Ante esto, el comité proponía una solución radical: implantar una renta básica garantizada basada en la “economía de la abundancia” creada por la automatización, que sustituiría a los programas de ayuda social que había entonces para luchar contra la pobreza<sup>3</sup>.

El análisis vigente arroja luz sobre esta visión tan pesimista y catastrófica, aunque acoge parte de las propuestas que ya se manifestaban en aquella época, como la renta básica universal. Lo expuesto evidencia que la preocupación acerca de la automatización no es un asunto nuevo, y los debates en torno a sus pros y contras tampoco lo son. Sin embargo, las cuestiones que se discuten y la perspectiva que se les otorga evolucionan a medida que avanzamos en esta nueva fase.

En la actualidad, estamos siendo testigos de un tsunami tecnológico que, poco a poco, está alterando la configuración y funcionamiento de nuestro mercado de trabajo y, en consecuencia, está generando la necesidad de cambiar las reglas del juego. En términos jurídicos, podríamos decir que esta transformación ha supuesto una obsolescencia del Derecho y, por lo que ahora nos interesa, del Derecho del Trabajo, en prácticamente todos sus aspectos<sup>4</sup>. Desde la regulación de la relación laboral individual y las causas de despido objetivo hasta la ineficacia de la negociación colectiva y la falta de reconocimiento de nuevas figuras jurídicas en nuestro ordenamiento, lo que ha generado una creciente inseguridad jurídica en el ámbito laboral. Este proceso de constante innovación se debe al hecho de que la maquinaria inherente al sistema capitalista no puede quedarse estática, sino que debe evolucionar desde su núcleo interno. Así, lo disruptivo haría referencia a la tecnología que perturba el estado actual de las cosas y transforma radicalmente la realidad productiva. De ahí que, como bien sostiene Poquet Catalá, una de las consecuencias más importantes a las que se enfrenta el futuro del Derecho del Trabajo *está relacionada con los efectos y el impacto de la robotización o, mejor*

<sup>2</sup> Rico Areiza, L. y García Uribe, J., “La automatización laboral: una perspectiva fenomenológica e histórica”, *Jangwa Pana: Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 21, núm. 3, 2022, pp. 185-186.

<sup>3</sup> FORD, M., “El Auge de los Robots: La Tecnología y la Amenaza de un Futuro sin Empleo”, Paidós (Ed.), 2016, p. 40.

<sup>4</sup> Papa, V., “Post-industriale o pre-moderno? Economia digitale e lavoratori on-demand: nuovi paradigmi organizzativi e vecchie esigenze di tutela”, *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerche*, vol. 28, núm. 3, 2018 p. 730 y ss.

*dicho, automatización de ciertos métodos de trabajo, pues no cabe duda de su afectación sobre el mantenimiento del empleo*<sup>5</sup>.

Comprender el futuro del trabajo implica comprender el papel que tendrá la negociación colectiva en ese futuro. Las innovaciones tecnológicas incidirán directamente en la estructura misma del Derecho del Trabajo, por lo que una actuación legislativa deficiente frente al nuevo panorama laboral podría dejar obsoleta esta rama del Derecho. En este contexto, la negociación colectiva y los jueces, respaldados por la contribución de la doctrina científica, desempeñarán roles protagónicos en la formulación de respuestas adaptadas a las nuevas realidades tecnológicas. Es ampliamente reconocido que la negociación colectiva asume una función prelegislativa frente a desafíos novedosos y complejos que surgen en las relaciones laborales y la gestión de los trabajadores.

La negociación colectiva activa su papel una vez se ha detectado la obsolescencia normativa. Este papel, considerado como prelegislativo, se enmarca en los procesos de transformación de las relaciones laborales y el mercado de trabajo, en los que se requiere soluciones “a medida” que se implementan sin que la legislación laboral esté en condiciones de producir respuestas al ritmo requerido. Surge el interrogante de si estamos exigiendo demasiado a la negociación colectiva y si, de alguna manera, las fuentes de regulación son sustituibles, lo que podría significar conceder una amplia libertad al convenio para suplir las deficiencias de la ley. Asimismo, se podría debatir sobre la posibilidad de que, en estos fenómenos, se desarrolle una autorregulación colectiva previa a la intervención del legislador. Como vemos, la llegada de esta Cuarta Revolución Industrial está transformando no solo la estructura organizativa y la naturaleza del trabajo, sino también la perspectiva con la que se aborda su regulación.

Es evidente que la legislación laboral a menudo no logra adaptarse a las transformaciones del entorno laboral, lo cual resulta paradójico en un sector sujeto a cambios constantes. A pesar de las reformas continuas, no se observa una evolución sustancial en los contenidos y soluciones, lo que conduce a la persistencia de obsolescencias crónicas que no reflejan las nuevas realidades. Por este motivo, la negociación colectiva se presenta como la opción más apropiada en un marco jurídico muy deficiente y lejos de adaptarse a las necesidades emergentes en la era digital. La elección de este mecanismo se basa en su capacidad de reacción y adaptación, aunque se cuestiona si esta capacidad resulta suficiente, ya que, a pesar de su función prelegislativa atribuida, no parece tener un impacto significativo, al menos en esta etapa inicial de debates sobre el futuro del trabajo<sup>6</sup>. Además, la negociación

<sup>5</sup> Poquet Catalá, R., “Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral”, *Ars Iuris Salmanticensis: Estudios*, vol. 8, 2020, p. 168.

<sup>6</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M., “El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo”, *El futuro del trabajo: Retos para la negociación colectiva*, XXX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, 2018, pp. 96-97.

colectiva no parece estar exenta de los problemas de desfase y desactualización inherentes a la normativa laboral<sup>7</sup>.

Aunque en un principio pueda parecer que se está imponiendo una carga excesiva a la negociación colectiva, la realidad es que se presenta como la herramienta más idónea para facilitar una adecuada gobernanza del impacto de la digitalización en el empleo. Más allá de los debates sobre la pérdida o creación de empleo debido a la automatización, es imperativo dirigir esta transformación a través de procesos de negociación que involucren a empleadores, representantes sindicales y expertos en diversas disciplinas tecnológicas. En este contexto, la negociación colectiva podría aprovechar la oportunidad para recuperar el poder y la relevancia que ha perdido en los últimos años<sup>8</sup>.

Hasta el momento, la incorporación de nuevas tecnologías y procesos digitales, como la automatización, la introducción de robots y dispositivos digitales (como portátiles, tabletas y guantes inteligentes) que impactan en los procesos y la organización del trabajo, ha sido abordada principalmente como un tema de información y consulta, así como de acuerdos a nivel empresarial. Según un informe de ETUC en 2018, el 37% de los representantes de los trabajadores entrevistados indicó que los cambios en los procesos y la organización laboral se trataron a través de la información y consulta, mientras que casi el 14% mencionó acuerdos específicos a nivel empresarial. Además, solo el 2% señaló que esta cuestión se abordó en los convenios colectivos sectoriales. Esto no resulta sorprendente, ya que la regulación de las nuevas tecnologías suele tratarse como un asunto de participación de los trabajadores en la empresa o incluso en el lugar de trabajo<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Los modelos de representación de los trabajadores en la actualidad se basan en presupuestos del siglo pasado y conservan características que se originaron en los movimientos en defensa del proletariado. Vila Tierno, F., “El sindicalismo ante el reto de la digitalización: una visión contextualizada por la realidad normativa internacional”, en AAVV López Cumbre, L., Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización”, Aranzadi (Ed.), 2021, entiende que esto no implica necesariamente algo negativo, *ya que el sindicalismo tiene una función propia y no debe asumir objetivos que no le corresponden, no obstante, desoir esta llamada a la actualización, no en lo relativo a su finalidad última, no en el resultado, sino en el medio, en las herramientas, en el modo de atender a aquellos intereses del colectivo al que representa, puede significar el principio del fin del sindicalismo como lo hemos entendido*” (p. 79).

<sup>8</sup> La doctrina iuslaboralista viene afirmando que se trata de una nueva oportunidad para revitalizar la negociación colectiva, a la espera de las reformas laborales anunciadas. Con este sentido, López Cumbre, L., “Derechos laborales digitales y su negociación”, *Revista Otrosí*, Colegio de Abogados de Madrid, número monográfico sobre “La abogacía en la era digital”, 2019, sostiene que *ya sea a nivel de sector o de empresa, el Convenio Colectivo servirá para materializar las distintas necesidades que cada uno observe en su entorno en materia de digitalización laboral*” (p. 57).

<sup>9</sup> ETUC (European Trade Union Confederation), “Digitalisation and workers participation: What trade unions, company level workers and online platform workers in Europe think”, Brussels, 2018, p. 27.

## 2.2. El Reglamento europeo de inteligencia artificial y su impacto en el ámbito laboral

La Unión Europea ha intensificado sus esfuerzos por proteger la figura del trabajador frente a las peligrosas intromisiones a la privacidad y salud de estos por parte de sistemas inteligentes y algoritmos, cuyo funcionamiento muchas veces escapa de razones lógicas y comprensibles, incluso para sus creadores.

Las normas que se han adoptado en este sentido en el seno comunitario nacen con el espíritu del “derecho real a la explicación”, previsto en el art. 8, apdo. 1, de la Directiva para la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales, que nace con el sentido de ofrecer al trabajador una explicación sobre cualquier decisión adoptada o apoyada por el sistema automatizado, con la posibilidad de dirigirse al responsable designado por la plataforma. En esencia, lo que ya prevé el Reglamento General de Protección de Datos Personales 2016/79 (GDPR), que también se basa en el principio de transparencia, es decir, en la comprensibilidad de los datos calculados por los algoritmos, y en la prohibición de someterse a una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, además del derecho del sujeto a expresar la propia opinión e impugnar la decisión. Asimismo, el artículo 8 de la mencionada Propuesta de Directiva impone a la plataforma la obligación de fundamentar por escrito cualquier decisión respaldada o tomada por el sistema automatizado de toma de decisiones, especialmente en lo que respecta a la restricción, suspensión o cierre de la cuenta del trabajador. Además, establece el derecho del trabajador a solicitar la revisión de la decisión si no está conforme con la justificación proporcionada<sup>10</sup>.

La Propuesta de la Directiva COM(2021)762, que busca mejorar las condiciones laborales en plataformas digitales y aumentar la transparencia en la gestión algorítmica de las relaciones laborales, se basa en una perspectiva de emancipación y reconocimiento del trabajador como individuo. En este contexto, el legislador evoluciona desde la obligación inicial de suministrar información a los trabajadores en plataformas digitales para ampliar este deber a situaciones que involucran la implementación de sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones. No sólo prescribe con precisión el contenido de dicha información, sino también el tiempo y la forma en que debe transmitirse. Dichas obligaciones de información previstas se incorporan a las garantías de transparencia que el empresario está obligado a identificar y preparar tras una evaluación de impacto, probablemente necesaria en virtud del artículo 35 RGPD, en relación con el uso de un sistema automatizado de seguimiento o toma de decisiones. Se trata de una información detallada que debe integrarse y facilitarse a los trabajadores en base al art. 13 del Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679).

<sup>10</sup> Faleri, C., “Diritti di informazione e principio di trasparenza per una governance societaria sostenibile”, *Lavoro e Diritto*, núm. 3, 2023, p. 542.

Esta norma también establece el derecho del trabajador de solicitar información en el ejercicio de los derechos previstos por la legislación en materia de protección de datos personales, y de ser respondido por el empleador por escrito en un plazo de treinta días.

Por otro lado, no debe ignorarse que, a pesar de que nuevas normas pueden reducir el ámbito de protección alcanzado, las obligaciones de información para proteger a los trabajadores previstas por el Reglamento europeo de protección de datos personales prevalecen, ya que provienen de una fuente del Derecho de la UE, que prevalece sobre las fuentes primarias como los decretos nacionales. A pesar de las posibles limitaciones que puedan plantearse, los interesados mantienen su derecho a conocer la existencia de una toma de decisiones automatizada, como la elaboración de perfiles y la lógica utilizada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento (art. 13.2.f); art. 14.2.g); art. 15, párr. 1, letra h)). A ello se suma la garantía prevista en el artículo 22, que establece el *derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles*<sup>11</sup>.

El legislador comunitario también se ha preocupado por establecer un sólido marco jurídico en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido, las empresas tienen la obligación de realizar una evaluación del riesgo laboral (art. 6.1 y art. 6.3 de la Directiva 1989/391/CEE), en base al deber del empresario de *garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo*» (según el artículo 5.1 de dicha Directiva). No obstante, surge la duda sobre si este marco otorga suficiente protección frente a los riesgos que implica la gestión algorítmica en el contexto laboral. Desde un enfoque jurídico, Tolodí (2023) plantea tres escenarios posibles: *i) considerar que existe suficiente regulación con la Directiva Marco para hacer frente al riesgo específico que produce una IA como jefe; ii) firmar un acuerdo marco sobre IA en el trabajo entre los interlocutores sociales; iii) elaborar una Directiva específica de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre la gestión algorítmica del trabajo como se ha hecho para la manipulación manual de cargas, el trabajo con unidades de visualización, etc*<sup>12</sup>.

Sin ánimo de extenderme, la elaboración de una Directiva específica de Seguridad y Salud en el Trabajo que aborde las concretas situaciones de riesgo que surgen en este nuevo escenario se presenta como la opción más conveniente, teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de regular de manera independiente

<sup>11</sup> Corti, F. (10/05/2023). Decreto trasparenza: un iter travagliato. Quali obblighi permangono? *Labor Project*. <https://laborproject.it/2023/05/10/Decreto-trasparenza-iter-travagliato-Quali-obblighi-permangono/> [Fecha de consulta: 04/12/2023].

<sup>12</sup> Para un análisis más exhaustivo, se recomienda consultar: TODOLÍ SIGNES, A., “Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación”, Aranzadi, 2023.

aquellos aspectos que se apartan de las dinámicas laborales más tradicionales, en consonancia con los cambios actuales.

Retomando lo mencionado al principio sobre la protección otorgada por la normativa comunitaria a la intervención de sistemas inteligentes en las condiciones laborales, la reciente aprobación del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (en adelante, Reglamento de Inteligencia Artificial)<sup>13</sup>, ha consolidado esta protección. Estamos ante una norma que no solo ha marcado un hito en la regulación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral, siendo clave en el desarrollo del Derecho Digital y el Derecho del Trabajo, sino que también ha supuesto un avance en la construcción del Derecho Algorítmico, que tiene una clara dimensión laboral.

El legislador comunitario pretende establecer las bases de un ecosistema de excelencia y confianza, centrado en la creación de un entorno seguro. La aprobación de este Reglamento sigue a la publicación del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial, que propone opciones para un marco legislativo orientado a una IA fiable. El legislador reconoce que el desarrollo de la IA debe ser respetuoso y fomentar la confianza entre los ciudadanos. Este enfoque se manifiesta en el marco regulador europeo de la IA, que promueve las habilidades necesarias para trabajar en este ámbito y mejora las cualificaciones profesionales de los trabajadores, estableciendo también un modelo de riesgo que clasifica todos los riesgos laborales como de alto riesgo. En resumen, la Comisión Europea busca promover una IA confiable y sostenible, basada en valores europeos, para posicionarse como líder global. La Comisión ha destacado que la IA debe demostrar a las personas que pueden confiar en ella. Por lo tanto, se puede afirmar que todo gira en torno al concepto de “confianza” o “fiabilidad”. En este sentido, la Comisión Europea pone el foco en la persona, pasando de la Industria 4.0 a la Industria 5.0.

El Libro Blanco de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial, titulado “Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, ilustra claramente los objetivos de la Unión Europea en su esfuerzo por convertirse en líder mundial en innovación, así como en los ámbitos de la economía del dato y sus aplicaciones. La Unión Europea aspira a aprovechar su potencial tecnológico e industrial en estos campos digitales para construir un ecosistema de inteligencia artificial que maximice estas ventajas y ofrezca soluciones y mejoras significativas tanto a la sociedad como a la economía europea, con el fin de aumentar su competitividad. La narrativa de la Comisión Europea, desde una perspectiva de derechos fundamentales, ética y social, se fundamenta principalmente en dos pilares: un ecosistema de confianza

<sup>13</sup> Para acceder al texto del Reglamento se facilita el siguiente enlace: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE\\_24\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_24_2024_INIT) [Fecha de consulta: 07/06/2024].



y un ecosistema de excelencia. Estos principios constituyen la base lógica de su enfoque<sup>14</sup>.

El Reglamento parte de una premisa básica: su aprobación no podrá afectar al Derecho de la Unión en materia de política social ni a la legislación laboral nacional relativa a las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas la salud y la seguridad en el trabajo y la relación entre empleadores y trabajadores. Tampoco deberá interferir con el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, como el derecho a huelga y el derecho a negociar convenios colectivos. Asimismo, no impedirá que la Unión o los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores en cuanto a la protección de sus derechos frente al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores, ni que fomenten o permitan la implementación de convenios colectivos más beneficiosos para los trabajadores<sup>15</sup>.

El objetivo del legislador es encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos de los ciudadanos, la garantía de su seguridad y el fomento del desarrollo de la inteligencia artificial. Esta intención se refleja claramente en la normativa, que no impone una regulación generalizada sobre todas las tecnologías de inteligencia artificial, sino que se centra en aquellos sistemas o modelos que presentan un mayor riesgo en su uso. De esta manera, se implementa lo que se ha denominado el “sistema semáforo”, el cual aplica distintas restricciones según el tipo de tarea que desempeñe la inteligencia artificial. Para el control, especialmente de los sistemas considerados de alto riesgo, se establece que deben ser evaluados antes de su uso o comercialización en la Unión Europea. Sin embargo, en muchos casos, esta evaluación será simplemente una autoevaluación<sup>16</sup>.

El articulado de la norma refleja la influencia inspiradora de la propuesta legislativa alemana. En 2019, la Comisión Ética de Datos del Gobierno alemán recomendó un enfoque regulatorio basado en el riesgo, distinguiendo cinco niveles de criticidad según la probabilidad y severidad del daño causado por el uso de algoritmos. Siguiendo este modelo alemán, el Reglamento de IA establece un marco regulatorio centrado en el enfoque normativo basado en riesgos e incluye mecanismos flexibles que permiten una adaptación dinámica a medida

<sup>14</sup> Ponce del Castillo, A (8 de junio de 2021). *El Reglamento sobre la IA de la Comisión Europea: Análisis crítico, perspectivas sociales y laborales* [Ponencia]. Conferencia Aspectos laborales de la Propuesta de Reglamento Europeo en Inteligencia Artificial.

<sup>15</sup> López Cumbre, L., “Algunas consecuencias laborales derivadas de la aprobación del Reglamento europeo de inteligencia artificial”, ([www.ga-p.com](http://www.ga-p.com), mayo de 2024), p. 2.

<sup>16</sup> Vega García, P. (27 de mayo de 2024). *El nuevo escenario creado por el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial* [Ponencia]. Congreso Internacional «El Derecho Digital en un Escenario Jurídico Cambiante», Instituto de Investigaciones jurídicas (UNAM).



que la tecnología evoluciona y surgen nuevas situaciones de peligro<sup>17</sup>. De este modo, clasifica los sistemas de IA en tres categorías según las tareas que realizan, determinando si son lícitos o no y, de serlo, en qué medida pueden operar y si deben cumplir obligaciones adicionales. Específicamente, se crean tres categorías: un grupo de prácticas prohibidas (por mencionar algunas, se prohíbe el “social scoring” y el reconocimiento de emociones en escuelas y entornos de trabajo), un grupo de sistemas de alto riesgo (como los sistemas de IA empleados en el proceso de contratación) y un tercer grupo con obligaciones de transparencia requeridas (en el que encontramos los sistemas que interactúan con personas o generan contenidos sintéticos).

En el ámbito del empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, se entiende que serán sistemas de IA de alto riesgo (i) aquellos *destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas*; así como (ii) *la IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones* (conforme el Anexo III de la norma citada).

Aunque no se mencione explícitamente, el nivel de riesgo inaceptable está relacionado con el principio de precaución, el cual se aplica en situaciones de incertidumbre científica y riesgo de daño grave e irreversible. Este principio se regula en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y se desarrolla en la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución del año 2000. En esta misma línea, la Recomendación CM/Rec (2020)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, emitida en abril de 2020, insta a los Estados miembros a adoptar un enfoque de precaución. Se les recomienda rechazar determinados sistemas cuando su implementación implique un alto riesgo de daños irreversibles o cuando, debido a su opacidad, el control y supervisión humanos se vuelvan impracticables, siguiendo el modelo alemán de criticidad basado en el riesgo (14%)<sup>18</sup>.

En el ámbito laboral, este Reglamento ha dado importantes pasos para proteger a los trabajadores, al prohibir el uso de sistemas de IA para “inferir las emociones de una persona física en el lugar de trabajo” o “detectar el estado emocional de las personas en situaciones relacionadas con el trabajo” (Artículo 5.1f) y Considerando 44 del Reglamento). Además, prohíbe el uso de sistemas de

<sup>17</sup> Muñoz Ruiz, A.B., “Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: Implicaciones Jurídicos-Laborales”, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 118.

<sup>18</sup> Muñoz Ruiz, A.B., op. cit., p. 127.

categorización biométrica para deducir la afiliación sindical, tanto por parte de la IA como por parte de los empleadores, empresas y proveedores que la utilicen (Artículo 5.1g) y Considerandos 14 y 30). Igualmente, todo lo relacionado con el “empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo” se considera de Alto Riesgo, lo que somete a estas soluciones de IA a un estricto control y a una serie de requisitos obligatorios antes de su implementación. Por lo tanto, queda patente que la IA aplicada al ámbito laboral y a las relaciones laborales está sujeta a fuertes regulaciones, siendo o bien prohibida o bien considerada de Alto Riesgo, lo que implica controles rigurosos previos a su adopción. En este sentido, es importante aclarar que estamos hablando de restricciones en el uso, pero no en el desarrollo de la IA. Es decir, el Reglamento permite el desarrollo de sistemas que analicen en tiempo real las emociones humanas o el estado de ánimo de un trabajador, pero prohíbe su implementación en entornos laborales, excepto por motivos de seguridad o salud. De esta forma, se permite el desarrollo de tales sistemas, pero se limita su uso. En otros casos, aunque se permite el desarrollo, su uso se condiciona a una autoevaluación previa, lo que podría resultar en errores y confusiones, o a una evaluación externa por parte de un experto.

Es alentador ver cómo esta nueva normativa ha establecido un vínculo entre la introducción de la IA en los entornos laborales y la supervisión humana. Esto significa que todas las implementaciones de IA consideradas de Alto Riesgo deberán ser vigiladas por personas mientras estén en funcionamiento, con el objetivo de prevenir riesgos o detectar cualquier uso inapropiado. En la misma línea, según lo estipulado en el artículo 26.7 del Reglamento, la puesta en marcha de una IA de Alto Riesgo debe ser comunicada a los representantes legales de los trabajadores y a los propios trabajadores antes de su implementación y puesta en funcionamiento, respetando siempre los canales de información y consulta establecidos en el convenio colectivo o en el Estatuto de los Trabajadores. Esta previsión recoge el espíritu con el que el legislador actuó en relación a la Directiva 2002/14, de 11 de marzo (DOCE de 23 de marzo), por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en el ámbito de la Unión Europea, en este caso, sobre la decisión de poner en servicio o utilizar sistemas de inteligencia artificial. Además, esta obligación de transparencia también incluye la necesidad legal de informar a los trabajadores cuando interactúen con un sistema de inteligencia artificial (Artículo 50)<sup>19</sup>.

Sin embargo, aunque estas disposiciones refuercen el papel de los representantes en esta nueva era, aún estamos en un nivel meramente informativo, ya que no se establece un derecho de consulta o negociación para ellos. Además, tendrán que enfrentarse al arduo trabajo de revisar documentación y sistemas cuyo funcionamiento y lenguaje estarán muy alejados de su campo de conocimiento. El

<sup>19</sup> UGT, “Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial Una mirada accesible a su vertiente laboral”, Análisis y contextos: Servicio de Estudios UGT, núm. 65, 2024, pp. 9-16.

Reglamento establece que esta supervisión debe ser realizada por personas con la competencia y formación necesarias, y con un nivel adecuado de alfabetización que les permita desempeñar adecuadamente estas (Considerando 91). También prevé la obligación de establecer mecanismos que orienten y preparen a las personas responsables de la supervisión humana, para que puedan tomar decisiones informadas sobre cuándo intervenir, cómo hacerlo y cuándo detener el sistema si no funciona según lo previsto, con el fin de evitar posibles consecuencias negativas o riesgos (conforme lo establecido en el Considerando 73).

Ciertamente, las empresas se ven en la necesidad de capacitar a su personal o a colaboradores externos, o bien, de promover un elevado nivel de alfabetización en Inteligencia Artificial. Para lograr esto, las propias empresas deben adquirir conocimientos en la materia, lo que abre un campo de asesoramiento y acompañamiento empresarial en este aspecto. Como vemos, el Reglamento viene a introducir una nueva categoría, la de “trabajador/a alfabetizado/a en IA”, la cual se distingue y demanda un nivel superior de competencia en comparación con la de “persona alfabetizada” empleada por un proveedor o responsable de un sistema de IA, y que estará encargada de su implementación y funcionamiento. Surge la duda acerca de si será necesario implementar un sistema de acreditación de competencias, programas de formación profesional específica o títulos habilitantes. No obstante, no parece que la Unión Europea requiera tales medidas, aunque sí convierte a estas entidades en empleadores especiales con obligaciones adicionales específicas.

Para regular la introducción de estos sistemas, el Reglamento europeo de IA requiere a los Estados miembros disponer de una autoridad que supervise el cumplimiento de la normativa y sancione su incumplimiento. En España, es posible que esta responsabilidad recaiga en la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA)<sup>20</sup>. Específicamente, podría ser el Departamento de Certificación, Instrucción y Supervisión de la AESIA el encargado de instruir los expedientes administrativos sancionadores, supervisar los sistemas de inteligencia artificial y proponer, en su caso, medidas correctoras para garantizar el cumplimiento de la normativa reguladora en el ámbito de la inteligencia artificial<sup>21</sup>. Por otro lado, la División Jurídica y Relaciones Institucionales de la Secretaría General de dicha Agencia sería la encargada de la recepción y valoración de los expedientes sancionadores para su posterior resolución por la persona titular de la Dirección de la Agencia<sup>22</sup> y, en su caso, la emisión de resolución sancionadora. No obstante, se plantean importantes interrogantes respecto a esta cuestión. La

<sup>20</sup> Según lo previsto en el artículo 10.1 k) del Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la AESIA.

<sup>21</sup> Conforme el artículo 26. a) 5º del Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto.

<sup>22</sup> El Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública ha nombrado recientemente al ingeniero informático Ignasi Belda como director general de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial.

función de supervisión y sanción constituye uno de los pilares fundamentales de esta normativa, ya que va a determinar su efectividad. Sin embargo, surgen dudas sobre la viabilidad de incorporar en un breve periodo de tiempo un equipo de expertos en IA y Derecho, capaces de analizar, identificar y sancionar prácticas e instrumentos cuyo funcionamiento a menudo supera la comprensión de sus propios creadores. Descendiendo a un plano más concreto, en el ámbito laboral, si un representante detecta que el empleador está utilizando un sistema de IA prohibido, ¿debería dirigirse a la Inspección de Trabajo o a la AESIA? A priori, parece que los departamentos mencionados de la AESIA serán los responsables de estas funciones. Sin embargo, esto nos lleva a reflexionar sobre un aspecto fundamental: más allá del entusiasmo generado por la aprobación de esta pionera normativa, es crucial comprender que la regulación carecerá de efectividad si no se cuenta con un equipo adecuado y debidamente capacitado, así como un organigrama bien definido para su implementación. De poco sirve regular cuando no se disponen de los medios adecuados para hacer efectivas las normas y responder ante su incumplimiento.

En relación con la aplicación y entrada en vigor de esta norma, hay un aspecto que no debe ignorarse: la excepción prevista en el artículo 111.1. Este artículo dispone que el Reglamento se aplicará únicamente a los operadores de sistemas de IA de alto riesgo que hayan sido introducidos en el mercado o puestos en servicio antes del plazo de veinticuatro meses a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, únicamente si, a partir de esa fecha, dichos sistemas se ven sometidos a cambios significativos en su diseño. Lo expuesto suscita la siguiente pregunta: ¿Qué sucede entonces con aquellos sistemas de IA considerados de alto riesgo que fueron implementados en el entorno laboral antes de dicho plazo? ¿No estarán sujetos a las disposiciones establecidas en la norma? Esta parece ser la interpretación que se desprende de la norma. Habrá que ver las posibles repercusiones y cómo esto incidirá en la protección de los derechos y garantías de los trabajadores. ¿Se permite que estos sistemas de alto riesgo eviten el riguroso control establecido? ¿No deben estar sujetos a supervisión humana mientras estén en funcionamiento para prevenir riesgos o detectar cualquier uso indebido, ni tampoco deben comunicarse a los representantes y trabajadores? De ser así, esto supondría dejar fuera del ámbito de protección a trabajadores afectados por sistemas ya implementados en su centro de trabajo, o aquellos que quieran acceder al mismo. Resulta desconcertante esta limitación en la aplicación de la normativa. Con la entrada en vigor del Reglamento, es probable que surjan dudas recurrentes sobre la situación de estos sistemas que ya estén en funcionamiento. Veremos si se acude a otras normas como el RGPD o se exige la extensión de su aplicación a estos sistemas.

En este contexto, también se ha planteado la conveniencia de aprobar una ley española de IA, como ya se hizo con el Reglamento General de Protección de Datos, dada la complejidad de la materia y su impacto en los derechos fundamentales. Sin embargo, como acertadamente señala Rodríguez-Piñeiro, esto podría contribuir al fenómeno de desregulación del Derecho del Trabajo que ha sido característico

en los últimos años, debido a la creciente aprobación de normas transversales que incluyen disposiciones laborales, ubicadas fuera del propio Estatuto de los Trabajadores (especialmente leyes de igualdad y Derecho digital, calificadas por Del Rey Guanter como “paralaborales”)<sup>23</sup>.

La dispersión normativa de cuestiones tan complejas y la incertidumbre acerca de la gobernanza de los algoritmos podría cerrarse con la aprobación del nuevo Estatuto del Trabajo del Siglo XXI. Hay quien asegura que su aprobación podría catalizar un cambio significativo tanto en el contenido como en el modo de hacer el Derecho del Trabajo, especialmente tras un prolongado periodo de reformas que, en lugar de abordar de manera integral los desafíos actuales, han consistido en ajustes superficiales que han terminado por erosionar el papel constitucional del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, autores como Viqueira Pérez, defienden la construcción de un marco regulatorio sólido que *devuelva al Estatuto de los Trabajadores su carácter de norma central (perdido con la “externalización” regulatoria de los derechos digitales y el teletrabajo) y que impregne su contenido de los derechos fundamentales para dotarle de un cierto rearme constitucional*<sup>24</sup>.

En tanto la ansiada norma se materialice, es imperativo mantener una vigilancia constante e instar a los representantes a que actúen. Contamos con un cuerpo normativo tanto a nivel europeo como nacional que es lo suficientemente robusto como para ofrecer respuestas adecuadas a los nuevos escenarios que se presentan.

En los siguientes apartados se abordará la forma en que cada país ha intervenido para reconocer las competencias de los representantes en este ámbito, comenzando por Italia, seguido de Alemania, Francia y finalmente España.

### **3. UNA MIRADA CRÍTICA A LA NORMATIVA ITALIANA A TRAVÉS DEL “DECRETO TRASPARENZA”**

#### **3.1. La responsabilidad empresarial de informar a los representantes legales sobre la implementación de sistemas automatizados**

La automatización no puede basarse únicamente en impulsos empresariales exclusivos y excluyentes, sino que es necesario incorporar las perspectivas de los

<sup>23</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M.C. (8 de abril de 2024). *El Reglamento Europeo de IA Y su afectación al Mundo Laboral*. Iniciativa Interblogs de Derecho del Trabajo “La regulación de la Inteligencia Artificial en el Mundo laboral”. Disponible en: <https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/08/el-reglamento-europeo-de-ia-y-su-afectacion-al-mundo-laboral/> [Fecha de consulta: 06/06/2024].

<sup>24</sup> Viqueira Pérez, C., “El Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”, Briefs AEDTSS, núm. 3, 2024.

trabajadores en la gestión de los procesos de innovación tecnológica, con el fin de abordar los desafíos y realidades que surgen en el contexto de la transformación digital. Mientras que en algunas empresas la implementación de robots puede llevar a una drástica reducción de la plantilla o a la sustitución de puestos de trabajo, en otras, puede cambiar el modo de producción, el producto en sí o incluso modificar los turnos debido a la introducción de nuevas máquinas. Además, en ciertas empresas se verá afectado el modelo comercial o la posición en la cadena de valor. Se evidencia, por un lado, la heterogeneidad de los efectos en cada empresa afectada por las innovaciones tecnológicas, así como la variabilidad en el grado de madurez digital entre diferentes empresas y productores.

Desde el diálogo y la negociación con los sectores y sujetos interesados ha de gobernarse la incorporación de la tecnología, específicamente la inteligencia artificial, en los distintos sectores productivos. Es imperativo que la industria europea aproveche esta oportunidad, dado que solo una minoría de las empresas en Europa ha adoptado tecnologías digitales. Asimismo, es crucial mantener la perspectiva de considerar a las máquinas como aliados en lugar de sustitutos. La colaboración efectiva entre humanos y máquinas, respaldada por iniciativas gubernamentales y actores sociales, es esencial. La inteligencia aumentada se presenta como una aplicación sumamente cautivadora de la inteligencia artificial, ya que implica una sinergia donde tanto las personas como las máquinas se refuerzan mutuamente. En lugar de reemplazar a los humanos con máquinas, la inteligencia aumentada facilita una cooperación en la que ambas partes trabajan en conjunto para obtener beneficios mutuos. Sin embargo, para garantizar la eficacia de estos sistemas complementarios, es fundamental situar al trabajador en el centro, otorgándole un mayor control y autonomía en su labor, y asegurándose de que los sistemas sean intuitivos y satisfagan sus necesidades<sup>25</sup>.

Para ello, las empresas deberán informar adecuadamente a los representantes legales de los trabajadores sobre todos los cambios tecnológicos que se llevarán a cabo, con independencia del impacto que tengan en el empleo o en las condiciones laborales. La negociación colectiva no debe ser ambigua, sino precisa, de modo que no permita a las empresas aprovecharse de cláusulas vagas, y facilite a los interlocutores sociales proteger a los trabajadores de los efectos negativos de la tecnología. Por lo tanto, si se utilizan términos como “relevante” o “significativo” para referirse al impacto que debe tener la introducción de un software o tecnología antes de informar a la RLT, es necesario definir claramente su alcance. A su vez, es importante destacar que este deber de comunicación no debería ser sólo informativo, sino también de negociación.

<sup>25</sup> Álvarez Cuesta, H., “El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 42, 2019, p. 30.

La empresa debe informar —con la debida antelación— a la representación de los trabajadores sobre cualquier propuesta de transformación digital que pueda afectar a las condiciones de trabajo y los métodos o formas de trabajo. También debe informar sobre las nuevas formas operativas y las modificaciones tecnológicas que se introduzcan en la misma. Este deber de informar a los representantes se presenta como una pieza fundamental para garantizar el respeto a las condiciones de los trabajadores. La representación legal de los trabajadores debe ostentar un papel protagonista a la hora de decidir qué instrumentos tecnológicos se van a introducir en el centro de trabajo, evitando, así, que se trate de una decisión puramente económica y productiva, que no mire por el interés de los trabajadores. En este sentido, debe destacarse la reciente actuación legislativa italiana, relativa a la transposición de la Directiva UE 2019/1152 sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles en la Unión Europea. El legislador italiano ha decidido introducir una disposición, no presente en la fuente europea, dedicada específicamente a los procesos automatizados de toma de decisiones y seguimiento. En concreto, me estoy refiriendo al Decreto Legislativo 104/2022, el llamado decreto de transparencia, que entró en vigor el pasado 13 de agosto de 2022, y que prevé la inclusión del artículo 1-bis en el Decreto Legislativo de 26 de mayo, núm. 152/1997, que conlleva “Obligaciones de información adicional en el caso de utilización” de estos sistemas de inteligencia artificial.

Se trata de una medida que ha sido objeto de fuertes críticas por parte de algunos académicos. Estas críticas se centran en que no está contemplada en la Directiva de la UE, lo que plantea dudas sobre su compatibilidad con los objetivos de la fuente europea y con los principios de protección de la competencia en el mercado común. Además, se considera “incomprensible e impracticable”, a pesar de los intentos del Ministerio de Trabajo en ofrecer interpretaciones. También se critica por su “sobrexposición sancionadora injustificada” y por no estar preparada para responder a las rápidas evoluciones y transformaciones tecnológicas que se vienen produciendo. Desde esta perspectiva, esta doctrina aboga por la eliminación total del artículo. Por otro lado, existe una corriente doctrinal que sostiene que el legislador italiano busca asegurar con esta disposición la plena eficacia del imperativo de transparencia establecido por la fuente europea, incluso en situaciones específicas que la Directiva misma menciona y, por lo tanto, solicita que se consideren. Estas situaciones particulares involucran casos en los que la toma de decisiones o el control no son realizados por personas, sino a través de sistemas automatizados<sup>26</sup>.

Este precepto introduce una obligación adicional de información a empresarios y clientes, relativa a la utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones o seguimiento diseñados para proporcionar información relevante a los efectos de

<sup>26</sup> Peruzzi, M., “Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela”, Giappichelli (Ed.), 2023, pp. 94-95.



*la contratación o asignación de la tarea, la gestión o terminación de la relación laboral, la asignación de tareas, así como información que afecte a la vigilancia, evaluación, desempeño y cumplimiento de las obligaciones contractuales de los trabajadores*<sup>27</sup>.

La jurisprudencia ya ha tenido la oportunidad de aplicar esta normativa. Un fallo reciente del tribunal de Palermo (sentencia de 3 de abril de 2023, núm. 14491) reconoció una conducta antisindical en el rechazo de una plataforma alimentaria (Uber Eats) a proporcionar a los representantes sindicales información sobre la lógica del algoritmo utilizado para organizar los servicios laborales, en virtud del artículo 1-bis del d. lgs. 152/1997 (introducido por el Decreto de Transparencia). De este modo, el Tribunal constata que la plataforma ha violado la obligación de proporcionar a los representantes sindicales la información requerida por este precepto, lo que incluye la totalidad de los datos del algoritmo utilizado para asignar las entregas a los “riders”, así como la explicación de los parámetros de evaluación en los que se fundamenta. La definición del caso consta de dos elementos: la automatización de decisiones o seguimiento, y un elemento funcional que identifica el caso al señalar los objetivos de uso de los sistemas dentro del ámbito de la relación laboral. Respecto a este segundo elemento, la definición regulatoria es bastante amplia, llegando casi a perder su capacidad selectiva y utilidad<sup>28</sup>.

El artículo 1-bis está en consonancia con el sistema normativo vigente. Conforme este precepto, el empleador debe proporcionar al trabajador, antes del inicio de la actividad laboral, tanto los aspectos de la relación laboral afectados por el uso de los sistemas de decisión y monitoreo automatizados; sus objetivos y propósitos; la lógica y el funcionamiento de estos sistemas; las categorías de datos y los parámetros principales utilizados para programar o entrenar estos sistemas, incluidos los mecanismos de evaluación del rendimiento; las medidas de control adoptadas para las decisiones automatizadas, los posibles procesos de corrección y el responsable del sistema de gestión de la calidad; el nivel de precisión, robustez y ciberseguridad de estos sistemas y las métricas utilizadas para medir estos parámetros, así como los posibles impactos discriminatorios de dichas métricas (art. 1-bis, ap. 2).

Se amplía, de este modo, la dimensión objetiva de esta obligación de información, al ampliar los contenidos de este deber y adaptarse a las nuevas realidades digitales del tejido empresarial. Igualmente, se amplía la dimensión subjetiva, y se otorga mayor protección a la figura del trabajador y representante, ya que la norma no sólo obliga al empresario a informar al trabajador, de manera

<sup>27</sup> Artículo 1-bis del Decreto Legislativo n° 152/1997, introducido por el artículo 4. b) del Decreto Legislativo n° 104/2022.

<sup>28</sup> Covelli, R., “Lavoro e intelligenza artificiale: dai principi di trasparenza algoritmica al diritto alla conoscibilità”, *Labour & Law Issues*, vol. 9, núm. 1, 2023, p. 90.



transparente, en un formato estructurado, de uso común y legible por dispositivos automáticos, sino que extiende este deber de información a los representantes sindicales de empresa o representación sindical unitaria (lo que se conoce como “rappresentanze sindacali aziendali” y “rappresentanza sindacale unitaria”) y, en ausencia de estas representaciones, a las sedes territoriales de las asociaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional. A su vez, permite que el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales y la Inspección Nacional del Trabajo puedan solicitar la comunicación de la misma información y datos y el acceso a los mismos (art. 1-bis, ap. 6).

Dentro de este marco de protección frente a posibles cambios que modifiquen sus condiciones de trabajo, la norma también prevé que los trabajadores deberán ser informados, por escrito, al menos veinticuatro horas antes, de cualquier modificación en la información proporcionada que implique cambios en las condiciones de realización del trabajo (art. 1-bis, ap. 5). En este contexto, se incorpora una novedad normativa, que consiste en la previsión del deber de responder ante el incumplimiento, retraso o inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones mencionadas. Este enfoque refuerza tanto el deber como el derecho de ser informado acerca de la implementación de sistemas automatizados de toma de decisiones y monitoreo, estableciendo sanciones para asegurar que el incumplimiento no quede impune y para evitar que el empresario tenga la percepción de que puede actuar sin consecuencias. Bajando a un plano más concreto, según la Ley del 24 de noviembre de 1981, núm. 689, la sanción administrativa pecuniaria oscilará de 100 a 750 euros por cada mes de referencia (así se prevé en el artículo 19, párr. 2, del decreto legislativo del 10 de septiembre de 2003, núm. 276), sin perjuicio de la posibilidad de violaciones relativas a la protección de datos personales cuando concurren las condiciones previstas en los artículos 83 del Reglamento UE 2016/679 y 166 del decreto legislativo 196 de 2003. Como se destaca en la Circular núm. 4 de 2022 de la Inspección Nacional del Trabajo, la sanción debe aplicarse por cada mes de incumplimiento de estas obligaciones de información por parte del empleador o del cliente. Se trata, entonces, de una sanción “por tramos”, de modo que, sin perjuicio de su aplicación para cada mes de referencia, si la infracción afecta a más de cinco trabajadores la sanción administrativa es de 400 a 1.500 euros. Sin embargo, si la infracción se refiere a más de diez trabajadores, la multa oscila entre 1.000 y 5.000 euros, sin opción a reducción del pago. En relación con el incumplimiento del deber de comunicación a los representantes sindicales de empresa o a la representación sindical unitaria o, en su defecto, a las direcciones territoriales de las asociaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional, se prevé una sanción administrativa pecuniaria de 400 a 1.500 euros por cada mes en que se produzca la omisión.

Esta obligación de transparencia permanece incluso cuando el proceso de toma de decisiones y/o seguimiento sólo está parcialmente automatizado, dado que la obligación de EIPD sigue existiendo. Esto permite redimensionar, respecto

de la configuración de la obligación y su contenido, la importancia no sólo del debate sobre la oportunidad o no de derogar el art. 1-bis sino también de la última modificación realizada por el gobierno con el llamado “Decreto Lavoro”. Este deber de información puede tener su origen en el RGPD, con un contenido basado en los resultados de la evaluación de impacto, que probablemente no estará tan alejado de lo previsto por el artículo 1-bis.

La reciente entrada en vigor del “Decreto Lavoro 2023”, titulado “Misure urgenti per l’inclusione sociale e l’accesso al mondo del lavoro e in materia di salute”, puede ser vista como un retroceso para los derechos de los trabajadores en el vigente contexto tecnológico del mercado de trabajo. Esta norma realiza una modificación en el artículo 1-bis, párrafo 1, con la adición del adverbio “integralmente”, limitando así la obligación informativa únicamente a los casos en que se empleen sistemas de toma de decisiones o de seguimiento totalmente automatizados destinados a proporcionar información relevante a efectos de la *toma o cesión de la cesión, gestión o extinción de la relación laboral, la asignación de tareas o funciones, así como la información incidente a la vigilancia, la evaluación, el desempeño y el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los trabajadores*” (artículo 1-bis del Decreto Legislativo 152/1997, revisado por el artículo 26, apartado 2, letra a), del Decreto Legislativo 48/2023).

Es evidente que el cambio es sustancial: la adición del adverbio “integralmente” limita severamente el ámbito de aplicación de las obligaciones de información introducidas por el Decreto Legislativo núm. 104/2022. A ello se suma la modificación introducida en el párrafo 8 del artículo 1-bis: “Las obligaciones de información a que se refiere el presente artículo no se aplicarán a los sistemas protegidos por secretos industriales y comerciales”. Este precepto ha suscitado todo tipo de críticas, y no es de extrañar: la gran mayoría de las plataformas, a las que debería exigirse el cumplimiento de las obligaciones de información sobre los sistemas de toma de decisiones adoptados, se basan en algoritmos protegidos por el secreto industrial y comercial. Además, no perdamos el foco: esta nueva previsión normativa dejará sin protección a la mayor parte de los casos, puesto que (i) Lo habitual no es la introducción o aplicación de sistemas totalmente automatizados, sino parcialmente automatizados; y (ii) Debe plantearse la conveniencia de tomar como base no tanto las plataformas digitales sino los cobots y todos los sistemas que trabajan con IA que se introducen en el proceso productivo y organizativo, de modo que se amplíe el espectro y se trabaje sobre la realidad completa del mercado laboral actual. Porque, como bien sabemos, aunque las plataformas digitales tienen una fuerte presencia en el escenario laboral más digitalizado, no son las únicas. Actualmente, numerosos sectores están introduciendo distintas aplicaciones de software, sistemas de IA, robótica avanzada, que está alterando nuestro modo de trabajar y que obliga a los trabajadores a adquirir nuevas competencias para adaptarse a las nuevas realidades (de lo contrario, podrían ser despedidos por ineptitud o falta de adaptación, si bien, esto es otro tema que escapa del objeto de

este estudio). Es por ello por lo que, los trabajadores y sus representantes deben conocer exactamente cuál es la tecnología que se va a introducir en su centro de trabajo, y cómo esta nueva tecnología va a alterar el modo de producción y organización de su trabajo. Asimismo, si cabe la posibilidad de que pueda afectar a alguno de sus derechos fundamentales, y si requiere una formación específica para adaptarse a ella.

En definitiva, no se puede caer en el error de considerar la *pars pro toto*, o, en otras palabras, no se deben tomar las plataformas de entrega y logística más conocidas como la única representación de la innovación digital en las empresas, porque esta no es la realidad actual, en constante cambio y cada vez más digitalizada. Entonces, tal vez sea preferible contemplar la transición digital desde la perspectiva de una cooperación entre robot y humano (y, en ocasiones, sustitución del humano por la máquina). La imagen de la transición digital no debe reducirse a las plataformas digitales, ni a sistemas de decisión y seguimiento completamente automatizados, de ser así, estaríamos invisibilizando una parte muy importante de la realidad actual que encontramos en nuestros mercados de trabajo, a causa de la llegada de la Industria 4.0. El estudio jurídico laboral debe alcanzar a toda la realidad actual (y futura) para poder proteger realmente a los trabajadores de las intromisiones y violaciones a sus derechos. En definitiva, llevando las cosas al extremo, es conveniente rescatar las acertadas palabras de Viscomi (2023), quien asegura que, si *el derecho laboral nació (también) para dividir la mano de la máquina, para evitar que la prensa aplastara la mano del trabajador, ahora que mano y máquina dialogan y operan juntas es necesario replantearse algunas perspectivas jurídicas consolidadas*<sup>29</sup>. Como viene asegurando parte de la doctrina, la automatización reconfigura nuestra manera de trabajar, pero no sustituye a los trabajadores. A su vez, es necesario ampliar no solo el ámbito de observación de los medios de producción empleados, sino también comprender cómo estos pueden impactar en la posición del trabajador.

Lo que quiero transmitir es que tanto el trabajador como sus representantes deben tener el derecho de saber qué medios y sistemas se van a implementar en su puesto o lugar de trabajo, ya estén completa o parcialmente automatizados. Además, los representantes deben recibir, con antelación a su implementación, información detallada sobre qué medios se van a introducir, cómo la empresa planea utilizarlos y qué consecuencias se estima que tendrá su aplicación. Sumado a lo expuesto, es momento de dar un paso más allá, y abogar por la discusión y reconocimiento formal de un derecho a la negociación. Al plantear esto, no pretendo menoscabar la libertad empresarial del empleador, que debe ser respetada en todos los casos. Sin embargo, resulta innegable que encontrar un equilibrio entre la productividad y el respeto a las condiciones dignas de los trabajadores justifica plenamente el derecho

<sup>29</sup> Viscomi, A., “Per una sandbox giuslavoristica. Brevi note a partire dal “decreto trasparenza”, *Labour & Law Issues*, vol. 9, núm. 1, 2023, p. 127.

de los representantes a tener voz en las decisiones, especialmente en lo que respecta a los cambios organizativos y productivos que la empresa busca implementar en un entorno laboral cada vez más tecnológico, opaco y, además, ambiguo. Son estas cuestiones las que se deben poner sobre la mesa, con el propósito de dotar de más fuerza y poder a la representación legal de los trabajadores, de modo que obtengan el papel protagónico que merecen en esta nueva revolución.

### **3.2. La entrada en vigor del “Decreto Lavoro”: Un nuevo revés para los derechos de los trabajadores en el actual entorno tecnológico**

A priori, podríamos decir que toda la estructura que se ha configurado con el Decreto de Transparencia para proteger a los trabajadores de las posibles violaciones y/o perjuicios de los sistemas tecnológicos, parece derrumbarse. Si bien ya existía cierta crispación tras la entrada en vigor del Decreto de Transparencia, la reforma introducida por el nuevo Decreto de Trabajo no ha hecho más que empeorar el ya de por sí acalorado debate.

No se han hecho esperar los primeros pronunciamientos en contra de esta reforma. El exministro de Trabajo, Andrea Orlando, ha acusado al Gobierno de ponerse del lado de las grandes plataformas, con una norma que socava *el derecho a la transparencia sobre el uso de algoritmos en el lugar de trabajo*”, considerando que lo avanzado hasta la fecha, se derrumba por completo. La CGIL se ha unido a este parecer, y ha declarado que se trata de *una norma intolerable, peligrosa, que también nos hace retroceder con respecto a las sentencias sobre transparencia algorítmica que hemos ganado contra las empresas que prevén el uso de sistemas ‘totalmente’ automatizados, una norma que cancela -de hecho- las obligaciones de información hacia los trabajadores, un regalo a las plataformas*”. Además, subraya el uso cada vez más extendido de los sistemas algorítmicos y el trabajo realizado por Europa al hacer de la transparencia la piedra angular de su uso, para evidenciar la decepción que supone la acción del legislador italiano *al no oponerse a la opacidad del algoritmo y al privar a los trabajadores y a sus representantes de una herramienta esencial para ejercer derechos*”<sup>30</sup>.

El artículo 1-bis introduce un elemento adicional en el marco normativo descrito, que se ve directamente afectado por la modificación introducida mediante el “Decreto Lavoro”. Me estoy refiriendo al derecho de los representantes legales de los trabajadores e Inspección de trabajo de acceder a los datos e información sujeta a la garantía de transparencia. Sin embargo, esta obligación adicional, que forma parte de la Propuesta de directiva sobre plataformas digitales y que se aplicaría exclusivamente en este ámbito, en caso de ser aprobada y adoptada

<sup>30</sup> Dl Lavoro: intollerabile cancellazione trasparenza algoritmo (5/05/2023). *CGIL.it* <https://www.cgil.it/ufficio-stampa/dl-lavoro-intollerabile-cancellazione-trasparenza-algoritmo-elalnbhh> [Fecha de consulta: 11/12/2023].

internamente en el futuro, queda excluida cuando se trata de procesos parcialmente automatizados, a menos que se restablezca un derecho de información y consulta para los representantes sindicales, ya sea mediante la valorización del diálogo con ellos durante la Evaluación de Impacto de Protección de Datos (DPIA) o, en caso de superarse el umbral de empleo establecido, a través de la legislación europea sobre participación de los trabajadores en la empresa y la intervención de la autonomía colectiva requerida por la fuente interna de implementación<sup>31</sup>.

De acuerdo con una interpretación que considera la normativa de privacidad europea, específicamente los artículos 13, párrafo 2, letra f), 14, párrafo 2, letra g), y 22 del Reglamento de la UE 2016/679, la inclusión del adverbio “en su totalidad” al apartado 1 no excluye a las personas físicas del alcance de la disposición. La adición de “en su totalidad” no implica que las decisiones tomadas por el empleador o sus empleados, basadas en los resultados de sistemas totalmente automatizados de toma de decisiones o control, queden fuera del ámbito de aplicación de la disposición. En otras palabras, ahora se requiere que dichos sistemas estén completamente automatizados, pero no se altera la capacidad del empresario para tomar decisiones, que aún puede ser realizada por una persona y estar simplemente influenciada por los datos proporcionados por esos sistemas. En términos sencillos, la norma se aplica siempre que el sistema automatizado respalde la decisión del empresario, incluso si esa decisión finalmente la toma una persona.

En este punto, y teniendo en cuenta la velocidad y el enorme poder que están alcanzando las tecnologías más avanzadas, es fundamental que los sindicatos presionen por recuperar los derechos perdidos y por limitar el margen de actuación empresarial, especialmente en los casos en los que participan nuevos agentes e instrumentos de los que poco o nada conocemos, y cuyo funcionamiento se desarrolla bajo un paraguas legal ambiguo y debilitado. Es hora de legislar a favor del trabajador, colocándolo en el centro de la revolución tecnológica, sin perder de vista los innumerables avances que ésta tendrá en el rendimiento y productividad empresarial (siempre bajo unos parámetros justos y equitativos, sin fijar límites que ralenticen hasta lo absurdo este avance tecnológico, y sin otorgar un margen al poder empresarial que le permita actuar vulnerando y debilitando la figura del trabajador). Se trata, al fin y al cabo, de buscar un equilibrio entre la mayor productividad que puede conllevar el avance tecnológico, y el respeto a unas condiciones dignas de la parte más débil del contrato, asegurando que los beneficios de esta revolución no se concentren exclusivamente en unos pocos.

Porque, como bien sabemos, esta Cuarta Revolución Industrial es distinta a todas las revoluciones anteriores, al determinar no sólo una crisis en el modelo de producción y organización, sino también el de una sociedad construida

<sup>31</sup> Peruzzi, M., op. cit., 101.

consistentemente en la producción industrial en masa<sup>32</sup>. No se trata únicamente de la irrupción de las tecnologías más avanzadas en prácticamente todos los sectores productivos y una mayor digitalización de sus procesos, sino que hablamos de un cambio en la cultura de la empresa y, por ende, en la forma de trabajar y dirigir.

El artículo 1-bis nace con el sentido de dotar a la parte más débil de la relación laboral con información relevante sobre el impacto de estos sistemas automatizados de toma de decisiones o seguimiento en aspectos relacionados con su contrato de trabajo. Podríamos decir que el legislador italiano adopta el espíritu del “derecho real a la explicación”, mencionado anteriormente. Con esta base normativa, el legislador italiano ha pretendido dar un paso más, y no referirse únicamente a los algoritmos y procesos de toma de decisiones de gestión, generalmente opacos o incomprensibles para el trabajador. De este modo, en línea con el principio de transparencia y el derecho a ser no solo informado, sino a comprender realmente qué implica y cómo afecta en su posición en la empresa cualquier introducción de un sistema de IA, el legislador italiano introduce este artículo 1-Bis. La intención de contrarrestar el evidente desequilibrio entre las partes, que este precepto busca, se ve afectada por la modificación normativa del Decreto del Trabajo. Faleri (2023) recuerda acertadamente que estamos ante una “subordinación tecnológica-informativa” del trabajador<sup>33</sup>. Es tiempo de recuperar el espíritu con el que el legislador actuó, incluso anticipándose a las directrices de la Propuesta de la Comisión Europea COM(2021)762, y de seguir avanzando en pos de un sistema de trabajo digitalizado y justo, que tenga en cuenta los intereses y garantías de todos.

El legislador debe evitar cualquier vaguedad o ambigüedad a la hora de regular estas materias que, por sí solas, ya generan desconcierto. Es necesario que términos como “sistema automatizado de toma de decisiones” se definan claramente en la norma, lo que evitará posteriores intervenciones para clarificar y delimitar el alcance expansivo del precepto. De igual modo, el legislador debe intentar –siendo ésta la tarea más compleja– ser preciso, evitando términos vagos y abstractos, al mismo tiempo que legislar con la pretensión de abarcar las diversas situaciones que van surgiendo en el nuevo contexto laboral, evitando que las plataformas digitales sea el único escenario previsto. Ciertos temas, como el derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en procesos automatizados, han sido ampliamente discutidos en la doctrina y respaldados legalmente. Como vemos, el Derecho europeo ya tiene conocimiento y, en cierta medida, regula los escenarios de “procesos automatizados de toma de decisiones en relación con individuos”. No obstante, una mirada más detallada a este precepto da cuenta de que, si bien está originalmente concebido para proteger al consumidor, puede no ser suficiente para proteger a quienes trabajan en entornos digitales o en centros de trabajo que emplean

<sup>32</sup> Butera, F., “Organizzazione e società. Innovare le organizzazioni dell’Italia che vogliamo”, Saggi. Marsilio (Ed.), 2020, p. 109.

<sup>33</sup> Faleri, C., op. cit., p. 543.

nuevos instrumentos de software o maquinaria inteligente que complementa el trabajo humano.

La forma de trabajar, descansar y organizarnos cambia constantemente, debido al surgimiento de nuevas técnicas de aprendizaje automático y la aplicación de tecnologías avanzadas en distintos sectores de ocupación. Además, la intersección de innovaciones tecnológicas con modelos de negocio y, por ende, de organización del trabajo, presenta una diversidad extrema. Esta heterogeneidad dificulta enormemente la formulación de una normativa general que abarque las variadas situaciones que emergen en este nuevo escenario, dada la singularidad de los contextos en los que la tecnología y el derecho (así como la ética) deben coexistir en los diferentes ámbitos profesionales. Por ello, no sería justo exigir al legislador una regulación detallada que defina y limite claramente los casos específicos. Esta tarea podría dejarse en manos de la negociación colectiva. Sin embargo, sí sería apropiado establecer un marco lo suficientemente amplio que pueda adaptarse a las distintas situaciones que van surgiendo. Este marco debería obligar a las empresas a garantizar el derecho a la explicación y a informar al trabajador y a sus representantes sobre cualquier medio o instrumento aplicado, proporcionando una explicación de sus efectos. En el mejor de los casos, se podría establecer la obligación de negociar previamente con los representantes antes de su aplicación, permitiendo discutir la forma en que surtirá efecto, con el objetivo de evitar perjuicios a la estabilidad laboral y la dignidad del trabajador.

Para cerrar este apartado, es conveniente recuperar las acertadas reflexiones del secretario general del sindicato italiano CGIL, Maurizio Landini, en su artículo “Contro il caporalato digitale, un’azione collettiva a tutela dei diritti”, en el que establece que:

La implantación de la tecnología digital también subvierte los métodos y formas de organización tradicionales mediante un proceso de desintermediación que aumenta aún más la disparidad entre el capital y el trabajo y afirma una estructura económica caracterizada por la flexibilidad, la autonomía y la descentralización. Por lo tanto, es necesario intervenir antes, porque la tecnología no es neutral y el algoritmo es hijo de una programación totalmente humana, que establece sus fines y modos de funcionamiento. Si el paradigma tecnológico digital produce un trabajo más diferenciado y las necesidades y condiciones de trabajo se hacen más personalizadas, sin una negociación anticipada e inclusiva se corre el riesgo de que los derechos, protecciones y garantías fundamentales no sean reconocidos a todos los trabajadores.

En definitiva, la negociación con los agentes sociales debe constituir una fase irrenunciable en el proceso de implementación de sistemas inteligentes o tecnologías en el lugar de trabajo. En línea con la Confederación Europea de Sindicatos, que también se ha pronunciado sobre este aspecto, debe abogarse urgentemente por una “negociación del cambio” La ausencia de representantes de



los trabajadores en este proceso podría comprometer los derechos y garantías de los trabajadores frente a los riesgos y desigualdades generados por una tecnología que, por sí misma, adolece de humanidad y ética<sup>34</sup>.

#### **4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN TIEMPOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: REPENSANDO EL PAPEL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

##### **4.1. El derecho de los representantes a ser consultados y a poder recurrir a un experto en inteligencia artificial: Alemania y Francia como referentes normativos**

La negociación colectiva debe ocupar un papel central en la implementación de nuevos sistemas inteligentes en el centro de trabajo. La representación legal de los trabajadores debe tener voz y voto a la hora de negociar los nuevos medios de producción y organización que se van a introducir en la empresa. A partir de esta premisa, resulta claro que la previsión sobre la participación sindical en el artículo 1-Bis es decepcionante: el sindicato se limita a ser un mero observador en la implementación y uso de tecnologías de inteligencia artificial en la empresa. Esta situación contrasta con la participación previa, continuada y posterior de los representantes de los trabajadores, tal y como se establece en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Trabajo Digital de junio de 2020 y en el artículo 9 de la Propuesta de Directiva sobre el trabajo en plataformas digitales de 9 de diciembre de 2021, que aborda las obligaciones de negociación preventiva.

Es imperativo abordar con urgencia esta deficiencia y considerar la adopción de enfoques similares al modelo alemán, que ha legislado para modificar el Derecho de sociedades en respuesta a los desafíos planteados por la inteligencia artificial. En primer lugar, ha incorporado el derecho del consejo de empresa a recurrir a expertos acordados con el empresario, quien asume los costes correspondientes. Además, requiere la participación de este experto cuando el comité de empresa deba evaluar la introducción o aplicación de la inteligencia artificial en el desempeño de sus funciones (según el apartado 3 del artículo 80 de la BetrVG). En segundo lugar, ha establecido que los derechos de información y consulta del comité de empresa en relación con la reorganización de los procesos de trabajo también se extienden a situaciones que involucren la implementación de sistemas de inteligencia artificial

<sup>34</sup> Sobre el impacto de la IA en el ámbito laboral, se sugiere revisar las acertadas reflexiones del ilustre Rojo Torrecilla, E. (5 junio de 2024). *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Inteligencia artificial. Su impacto en la vida laboral. Una mirada al presente, que parte del pasado y se orienta hacia el futuro. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/06/inteligencia-artificial-su-impacto-en.html> [Fecha de consulta: 05/06/2024].



(conforme al nuevo texto del artículo 90.1 apdo. 3º de la BetrVG). En tercer lugar, ha priorizado los derechos de participación más significativos, basados en la intervención del órgano arbitral en caso de bloqueo en las negociaciones. Esto ocurre cuando el empleador utiliza la IA para seleccionar a los destinatarios de las principales decisiones, como contrataciones, traslados, clasificaciones y despidos (conforme al nuevo apartado 2 bis del artículo 95 de la BetrVG).

El legislador alemán incluso va más allá al ampliar los derechos de decisión conferidos al comité de empresa en cuestiones sociales y de personal a situaciones que involucran sistemas de inteligencia artificial. Esto otorga a los representantes de los trabajadores el poder de supervisar la introducción y aplicación de dichos sistemas. De esta manera, la representación legal de los trabajadores tiene derecho a participar activamente en la implementación de criterios destinados a evaluar el rendimiento laboral mediante el uso de Inteligencia Artificial (IA). Esto implica que el comité de empresa desempeña un papel clave en la formulación de principios generales de evaluación con el objetivo de estandarizar la valoración del desempeño de los trabajadores. Este derecho de participación abarca desde la definición de los criterios de evaluación, hasta la determinación de las bases para la evaluación y la configuración del procedimiento de evaluación (art. 94, párr. 2, BetrVG).

Este derecho se extiende al ámbito de decisión de sistemas de IA que adopten decisiones relativas a la organización del trabajo, a la prolongación o reducción temporal de la jornada laboral, así como al inicio y fin de la misma (art. 87, apdo. 1, núms. 1, 2 y 3, BetrVG). También se extiende a los instrumentos de control remoto de la actividad laboral. Además, se aplica en situaciones de contratación y despido donde las decisiones son tomadas por sistemas de inteligencia artificial, bajo la condición de una garantía de transparencia que se extienda durante todo el proceso (artículos 99, párrafo 1, y 102, párrafo 1, del BetrVG). Por lo que, el empleador no puede limitarse a mencionar el sistema utilizado para contratar o despedir a un empleado, sino que debe explicar el funcionamiento del sistema, los datos utilizados y las indicaciones proporcionadas por dicho dispositivo<sup>35</sup>.

Teniendo esto como base, la regulación italiana se presenta deficiente e incompleta. Una comparación entre ambas normativas sobre las obligaciones de información sobre los sistemas de toma de decisiones y seguimiento automatizado deja en evidencia la actividad legislativa italiana, al enfocarlo de una manera diametralmente opuesta.

Como vemos, el legislador alemán ha dado un paso más, y no se ha limitado a configurar esta materia desde un plano informativo, sino también de consulta y participación con los representantes de los trabajadores. Esto supone un avance muy significativo que debe extenderse al resto de ordenamientos jurídicos. El

<sup>35</sup> Cotti, M., “Potere di controllo e nuove tecnologie. Il ruolo dei partner sociali”, *Labour & Law Issues*, vol. 9, núm. 1, 2023, pp. 67-68.

legislador italiano debe afrontar los retos relacionados con el uso de los sistemas IA para la toma de decisiones y seguimiento en el seno laboral, y debe hacerlo, no solo desde una perspectiva de mera transparencia, tanto desde el punto de vista individual como colectivo, sino desde un plano de consulta y negociación, otorgando poder a quien verdaderamente se preocupa y lucha por los derechos de los trabajadores. Además, no debemos ignorar la importante función de control de la Inspección de Trabajo, de modo que la introducción de estos sistemas debe ser analizada y negociada previamente por los sindicatos y, a posteriori, controlada, tanto por una posible comisión específica, integrada por la RLT, como por la figura del Inspector de trabajo.

En el modelo alemán, el poder de codecisión se ha diseñado de manera que se evitan cargas burocráticas superfluas y obligaciones de información individuales que carecen de eficacia sin el respaldo activo del sindicato. La obligación de proporcionar información se ha formulado con el propósito de permitir la participación de los interlocutores sociales tanto en la fase previa de negociación como en la implementación subsiguiente de los sistemas de IA. Coincidió, por tanto, con Matti (2023) en la idoneidad de este enfoque para garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, y en la conveniencia de que el legislador italiano recupere, al fin, la convicción de la necesaria participación del sindicato en este ámbito<sup>36</sup>.

Echando un vistazo al modo en que otros países vecinos han abordado esta cuestión, llama la atención la reciente sentencia del Tribunal Judicial de Pontoise (TJ Pontoise, 15 Abr. 2022, n° RG 22/00134, S.A.S. Atos International c/ CSE de la empresa Atos International), que ha establecido que la introducción de nuevas tecnologías en la empresa justifica por sí sola la consulta del Comité Social y Económico (CSE) y el uso de un experto autorizado sin que sea necesario demostrar previamente la existencia de repercusiones en las condiciones de trabajo o salud de los trabajadores. De conformidad con el artículo L. 2315-94 del Código de Trabajo francés, el CSE puede recurrir a un perito autorizado *en caso de introducción de nuevas tecnologías o de un proyecto importante que modifique las condiciones de seguridad y salud o las condiciones de trabajo, según lo dispuesto en el artículo L.2312-8 del apartado 4 del apartado II*". El artículo L. 2312-8 del Código del Trabajo especifica que el comité será informado y consultado sobre las cuestiones relativas a la organización, la gestión y el funcionamiento general de la empresa, en particular sobre: *4° La introducción de nuevas tecnologías, cualquier adaptación importante que modifique las condiciones de salud y seguridad o las condiciones de trabajo*". Una lectura combinada de los artículos mencionados pone de manifiesto que el legislador francés busca distinguir dos casos distintos de recurso a un dictamen pericial. En consecuencia, no será necesario que la introducción de un sistema inteligente o una nueva tecnología afecte directamente a las condiciones

<sup>36</sup> Cotti, M., op. cit., p. 72.

de trabajo o seguridad de los trabajadores. Con ello, se refuerza el papel de la representación legal de trabajadores para intervenir desde un momento inicial en la aplicación de nuevas tecnologías en el centro de trabajo, sin necesidad de tener que demostrar nada más allá que la mera introducción de éstas<sup>37</sup>.

En el caso de España, actualmente se posiciona a la par con Estados Unidos y Reino Unido como líder en el número de leyes aprobadas que contienen menciones a Inteligencia Artificial (por delante de otros países como Francia o Alemania). Como bien sabemos, en el año 2020, se aprobaron una serie de iniciativas referentes en este campo. Me estoy refiriendo a la Agenda «España Digital 2025», que incluía la Inteligencia Artificial como eje estratégico. En concreto, definió el objetivo de “*Favorecer el tránsito hacia una economía del dato, garantizando la seguridad y privacidad y aprovechando las oportunidades que ofrece la Inteligencia Artificial (meta 2025: 25% de empresas que usan IA y Big Data)*”. Pocos meses después, en diciembre de 2020, se publica la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA), que define seis ejes estratégicos relacionados con el desarrollo de plataformas de datos e infraestructuras tecnológicas que den soporte a la IA, y el establecimiento de un marco ético y normativo que garantice la protección de los derechos individuales y colectivos. Como resultado, en 2021 se inicia la regulación de cuestiones relacionadas con la inteligencia artificial en la legislación española. En este sentido, debe mencionarse la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, así como la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, por la que se autoriza al Gobierno a impulsar una Ley para la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial en España. De esta forma, España se convierte en el primer país de la Unión Europea en establecer una Agencia Estatal de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA), adelantándose a la implementación del futuro Reglamento europeo de IA que requiere que los Estados miembros dispongan de una autoridad supervisora en esta materia, a través de la entrada en vigor del Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. Esta agencia actúa como un órgano de control y supervisión del cumplimiento de la normativa en IA, posicionándose como una entidad de referencia en el desarrollo de la economía española. Entre sus amplias competencias, destaca la supervisión de los sistemas de IA existentes en el mercado y utilizados por el sector privado, así como la emisión de informes no vinculantes sobre la valoración positiva o negativa respecto a la implementación y/o continuidad de dichos sistemas (art. 26.a) 7º). También impulsa la colaboración público-privada para favorecer la creación de marcos de acompañamiento en el sector de la IA con el fin de impulsar su desarrollo

<sup>37</sup> Jardonnet, J. (22/04/2022). *Expertise du CSE et introduction de nouvelles technologies*. Hujé Avocats. <https://hujé-avocats.fr/expertise-du-cse-et-introduction-de-nouvelles-technologies/> [Fecha de consulta: 27/01/2024].

humanista y su correcto uso por parte del tejido productivo-empresarial, y fomenta el desarrollo y uso de sistemas de IA con perspectiva de género, con el objetivo de eliminar los sesgos discriminatorios de cualquier tipo y, en particular, los sesgos de género y los de índole étnico-racial.

Sin embargo, la normativa que reviste mayor interés para este estudio es la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, que modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para dar un nuevo alcance al derecho de la RLT a ser informado de los aspectos que pueden afectar a los trabajadores, en este caso, incluyendo el uso de tecnologías de IA en el nuevo contexto laboral<sup>38</sup>. Así, el apartado uno del artículo único de esta norma introduce una nueva letra d) en el art. 64.4 ET, que reconoce el derecho a *ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*".

#### **4.2. La deficiente actuación del legislador español y los interlocutores sociales en el nuevo escenario laboral**

Tal vez la primera cuestión que deba abordarse es si los representantes de los trabajadores están preparados para analizar y emitir veredictos sobre el funcionamiento y efectos de sistemas (muy probablemente) desconocidos o indescifrables para ellos. No se trata de subestimar la capacidad o competencia de éstos sino de criticar la falta de formación recibida para poder comprender los datos e información que están manejando, de cara a identificar posibles sesgos o predecir negativos efectos sobre el mantenimiento del empleo y dignidad del trabajador. Como primer paso para corregir esta situación, se podría plantear la obligación de la empresa en emplear términos claros y sencillos para que sus receptores puedan examinar adecuadamente los documentos que les han sido trasladados, con la posibilidad de solicitar nuevos datos y explicaciones para comprender perfectamente el funcionamiento de la maquinaria introducida. Además, en las futuras negociaciones de convenios colectivos, uno de los puntos clave de la negociación podría ser la implementación de cursos formativos dirigidos a los representantes sobre cuestiones relacionadas con IA, Machine Learning y algoritmos, de modo que cada vez estén más familiarizados con estos temas, y puedan jugar un papel clave en esta nueva revolución. Los avances de esta nueva era tecnológica son impredecibles y se producen a un ritmo vertiginoso, lo que dificulta la actuación de los sujetos intervinientes en su regulación, pero una premisa debe permanecer: la RLT no debe quedarse atrás, perdiendo aún más

<sup>38</sup> Antona Rodríguez, B. (16/05/2022). *Situación de España con respecto a la Regulación de Inteligencia Artificial*. ObservatorioIA Ametic. <https://observatorio-ametic.ai/regulacion-de-la-inteligencia-artificial/situacion-de-espana-regulacion-ia> [Fecha de consulta: 28/01/2023].

poder, sino que debe recuperar su voz y, para ello, debe tener el derecho a formarse y acudir a un tercero experto en la materia, de modo que sus intervenciones tengan un fundamento y sentido claro. En otras palabras, de nada sirve que se extienda el derecho de información e, incluso de negociación, de la RLT a nuevas cuestiones relacionadas con las nuevas tecnologías si, al mismo tiempo, no se les dota de una formación específica o, en su caso, de mecanismos de financiación de contratación de personas expertas en la materia. Se trata, al fin y al cabo, de incorporar a los representantes de los trabajadores como sujetos activos en la negociación sobre la introducción y aplicación de los sistemas inteligentes en el centro de trabajo, con una previa capacitación o con la facultad de acudir a un experto, con el objetivo de que su participación tenga un sentido y realmente sirva para la protección efectiva de los derechos y condiciones de sus representados. De lo contrario, estaríamos hablando de derechos sobre papel mojado.

Una vez definido esto, el siguiente paso consistiría en instaurar un observatorio permanente o establecer un comité específico de nuevas tecnologías, formado por representantes legales formados en esta materia o, incluso, algún experto externo, con el objeto de poder anticiparse y proteger a los trabajadores de los cambios que se introducen en la empresa o sector. Este comité podrá detectar las repercusiones de estas innovaciones tecnológicas y proponer medidas para equilibrar los nuevos escenarios. En las reuniones podrán discutirse temas como la planificación y organización del trabajo en la empresa, el reciclaje profesional de la plantilla, la introducción de nuevas tecnologías, y las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores. También deberán abordarse temas como la elección de los equipos, la determinación de condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales, así como el procedimiento de reubicación del trabajador afectado por la automatización de todo o parte de su trabajo.

Actualmente, son escasos los convenios en el escenario español que contemplen la creación de este organismo. En general, prevén la constitución de una comisión u observatorio que se centre en analizar los cambios tecnológicos que se producen, detectar sus repercusiones y adoptar medidas que mitiguen sus efectos<sup>39</sup>. También suelen acordar la constitución de comisiones para la elaboración de planes de formación profesional destinados a adecuar los conocimientos profesionales de las personas trabajadoras a las nuevas tecnologías y a los cambios en la organización

<sup>39</sup> El artículo 112 del IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (2021-2024) acuerda la creación de un Observatorio Industrial del Sector del Metal con el objetivo de analizar de manera permanente los acontecimientos tecnológicos que se producen, detectar sus repercusiones y adoptar las medidas pertinentes para hacer frente a los continuos cambios que la tecnología acarrea en las estructuras de las empresas del sector. A su vez, el artículo 97 del XX Convenio colectivo de SEAT, SA (2022-2027) también establece la creación de una Comisión de Productividad en cada centro, que asumirá el estudio de las aplicaciones de nuevas tecnologías.

del trabajo<sup>40</sup>. En otras ocasiones, no se contempla la creación de este organismo y, en su lugar, se establece la obligación de consultar a los delegados de prevención en lo que respecta a las decisiones relacionadas con la implementación de nuevas tecnologías<sup>41</sup>.

En este nuevo escenario laboral, caracterizado por la falta de transparencia y la complejidad de su entramado, el deber de informar a la RLT sobre los asuntos relacionados con la transformación digital y su impacto en las condiciones de los trabajadores se presenta insuficiente. Es necesario crear un comité o grupo específico que aborde temas tan relevantes y complejos como las contrataciones, reubicaciones y despidos debido a causas tecnológicas, la formación continua en competencias digitales, el control de los sesgos de los algoritmos, y los protocolos para regular la implementación tanto de herramientas digitales como de programas inteligentes. La negociación colectiva debe adaptarse a las nuevas realidades y garantizar que se aborden de manera adecuada los desafíos que presenta la transformación digital en el ámbito laboral. Tanto el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (2021-2023) como el Convenio colectivo de Renault España, SA (2021-2025), han presentado una estrategia acertada a la hora de abordar la cuestión de la irrupción tecnológica en el empleo, especialmente en lo referido a la automatización de los puestos de trabajo.

Conuerdo con Gómez (2021) en que, tal vez sería más apropiado consolidar en un solo artículo la enumeración de las funciones de los órganos de representación legal en la empresa en lugar de dispersarlas, y dedicar artículos separados para regular detalladamente las materias sobre las que la empleadora debe informar y consultar. En concordancia con esto, sería conveniente ampliar la lista de materias actualmente contenidas en el artículo 64, incorporando todas las áreas en las que el empleador tiene la obligación de proporcionar información. Además, el mencionado artículo debería distinguir claramente entre actos que implican solo la mera transmisión de información y aquellos que conllevan la elaboración de un informe por parte del comité de empresa y/o la apertura de un procedimiento de consulta<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> El artículo 58 del Convenio colectivo de Uniprex, SAU (2021-2023) establece la constitución de una comisión encargada de acordar los programas formativos necesarios para la adaptación de la plantilla a las nuevas realidades que se plantean, así como de fijar unos periodos de detección de necesidades y reorganización del trabajo. De manera similar, el artículo 90 del XX Convenio colectivo general de la industria química (2021-2024) prevé la constitución de un Comité Paritario Sectorial, consistente en formar parte de la elaboración de planes de formación profesional destinados a adecuar los conocimientos profesionales de las personas trabajadoras a las nuevas tecnologías.

<sup>41</sup> Artículo 67 del XIII Convenio Colectivo Repsol Petróleo, SA (2020-2024).

<sup>42</sup> Gómez Gordillo, R., “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras”, *Temas laborales*, núm. 157, 2021, pp. 165-166.

El tratamiento jurídico de la inteligencia artificial y de los algoritmos en el ámbito laboral sigue sin materializarse en un marco normativo de desarrollo. Hasta la fecha, la normativa existente se ha caracterizado por consistir en normas de carácter voluntario y no vinculante, lo que comúnmente se denomina “soft law”<sup>43</sup>. Por ello, la iniciativa legislativa que incluye por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de la representación legal de los trabajadores a recibir información de la empresa acerca de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que impacten en el empleo y las condiciones laborales, merece ser reconocida. La novedad de este precepto reside en su dimensión material, al ampliar el contenido de los aspectos sobre los que debe informarse, y su dimensión subjetiva. En este caso, el artículo 64.4.d) del ET establece un derecho de información de dimensión colectiva, esto es, atribuido a órganos de representación colectiva de los trabajadores. Previamente, los únicos titulares pasivos de este deber de información eran los trabajadores, quienes, además, podían exigir esta información. De este modo, todas las empresas, independientemente de si cuentan con representación legal de los trabajadores o no, están obligadas a comunicar de manera individual a cada empleado acerca de las decisiones automatizadas sin intervención humana que puedan tener repercusiones en ellos. Y cada trabajador tiene el derecho individual de solicitar esta información, en concordancia con los artículos 13.2.f), 14.2.g) y 15.1.h) del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), en relación con el artículo 22. Este derecho a la información individual es compatible con el derecho de información con naturaleza colectiva. Esto implica que las empresas que cuenten con representación de trabajadores deberán cumplir con la obligación de información de naturaleza individual y colectiva, sin que pueda entenderse que la segunda sustituye a la primera. Tampoco sería justificable omitir la primera bajo la premisa de proteger la confidencialidad, ya que los representantes de los trabajadores también están sujetos a esta obligación de confidencialidad con respecto a la información recibida por parte de la empresa.

Además de la falta de formación específica proporcionada a la RLT, otro aspecto que requiere la actuación del legislador, tal vez en una reforma futura, o mediante una intervención en la negociación colectiva, es la formulación de este derecho desde un plano activo y no pasivo del representante, de modo que no se limite a recibir información de la empresa, sino a tener espacio para expresar qué opina sobre la introducción de dichos sistemas (después de un análisis detallado) e, incluso, a emitir un informe que sea tenido en cuenta por la empresa. De esta manera, se configuraría como un derecho de consulta y negociación, además de informativo. Este es el enfoque que debe perseguir el legislador español, siguiendo

<sup>43</sup> De Torres Bóveda, N. (26 y 27 de mayo de 2022). *El derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de algoritmos*. Digitalización, Recuperación y Reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Alicante, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Ed.), p. 887.



los pasos del legislador alemán y francés, con el fin de reforzar el papel de la RLT en un entorno laboral cada vez más digitalizado. Y, en ningún caso, retroceder en derechos, como ha ocurrido en Italia. No es momento de adoptar un enfoque restrictivo, excluyendo este deber de información a aquellos procesos parcialmente automatizados, sino que debe tratarse de ampliar el alcance de este derecho en un sentido material y subjetivo.

La corriente mayoritaria en la doctrina sostiene que este derecho a la información puede interpretarse de manera sistémica, en conexión con la disposición general establecida en el artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que otorga al comité de empresa el derecho “a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo”. Esto sugiere que el comité no solo tendría el derecho de ser informado acerca del funcionamiento del algoritmo, sino que también tendría el derecho de ser consultado antes de su implementación, dado que podría causar cambios significativos en la organización del trabajo.

En este sentido, debe señalarse la conveniencia de evitar una interpretación reduccionista de este derecho y, en consecuencia, de su ámbito subjetivo, de modo que (i) se pueda inferir que la utilización de algoritmos y sistemas inteligentes está contemplada en el artículo 64.5 f) del Estatuto de los Trabajadores (ET), que establece que los representantes legales de los trabajadores tienen el derecho de emitir un informe previo a la ejecución de decisiones vinculadas con la “implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo...”; y (ii) se interprete que este derecho se extiende a los otros órganos de representación unitaria como son los delegados de personal, así como al comité de empresa conjunto, al comité intercentros e, incluso, a los delegados sindicales y de prevención. Naturalmente todo esto se llevará a cabo sin afectar la posibilidad de que la negociación colectiva amplíe los destinatarios de la información sobre algoritmos, especialmente en situaciones donde no haya un órgano de representación unitaria. Incluso se podría extender a cualquier sección sindical que se forme en la empresa, independientemente de la presencia del sindicato en el comité de empresa<sup>44</sup>.

La problemática surge en aquellas empresas que no disponen de representantes legales de los trabajadores. En ausencia de estos representantes, la obligación de proporcionar información desaparecería. Esta situación se presenta, por ejemplo, en empresas de menor tamaño o en compañías tecnológicas donde, debido a la naturaleza del trabajo (como en el caso de plataformas digitales), resulta complicado designar y contar con la presencia de representantes de los trabajadores. Sobra mencionar el peligro y la inseguridad que implica que los empresarios puedan tomar decisiones basadas en algoritmos sin ningún tipo de supervisión por parte

<sup>44</sup> Valle Muñoz, F.A., “El derecho de los representantes legales de los trabajadores a ser informados por la empresa sobre el uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 266, 2023, pp. 45 y ss.



de órganos de representación colectiva. Frente a esta situación, los trabajadores pueden recurrir a la Inspección de Trabajo, buscar asesoramiento legal en sindicatos o, de manera voluntaria, elegir un representante. La posición de estos trabajadores se torna potencialmente vulnerable ante posibles cambios en su organización de trabajo debido a la introducción de nuevas tecnologías en su centro de trabajo<sup>45</sup>.

Más allá de la tendencia al teletrabajo, que reduce las plantillas de cada centro, surgen desafíos al enfrentarse a teletrabajadores distribuidos en distintas partes del país, lo que dificulta la comunicación y genera un sentimiento de deslegitimación al no compartir las experiencias de sus colegas presenciales. También experimentan dificultades para establecer conexiones y colaborar en la defensa conjunta contra las injusticias que pueden sufrir. Además, en esta nueva era tecnológica, están surgiendo nuevas formas de trabajo que traspasan las fronteras de tiempo y lugar y terminan desfasando la normativa vigente, que es incapaz de adaptarse a los continuos cambios del mercado laboral. Por ponernos en contexto: el metaverso se posiciona como una de las mayores amenazas y desafíos para la legislación laboral actual, al cambiar por completo nuestra forma de trabajar, relacionarnos y computar nuestra jornada de trabajo. López Cumbre (2022) emplea el término “phygital” para describir la experiencia de tener un entorno físico cercano que permite acceder a un mundo virtual paralelo, donde los espacios se moldean en el entorno virtual y se asegura la presencia de los trabajadores, a pesar de la gran distancia física<sup>46</sup>. Sin ánimo de indagar más en este asunto, y por lo que ahora nos interesa, surge la pregunta sobre el papel que desempeñaría la representación legal de trabajadores ante decisiones como trasladar parte de la actividad laboral a este nuevo entorno o introducir nuevos dispositivos, como las Gafas HoloLens, que permiten trabajar desde cualquier lugar. No se trata únicamente de temas emergentes que escapan del control y conocimiento de la mayoría de las personas, sino de nuevas realidades que transforman por completo la organización del trabajo, el registro horario y el propio cómputo de la plantilla de cada empresa, lo que genera cierta incertidumbre en torno al cumplimiento de los criterios para tener representantes y, por consiguiente, afecta la ejecución de sus funciones representativas.

Incluso, se ha llegado a plantear si la implementación de la inteligencia artificial y sistemas algorítmicos por parte de la empresa podría englobarse

<sup>45</sup> En relación con este tema y con el objetivo de alcanzar una visión más integral de la materia, recomiendo la lectura de Rodríguez Rodríguez, E., “Representación y negociación colectiva en las plataformas digitales”, en AAVV López Cumbre, L., *Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*”, Aranzadi (Ed.), 2021, pp. 115 y ss.

<sup>46</sup> Uno de los principales interrogantes que surgen en este sentido está relacionado con la aplicación de la normativa laboral: ¿Si la empresa solo tiene existencia en el metaverso, sin representación en el mundo real, la relación laboral estará sujeta a las normas creadas en ese entorno virtual? López Cumbre se destaca como una de las pioneras en abordar este tema. Para un análisis más exhaustivo, se sugiere la lectura detallada de: López Cumbre, L., “Relaciones laborales «por», «para» y «en» el metaverso”, *Diario La Ley*, núm. 10033, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2022.

dentro del artículo 41 del ET, referido al supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, cuyo procedimiento implica abrir un período de consultas y de negociación con los representantes legales de los trabajadores, lo que proporciona no solo un control sobre la causalidad de las decisiones empresariales, sino también una serie de garantías, como la posibilidad de impugnar judicialmente la medida o la rescisión unilateral indemnizada de los contratos de trabajo de los empleados afectados por dicha modificación.

La falta de reconocimiento de un derecho de consulta en este ámbito contravendría el espíritu del legislador internacional y europeo, incluso de nuestro propio ordenamiento interno. Resulta decepcionante que el borrador previo a la redacción definitiva del precepto sí configurara un derecho de consulta de los representantes, recogiendo en el apartado 5 del artículo 64 ET, y el texto publicado omitiese tal previsión para presentar un derecho más pobre que el considerado en un principio. Pero esto tampoco puede ser motivo de sorpresa, ya que es común que muchos derechos y propuestas de mejoras legislativas finalmente no lleguen a implementarse y permanezcan en un plano teórico. Esto es lo que también ocurrió en nuestro país con la Carta de derechos digitales, cuya redacción originaria contemplaba el *derecho de los representantes a ser informados y a participar en la toma de decisiones sobre la transformación digital y las consecuencias laborales que la misma pueda implicar*”, lo que choca con la redacción actual, que limita este derecho a ser únicamente informados cuando se produzcan cambios tecnológicos en la empresa (XIX, ap. 4 b)). En consecuencia, no sería nada descabellado afirmar que el legislador ha desaprovechado una oportunidad única para devolver a la RLT el poder perdido estos últimos años y posicionarla como un sujeto principal en la intervención de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral.

Los agentes sociales también perdieron la oportunidad de ampliar este derecho informativo de la RLT en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, publicado el 31 de mayo de 2023 en el BOE. En él, las partes se comprometen a promover e impulsar la transformación digital en el lugar de trabajo en el marco de procesos participativos, y apuestan por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras. El tercer apartado del Capítulo XVI, relativo a la Inteligencia Artificial y garantía del principio de control humano y derecho a la información sobre los algoritmos, determina que el despliegue de sistemas de IA en las empresas deberá seguir el principio de control humano respecto a la IA, además de ser seguro y transparente. Además, obliga a las empresas a facilitar a los representantes información transparente y entendible sobre los procesos en que se basen para los procedimientos de recursos humanos. No obstante, seguimos hablando de un derecho meramente informativo y no de consulta o negociación. Por consiguiente, podríamos afirmar que, en el marco europeo, la configuración de este derecho desde un plano exclusivamente informativo desobedece los mandatos comunitarios establecidos en sus últimos documentos.

En este sentido, conviene mencionar la “Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2021, sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo (2021/2005(INI))”, que viene a destacar de manera positiva la introducción de las nuevas tecnologías en el lugar de trabajo en caso de que se apliquen y se supervisen de manera fiable, *para lo cual será necesario contar con información oportuna y significativa y consultar a los representantes de los trabajadores, incluidos los sindicatos*” (punto 13). Además, subraya que (i) el derecho de los trabajadores a la información y a la consulta debe garantizarse siempre de manera oportuna, y (ii) la información de los trabajadores y su consulta y participación en el consejo de administración constituyen instrumentos eficaces para hacer valer los derechos de los trabajadores (punto 21). El espíritu de esta normativa no concuerda con la regulación nacional, ya que no facilita a los representantes de los trabajadores el ejercicio oportuno del derecho de consulta, ni asocia la implementación de nuevas tecnologías a un informe previo o una evaluación por parte de los representantes<sup>47</sup>.

Quizás, una de las primeras acciones necesarias en este contexto consiste en adoptar un enfoque diferente hacia la naturaleza de este derecho por parte de la doctrina, y promover una mayor transparencia empresarial como fundamento para concretar los derechos de participación de los trabajadores. La realidad es que la tesis predominante, basada en una doctrina consolidada y elaborada antes de la transposición de la Directiva marco<sup>48</sup>, ha interpretado de manera restrictiva las obligaciones legales de información, considerándolas como supuestos limitativos de las libertades empresariales. En este sentido, se ha sostenido que el empleador solo estaría obligado a suministrar la información explícitamente requerida por la normativa, argumentando que una ampliación de este derecho a situaciones de participación y negociación entre las partes limitaría o menoscabaría los derechos de dirección de la organización empresarial contemplados en el artículo 38 de la Constitución Española. Cuestión que ha sido respaldada también por nuestros tribunales.

No tiene sentido esperar que la información proporcionada a la representación de los trabajadores facilite su participación en la toma de decisiones para que la empresa pueda adaptarse a esta nueva era y mejorar su competitividad, cuando su margen de acción sigue siendo tan restringido. En consecuencia, hasta que nuestro ordenamiento jurídico no trate a los representantes con la dignidad y el respeto que merecen, incorporando los principios contenidos en la Directiva marco y presentes en nuestra norma constitucional, no lograremos una auténtica colaboración entre ambas partes (la social y la empresarial) para promover la introducción y aplicación

<sup>47</sup> De Torres Bóveda, N., op. cit., p. 892.

<sup>48</sup> Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

de estas nuevas tecnologías. Es momento de superar el mito infundado que sugiere que el ejercicio del derecho de negociación y consulta limita la libertad empresarial, o que representa una “amenaza” para la confidencialidad e, incluso, que perjudica la rentabilidad y productividad de la empresa. Además, frente a una preocupación injustificada acerca del alcance de este derecho, conviene recordar que la doctrina ha venido interpretando que este deber de negociación no compromete a la empresa a llegar a acuerdos específicos sobre condiciones de trabajo, sino que ésta mantiene su independencia para tomar las decisiones que considere oportunas, con independencia de los resultados alcanzados durante las negociaciones o consultas. En términos sencillos, la obligación de someter a consulta ciertas decisiones empresariales no alteraría la naturaleza unilateral de dichas decisiones. Una vez que haya concluido el plazo establecido por ley o convenio, el empleador puede seguir adelante con su decisión, ya sea que exista un acuerdo o persista el desacuerdo. Por lo tanto, la emisión de un informe, obligatorio, pero no vinculante por parte de los órganos de representación, difícilmente limita o restringe el poder de dirección de la empleadora<sup>49</sup>.

Tal vez, como sugiere Blasco Jover, hubiera sido suficiente con abordar esta cuestión mediante la negociación colectiva o simplemente incluir en el apartado quinto del artículo 64 la implementación de sistemas de inteligencia artificial, tecnologías avanzadas o algoritmos en la empresa como cambios en la organización del trabajo. De hecho, en base a lo expuesto, se ha argumentado que, en realidad, la Ley 12/2021 no habría establecido un nuevo derecho de información, sino que más bien estaríamos frente a una especificación de un derecho ya existente previsto en el artículo 64.5 del ET<sup>50</sup>. En cualquier caso, hasta que se materialice la tan esperada reforma que incluya este derecho de negociación y consulta, o hasta que se consolide la práctica de reconocer dicho derecho en los convenios colectivos, el acto de informar por parte de la empresa debe tener un significado más profundo que simplemente transmitir datos o cumplir con una obligación formal. Requiere de la empleadora un esfuerzo de transparencia que no admite informaciones sesgadas, incompletas, o directamente falsas.

Para cerrar este capítulo centrado en el papel de la RLT en el cambiante entorno laboral, y con el propósito de demostrar la conveniencia de su participación en la implementación de los nuevos sistemas inteligentes en el lugar de trabajo, concluimos citando una serie de medidas que no solo sirven como un modelo de referencia para futuras negociaciones de convenios, sino también como evidencia palpable de los resultados sumamente positivos que se logran cuando existe una colaboración efectiva entre la RLT y la empleadora.

<sup>49</sup> Gómez Gordillo, R., *op. cit.*, pp.169-170.

<sup>50</sup> Blasco Jover, C., “El papel de la representación de personal y de la negociación colectiva para evitar los riesgos y los sesgos derivados del algoritmo”, *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, p. 871.

De esta manera, junto con las medidas previamente indicadas, una de las acciones más adecuadas en este contexto consiste en monitorear el uso de algoritmos que puedan afectar a las condiciones de trabajo. También aquella consistente en llevar a cabo una auditoría algorítmica externa cuando se pretenda implementar un sistema tecnológico que emplee este tipo de inteligencia, cuyos resultados han de ser comunicados y evaluados por la Comisión, a tal efecto creada, o por el conjunto de los representantes de los trabajadores<sup>51</sup>. Igualmente, la medida contenida en el mencionado convenio del sector de grandes almacenes, que establece el compromiso de las empresas del sector a abordar el impacto laboral de los procesos de transformación o reestructuración organizativa mediante un Acuerdo Laboral con la RLPT, priorizando el uso de medidas de flexibilidad interna y procedimientos voluntarios para la adecuación de las plantillas. Esto es especialmente relevante en el contexto tecnológico actual, ya que protege directamente a los trabajadores de los posibles despidos que puedan resultar de la automatización de sus trabajos<sup>52</sup>. La medida obliga a priorizar la estabilidad de la plantilla y la seguridad laboral, y buscar soluciones internas antes de recurrir a medidas tan drásticas como el despido. Además, el convenio establece que no se podrán aplicar medidas de impacto colectivo previstas en los artículos 40, 41 y/o 51 del ET sin haber llevado a cabo previamente un proceso de diálogo y participación sindical para buscar soluciones consensuadas que permitan adoptar medidas menos traumáticas, como pueden ser los traslados, despidos o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo<sup>53</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Ser capaz de encontrar las palabras adecuadas y acoger las distintas realidades que surgen en este nuevo escenario laboral es quizá el reto más difícil para el jurista, que a menudo busca en las normas del pasado las certezas que la complejidad del presente y las incertidumbres del futuro exigen, en cambio, que superemos.

<sup>51</sup> Álvarez Cuesta, H., “La inteligencia artificial, el big data y los algoritmos en la negociación colectiva. Un paso más para ampliar la facultad de los representantes de los trabajadores”, en AAVV, Fernández Domínguez, J. J. (dir.), *Seminario Internacional sobre Nuevos Lugares, Distintos Tiempos y Modos Diversos de Trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi (Ed.), 2021, p. 389.

<sup>52</sup> Sugiero la lectura de López Cumbre, L., Robotización versus amortización (www.gomezacebo-pombo.com, octubre de 2019) para profundizar en la cuestión del despido por automatización de puesto de trabajo a causa de la introducción de un robot o sistema inteligente que sustituya las labores que anteriormente hacía un humano. López Cumbre también ha abordado el supuesto, hasta ahora inimaginable, en el que un robot sea el encargado de despedirte en López Cumbre, L., ¿Y si es un robot el que te despide? (www.gomezacebo-pombo.com, octubre de 2019). Ambas materias están atrayendo la atención de distintas disciplinas y se han convertido en los principales temas de discusión en congresos y revistas especializadas.

<sup>53</sup> Disposición transitoria undécima. Compromisos para el gobierno de la transición digital y organizativa del sector.

En este sentido, hay quien razona que hay que huir del exceso de esnobismo y artificialidad en los derechos de nuestro tiempo, evitando crear cortinas de humo sobre lo esencial. En otras palabras, no proponer a bombo y platillo pretendidos nuevos derechos con denominación modernista, pero sin contenido ni mejora real. Y, si bien podría trasladarse este razonamiento a la cuestión que estamos tratando, no parece conveniente defender la idea de un comportamiento exagerado o artificial en la configuración de nuevos términos para tratar realidades que, por su complejidad y novedad, no pueden ser tratadas de la misma forma que realidades que nada tienen que ver. Es por ello por lo que, debe abogarse -con prudencia y sensatez- por la intervención, tanto a nivel legislativo como convencional, de las nuevas realidades que acontecen en los nuevos tiempos tecnológicos, sin pretender poner nombre a todo y causar un desfase legislativo, por supuesto. No obstante, es importante “llamar a las cosas por su nombre” y adaptarnos a un nuevo escenario que es totalmente disruptivo con lo visto anteriormente, a pesar de los intentos de convencernos de que esta nueva revolución se desarrolla de la misma forma que las anteriores.

En consecuencia, es hora de reiterar la necesidad de un antropocentrismo que establezca la IA al servicio del ser humano, de sus necesidades y de sus derechos. Es urgente un desarrollo antropocéntrico de la IA, con una visión complementaria y funcional a la inteligencia humana: para ello, es fundamental que tratemos a los verdaderos representantes de los trabajadores como actores protagónicos de esta nueva realidad laboral.

El poder de decisión en este nuevo escenario, marcado por la fuerte incursión de la IA y las nuevas tecnologías, no debe residir únicamente en la figura del empresario. La facultad de control en la introducción de nuevas herramientas y medios de producción debe operar en un sentido informativo, de consulta y de negociación. Reivindiquemos, de una vez, la coexistencia de los tres pilares.

El desarrollo tecnológico siempre ha ido acompañado del principio general de transparencia algorítmica. Recuperemos este principio y extendamos el deber de transparencia (y de negociación conjunta con la RLT) a todo el proceso, desde el momento en que las partes intervinientes plantean inicialmente la posible implementación de sistemas de inteligencia artificial o gestión algorítmica, hasta el análisis posterior de sus efectos, una vez aplicados en la empresa. Con ello, podremos distribuir el poder y evitar que se monopolicen los beneficios a la posición más dominante de la relación laboral, tratando de dignificar a todas las partes implicadas y sortear el debilitamiento de los trabajadores y sus representantes en esta nueva era tecnológica.



---

Informes y documentos





## LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2023

De acuerdo con los datos publicados en la memoria del CARL de 2023, durante dicho año se ha consolidado la reactivación de la negociación colectiva que se inició en 2022, como ponen de manifiesto los ratios globales de convenios en vigencia expresa en nuestra comunidad autónoma. En este sentido los convenios colectivos en vigencia expresa suponen un incremento de cobertura a personas trabajadoras y empresas del 40% y 67% respectivamente respecto a 2022, pese a ser inferior el número total de convenios. El aumento de la cobertura de los convenios colectivos con vigencia expresa se debe principalmente al gran número de convenios de sector con vigencia expresa en la anualidad, un 17% más que en 2022.

A 31 de diciembre de 2023 el número de convenios colectivos andaluces existentes en nuestra comunidad alcanza la cifra de 1.581 que afectan a 1.730.028 de personas trabajadoras y a 345.579 empresas, según los datos facilitados por las mesas negociadoras con ocasión del registro del convenio colectivo.

Atendiendo a la diversa situación jurídica en la que se encuentre el convenio colectivo, y siguiendo la clasificación establecida por el CARL, podemos clasificar los convenios colectivos en convenios colectivos en vigencia expresa (convenios que se encuentran dentro de la vigencia expresada en el convenio- a su vez a efectos estadísticos diferenciables en primeros convenios, convenios originarios y convenios revisados: Serían primeros convenios aquellos que se negocian por primera vez, convenios originarios aquellos que se firman en el año en curso pero traen causa de convenios anteriores, convenios revisados aquellos que se encuentran dentro de la vigencia inicial pactada pero en los años posteriores a su firma), convenios colectivos en prórroga tácita (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada pero que al no ser denunciados se prorrogan de año en año automáticamente), convenios colectivos en ultraactividad indefinida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta la firma del siguiente convenio), convenios colectivos en ultraactividad limitada (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta una fecha determinada) y convenios colectivos con ultraactividad vencida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y su ultraactividad ha traspasado su fecha de finalización, jurídicamente habrían decaído si así lo han pactado).

Con estas premisas el número de convenios colectivos en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita ascendió a 1267 convenios colectivos dando cobertura a 184.763 empresas y 1.103.877 trabajadores. Junto a ellos, 283 convenios terminaron el año en ultraactividad (50.822 empresas y 215.771 trabajadores) y por tanto son convenios colectivos sobre los que recae el deber de negociarlos durante 2024. 28 convenios colectivos más se encontraban en tramitación ante la

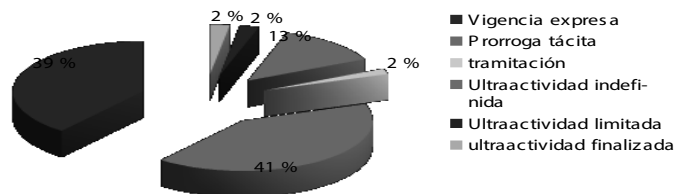
autoridad laboral. Atendiendo al ámbito funcional de los convenios colectivos se distinguen convenios colectivos de sector y convenios colectivos de empresa. De forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. Estos convenios por tanto tienen un papel fundamental en orden a asegurar la mayor cobertura posible de empresas y personas trabajadoras, no en vano durante 2023 han dado cobertura al 99,8% de las empresas y al 94,7% de las personas trabajadoras. Dada la importancia cualitativa de estos convenios colectivos de sector, resulta pertinente realizar un análisis específico de los mismos.

El número de convenios colectivos de sector en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita a 31 de diciembre ascendió a 114 convenios colectivos dando cobertura a 274.698 empresas y 1.305.952 trabajadores. Junto a ellos, 32 convenios más se encontraban en ultraactividad (50.571 empresas y 179.635 trabajadores).

Si centramos el análisis en los 621 convenios con vigencia expresa a 31 de diciembre de 2023 podemos indicar que el incremento salarial ponderado pactado (ISP) en estos convenios, se situó en 2023 en el 3,14%, si bien los convenios originarios establecieron un ISP del 3,95%. Se trata de magnitudes muy por encima de los años anteriores, y que se enmarcan en los parámetros del ANC. Por su parte la jornada anualizada ponderada se situó en 1.776,12 horas, frente a las 1.772,68 horas del 2022.

Igualmente reseñable ha sido la firma de un nuevo convenio de sector en nuestra comunidad de nivel autonómico: el convenio colectivo de ayuda a domicilio.

#### Estado de convenios colectivos. Total



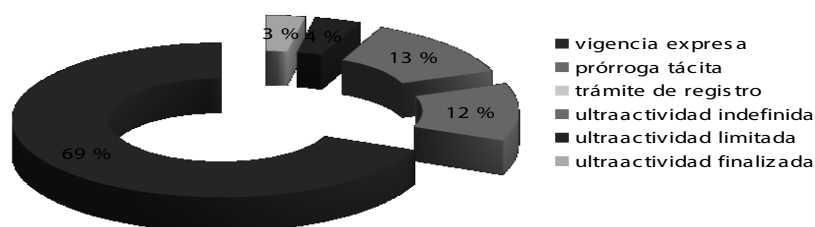
*Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*

Porcentualmente a 31 de diciembre de 2023, el 39% de convenios colectivos de Andalucía estaba en vigencia expresa, el 41% en vigencia prorrogada tácitamente. El 13% de los convenios estaba en ultraactividad indefinida, el 2% estaba en

ultraactividad limitada, un 2% habría finalizado su ultraactividad en 2022, el resto se encontraba en tramitación ante la Autoridad Laboral.

Atendiendo al ámbito funcional de los convenios colectivos se distinguen convenios colectivos de sector<sup>1</sup> y convenios colectivos de empresa<sup>2</sup>. De forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, como hemos indicado en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. Estos convenios por tanto tienen un papel fundamental en orden a asegurar la mayor cobertura posible de empresas y personas trabajadoras. Dada la importancia cualitativa de estos convenios colectivos de sector, resulta pertinente realizar un análisis específico de los mismos.

### Estado de convenios colectivos sector



*Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*

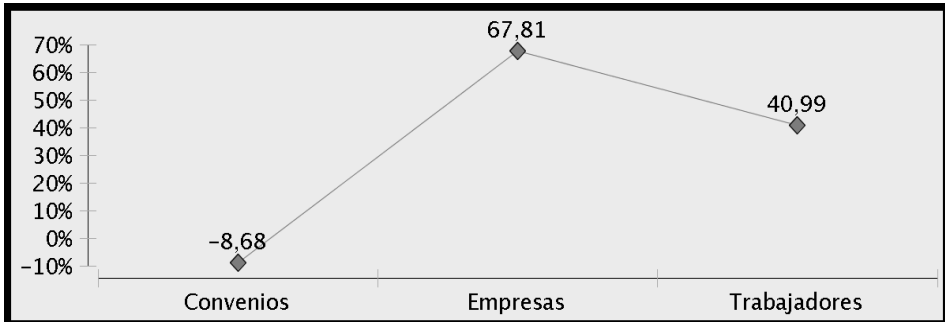
Porcentualmente, el 69% de convenios de sector a 31 de diciembre de 2023 estaba en vigencia expresa, el 12% en vigencia prorrogada tácitamente. El 13% de los convenios está en ultraactividad indefinida, el 4% en ultraactividad limitada, el 3% en ultraactividad finalizada, si bien no se ha abandonado la unidad negocial.

Si centramos el análisis en los 621 convenios con vigencia expresa podemos observar que pese a ser inferiores que el año anterior dan una mucha mayor cobertura.

<sup>1</sup> Son convenios colectivos que dan cobertura a una pluralidad de empresas y personas trabajadoras dentro de un sector de actividad. Son negociados por los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas del sector concreto.

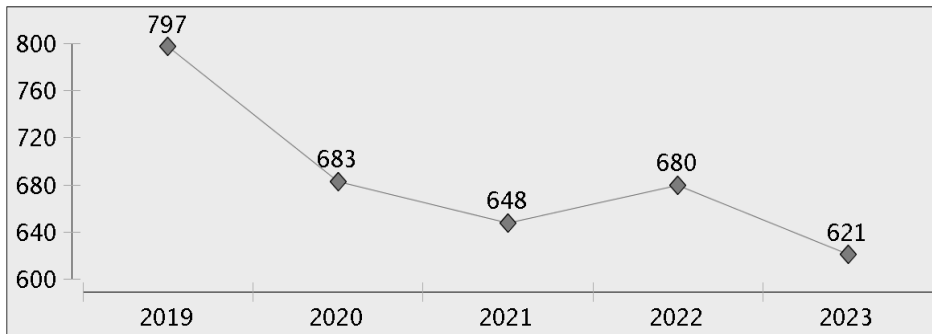
<sup>2</sup> Son convenios colectivos que se aplican únicamente en la empresa que lo negocia. Se negocia por los representantes de los trabajadores en la empresa directamente con el representante de la empresa.

### Variación porcentual respecto a año anterior. Convenios, empresas y trabajadores



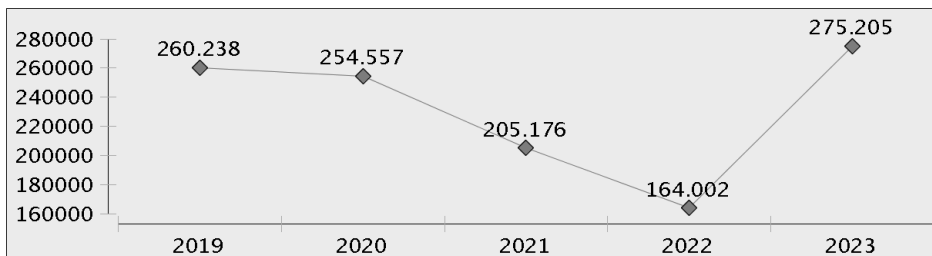
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Evolución del número de convenios colectivos con vigencia expresa



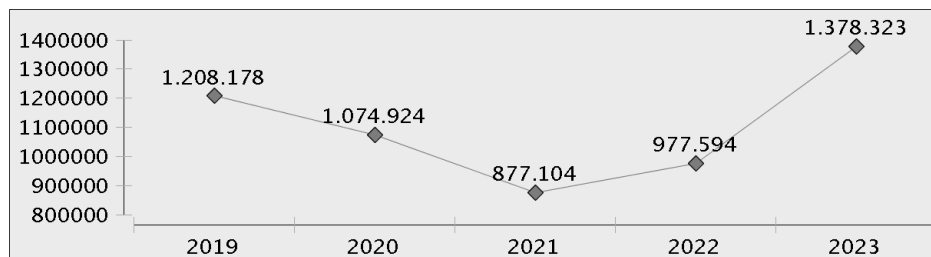
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Evolución del número de empresas acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa



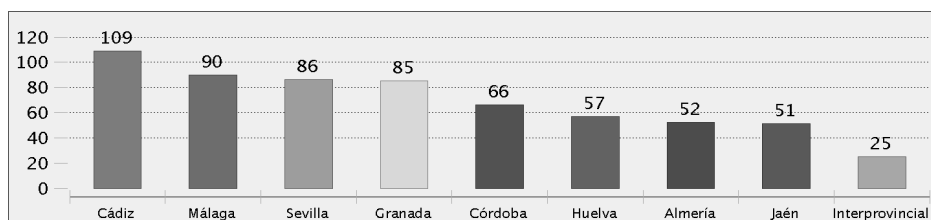
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Evolución del número de personas trabajadoras acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa



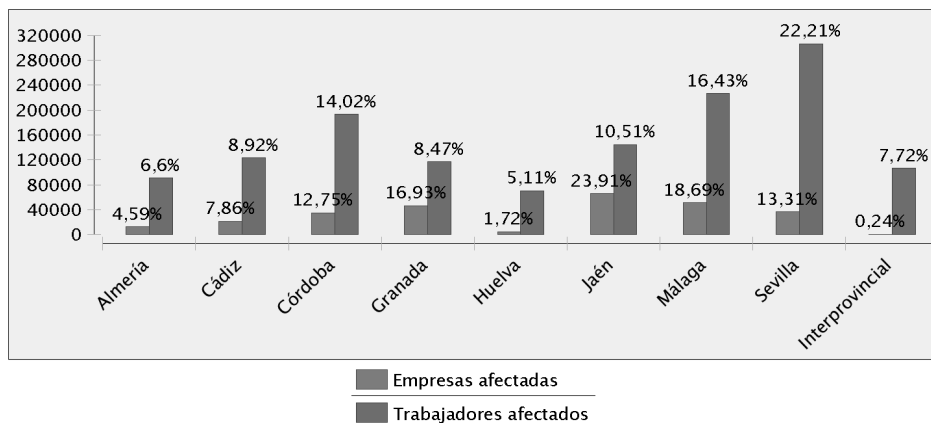
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios colectivos vigentes: Distribución provincial



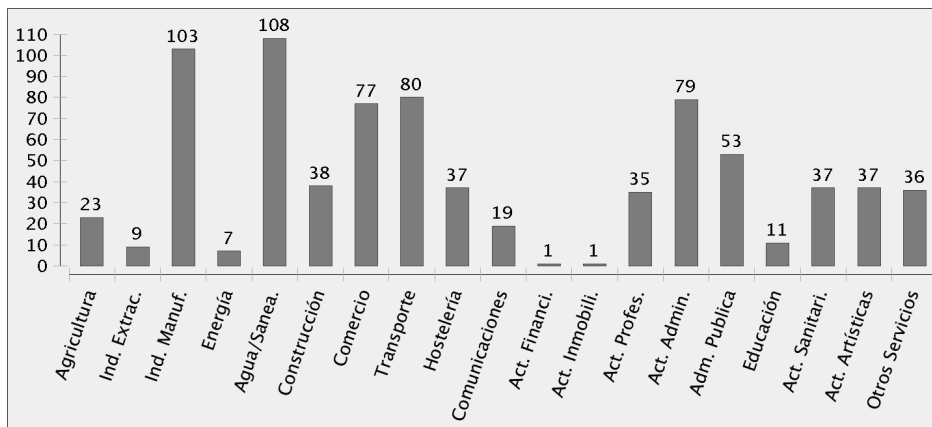
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Distribución provincial de empresas y trabajadores afectados



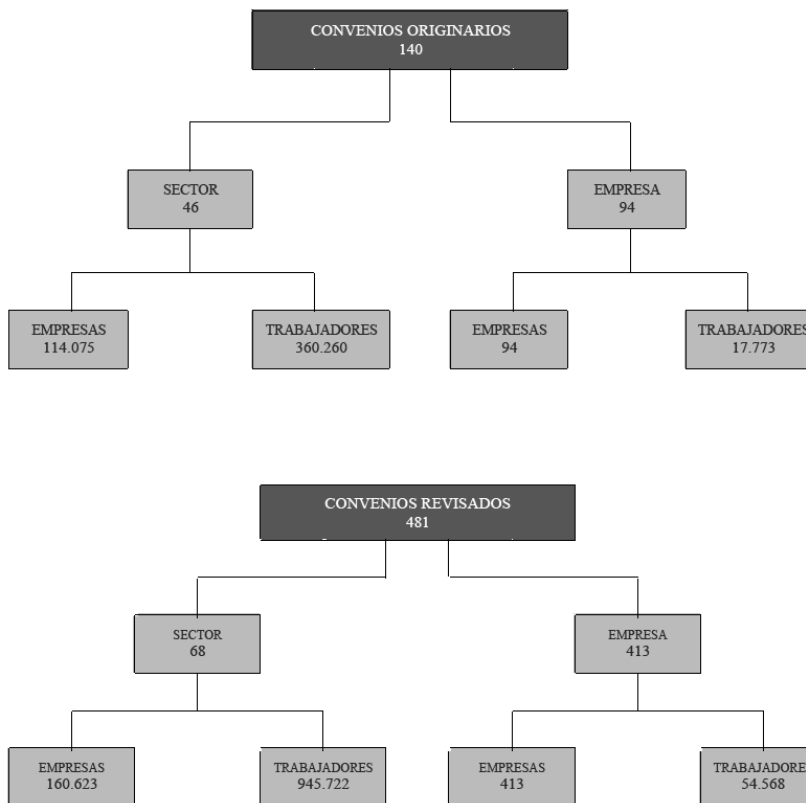
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Convenios colectivos vigentes. Clasificados por CNAE**

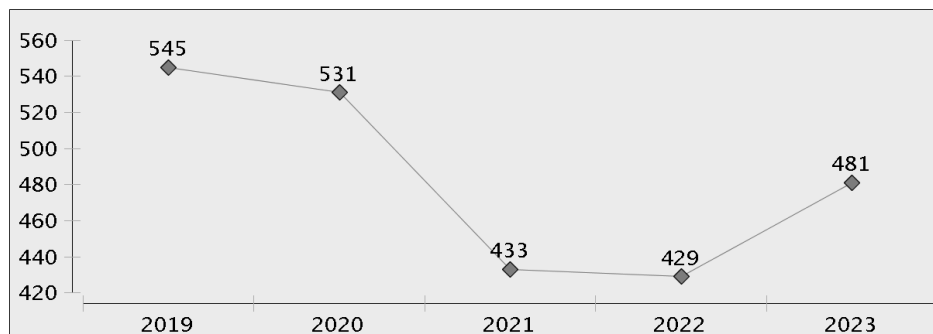


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

De los 621 convenios colectivos con vigencia expresa, el 77% fueron revisados del año 2023, el resto originarios.

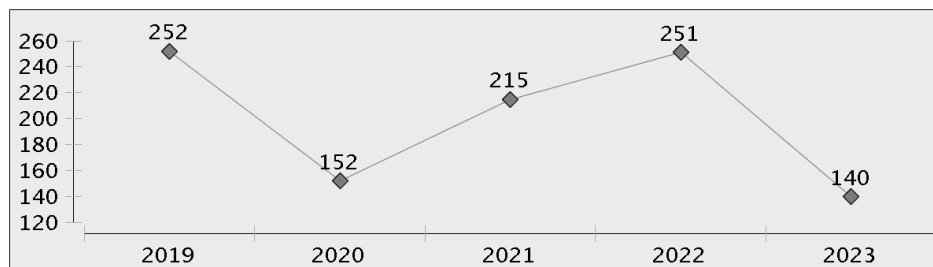


### Evolución del número de convenios colectivos revisados



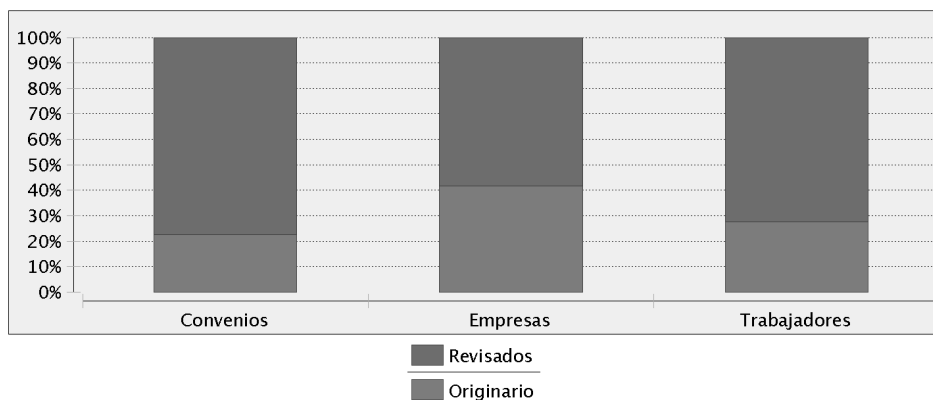
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Evolución del número de convenios colectivos originarios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

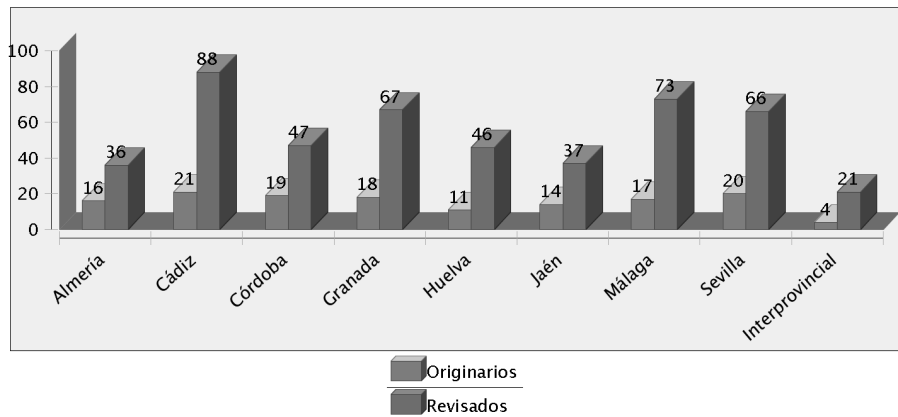
### Convenios originarios-Convenios Revisados. Porcentajes de afectación



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

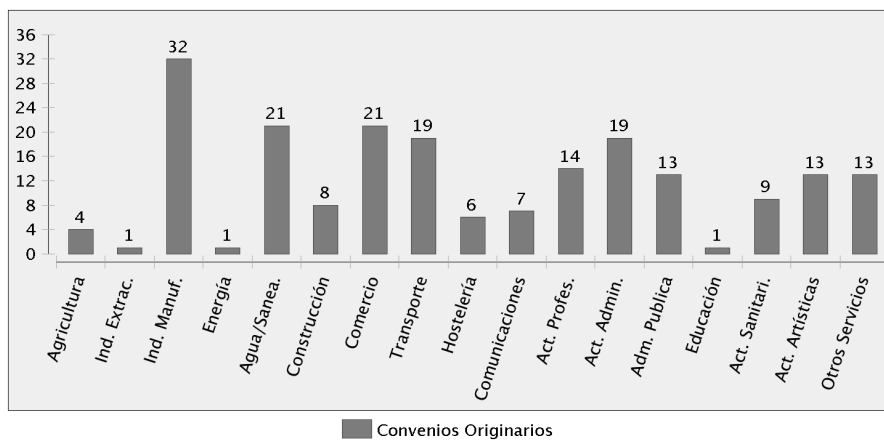


### Convenios Originarios - Convenios Revisados. Distribución Provincial



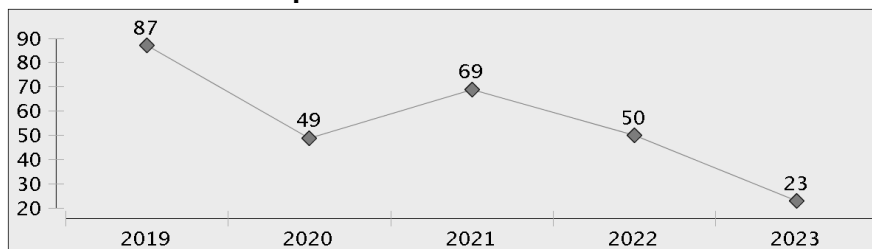
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios originarios clasificados por CNAE



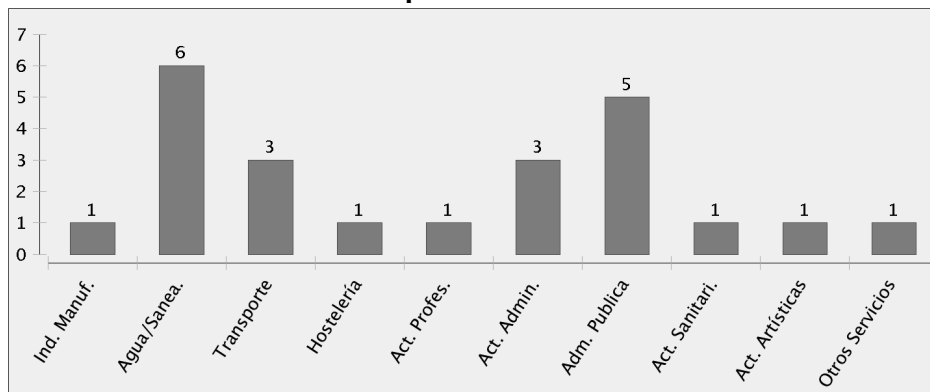
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Evolución del número de primeros convenios



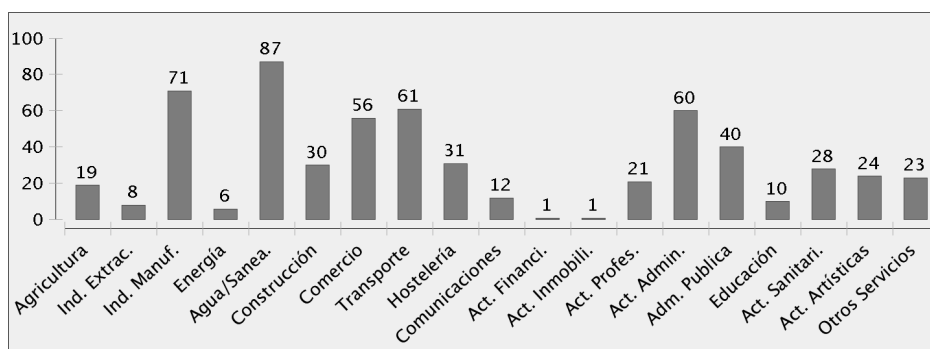
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Primeros convenios clasificados por CNAE



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios revisados clasificados por CNAE



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

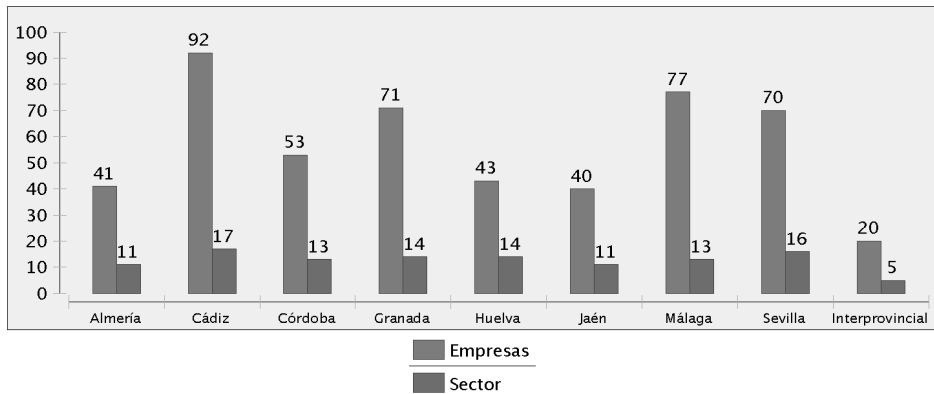
### Convenios de sector y de empresa

Desde un punto de vista funcional, examinando la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 621 convenios con vigencia expresa, 507 eran de empresa, y 114 eran convenios de sector. Sin embargo, si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa, el 94% de personas trabajadoras y el 99% de las empresas bajo cobertura de convenios con vigencia expresa, lo estaban bajo la cobertura de convenios colectivos de sector. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas.

**Convenios vigencia expresa: sector/empresa**

Ámbito geográfico	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	11	12.580	86.800	41	41	4.209
Cádiz	17	21.551	117.245	92	92	5.758
Córdoba	13	35.029	181.269	53	53	11.999
Granada	14	46.517	109.200	71	71	7.525
Huelva	14	4.700	62.255	43	43	8.161
Jaén	11	65.769	138.706	40	40	6.150
Málaga	13	51.367	215.438	77	77	11.077
Sevilla	16	36.549	294.569	70	70	11.495
Interprovincial	5	636	100.500	20	20	5.967
<b>Total</b>	<b>114</b>	<b>274.698</b>	<b>1.305.982</b>	<b>507</b>	<b>507</b>	<b>72.341</b>

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Ámbito funcional por provincias. Convenios vigentes**

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Convenios Originarios: sector/empresa**

Ámbito geográfico	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	6	9.265	38.800	10	10	963
Cádiz	5	684	7.750	16	16	1.180
Córdoba	7	4.319	34.919	12	12	8.015
Granada	5	43.180	80.925	13	13	1.604
Huelva	5	290	3.255	6	6	500
Jaén	5	51.002	99.151	9	9	1.880
Málaga	5	2.970	26.400	12	12	1.416
Sevilla	6	2.137	19.060	14	14	2.058
Interprovincial	2	228	50.000	2	2	157
<b>Total</b>	<b>46</b>	<b>114.075</b>	<b>360.260</b>	<b>94</b>	<b>94</b>	<b>17.773</b>

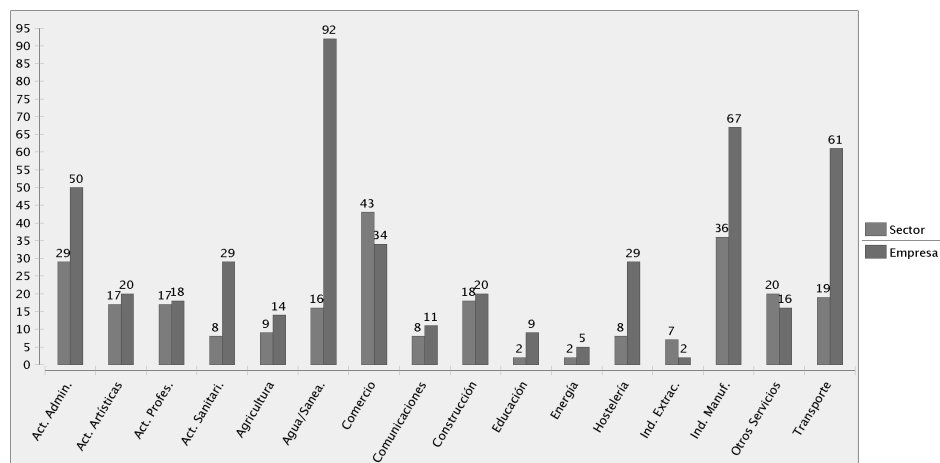
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Tabla 6. Convenios Revisados: sector/empresa**

Ámbito geográfico	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	5	3.315	48.000	31	31	3.246
Cádiz	12	20.867	109.495	76	76	4.578
Córdoba	6	30.710	146.350	41	41	3.984
Granada	9	3.337	28.275	58	58	5.921
Huelva	9	4.410	59.000	37	37	7.661
Jaén	6	14.767	39.555	31	31	4.270
Málaga	8	48.397	189.038	65	65	9.661
Sevilla	10	34.412	275.509	56	56	9.437
Interprovincial	3	408	50.500	18	18	5.810
<b>Total</b>	<b>68</b>	<b>160.623</b>	<b>945.722</b>	<b>413</b>	<b>413</b>	<b>54.568</b>

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Ámbito funcional por actividades económicas. Convenios vigentes**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Convenios Sectoriales**

Los convenios de sector, no obstante su inferioridad numérica, encuadran a la mayoría de los trabajadores y empresas incluidos en la negociación colectiva andaluza vigente.

### Convenios sectoriales vigentes: Empresas y trabajadores afectados

Ámbito geográfico	CONVENIOS SECTOR			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	11	12.580	86.800	5.1%
Cádiz	17	21.551	117.245	2.54%
Córdoba	13	35.029	181.269	4.84%
Granada	14	46.517	109.200	3.92%
Huelva	14	4.700	62.255	2.43%
Jaén	11	65.769	138.706	3.2%
Málaga	13	51.367	215.438	2.79%
Sevilla	16	36.549	294.569	2.31%
Interprovincial	5	636	100.500	2.41%
Total	114	274.698	1.305.982	3.19%

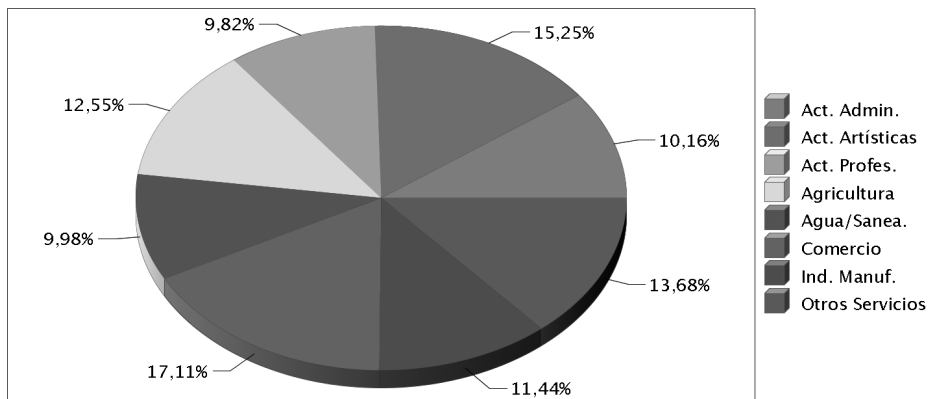
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Tabla 8. Convenios sectoriales más significativos: Empresas y trabajadores afectados

Actividades	Convenios	Trabajadores	Empresas
Agua/Sanea.	108	284.424	38.950
Ind. Manuf.	103	326.225	43.711
Transporte	80	66.330	9.423
Act. Admin.	79	289.692	35.851
Comercio	77	487.683	74.295
Adm. Publica	53	13.518	53
Construcción	38	279.742	40.160
Act. Artísticas	37	434.805	105.673

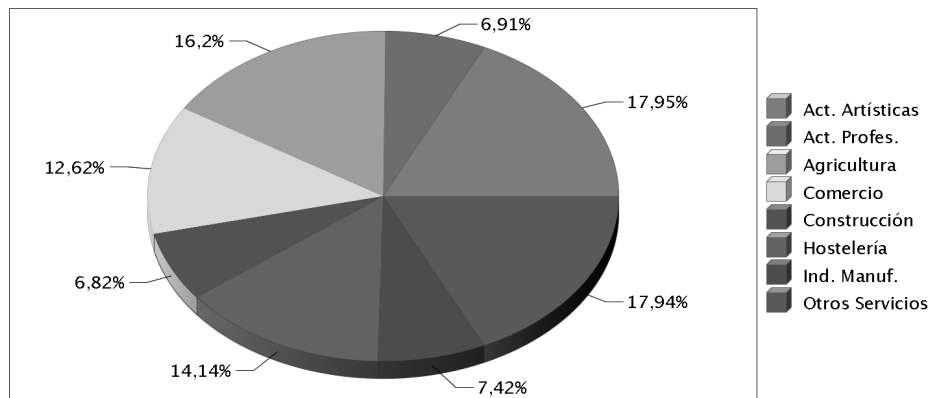
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios de sectores más significativos (nº de empresas)



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios Empresariales

#### Convenios colectivos vigentes de empresa. Empresas y trabajadores afectados

Ámbito geográfico	CONVENIOS DE EMPRESA			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	41	41	4.209	2.64%
Cádiz	92	92	5.758	2.55%
Córdoba	53	53	11.999	2.98%
Granada	71	71	7.525	2.21%
Huelva	43	43	8.161	2.12%
Jaén	40	40	6.150	3.22%
Málaga	77	77	11.077	1.99%
Sevilla	70	70	11.495	2.16%
Interprovincial	20	20	5.967	1.19%
<b>Total</b>	<b>507</b>	<b>507</b>	<b>72.341</b>	<b>2.34%</b>

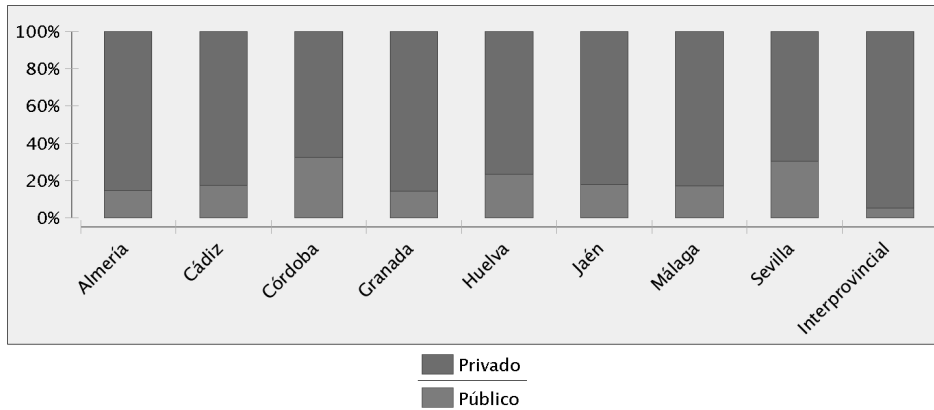
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

#### Convenios de empresa: Tipología

Ámbito geogr.	Grupo Profesional	Centro de Trabajo	Intercentro	Grupo de Empresas	Empresas	Total
Almería	0	14	1	2	24	41
Cádiz	1	26	1	5	59	92
Córdoba	0	6	0	1	46	53
Granada	0	26	0	0	45	71
Huelva	3	22	0	1	17	43
Jaén	1	12	0	0	27	40
Málaga	3	14	0	0	60	77
Sevilla	0	20	0	1	49	70
Interprovincial	0	5	0	0	15	20
<b>Total</b>	<b>8</b>	<b>145</b>	<b>2</b>	<b>10</b>	<b>342</b>	<b>507</b>

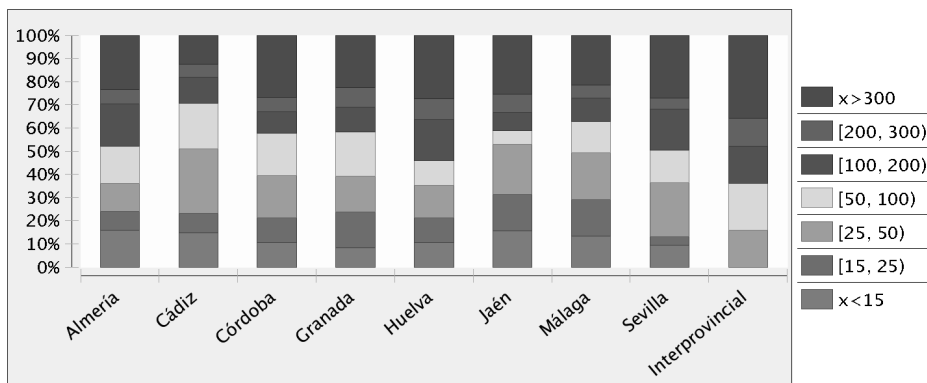
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

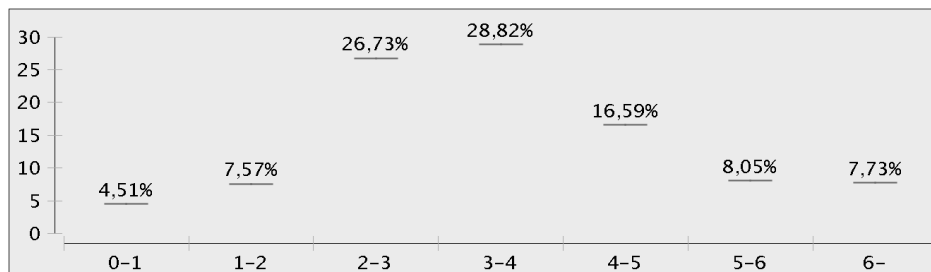
### Porcentajes por provincias de convenios colectivos vigentes según el tamaño de las empresas



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

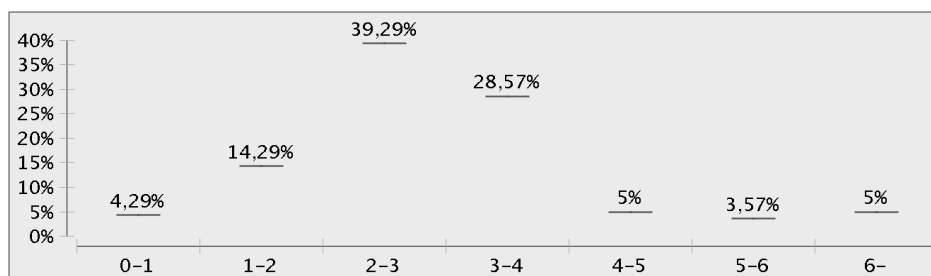
Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

### Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal



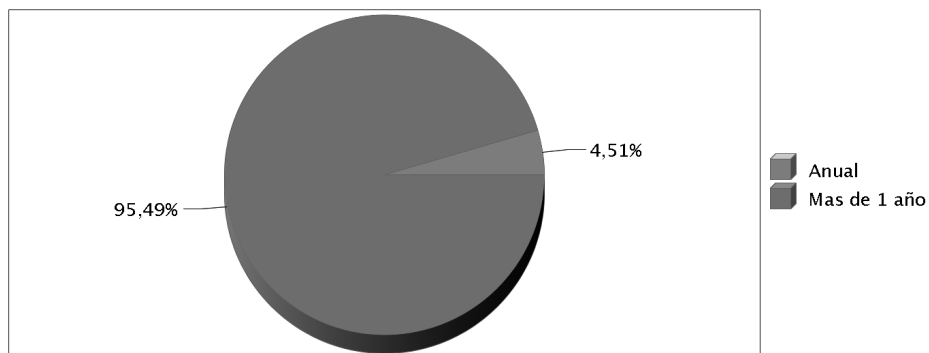
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Convenios colectivos originarios. Ámbito temporal



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

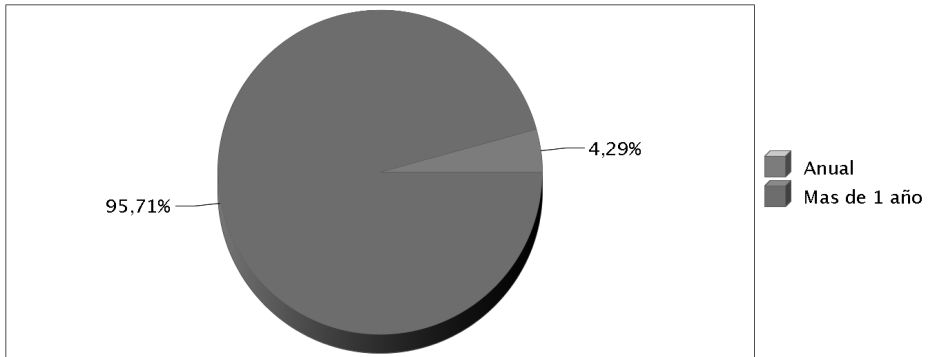
### Convenios vigentes anuales/supraanuales



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

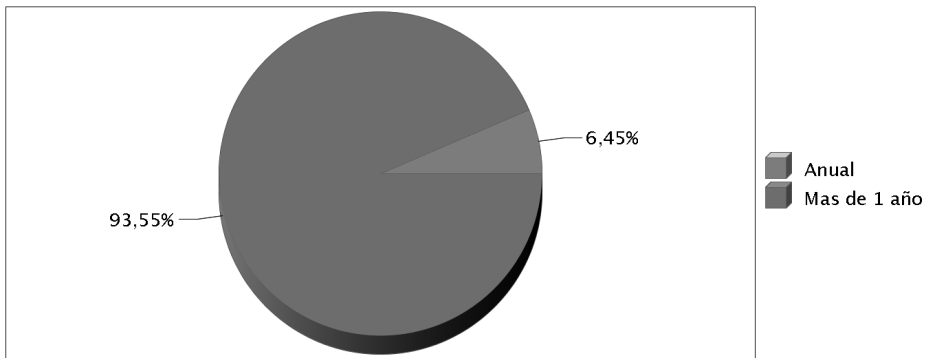


**Convenios originarios anuales/supraanuales**



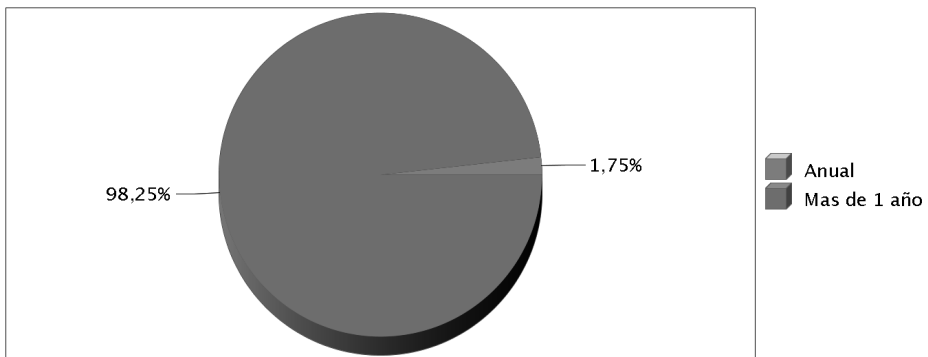
*Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*

**Afectación personal de convenios vigentes anuales/supraanuales**



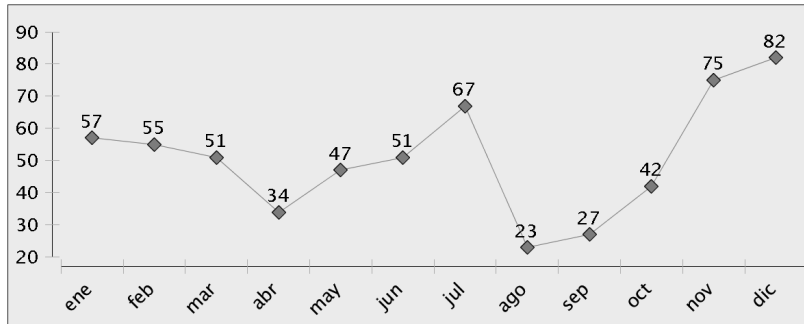
*Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*

**Afectación personal de convenios originarios anuales/supraanuales**



*Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*

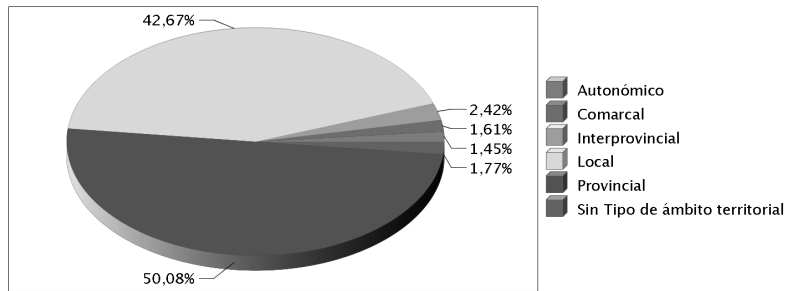
**Fecha firma convenios vigentes**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

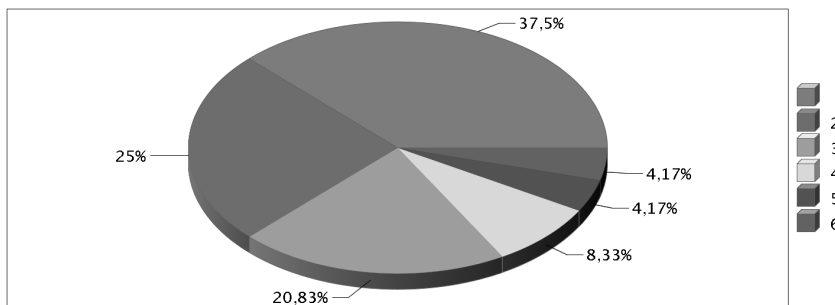
Manteniendo el esquema consolidado en el ámbito andaluz, por otra parte, similar al que se produce en el resto del estado, territorialmente es el ámbito provincial el de mayor incidencia.

**Ámbito territorial de convenios colectivos vigentes**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

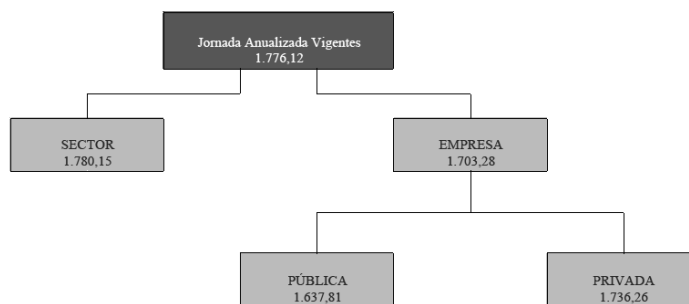
**Convenios interprovinciales: Porcentaje por provincias afectadas**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

El estudio de la jornada laboral, su duración y distribución en el tiempo exige primariamente conocer la jornada plasmada en los convenios colectivos, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme que, en este caso será el cómputo anual, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal.

La media aritmética de la jornada de trabajo se ha obtenido sobre el total de convenios. Por esta razón, el valor obtenido para un grupo de convenios no tiene porque coincidir con el calculo de la media aritmetica de las jornadas de trabajo de cada subgrupo.



### Jornada promedio convenios colectivos vigentes

Ámbito geográfico	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1.803,29	39,84	1.797,37
Cádiz	1.760,73	39,69	1.754,18
Córdoba	1.780,63	39,45	1.744,68
Granada	1.799,22	39,74	1.787,69
Huelva	1.767,45	39,53	1.767,80
Jaén	1.759,16	39,11	1.733,29
Málaga	1.794,52	39,90	1.786,09
Sevilla	1.769,41	39,05	1.769,30
Interprovincial	1.746,08	38,50	1.745,42
Total	1.776,12	39,44	1.767,17

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Jornada anual/semanal unificada en cómputo anual: Promedio en convenios sector/empresa

Ámbito geográfico	SECTOR	EMPRESA
Almería	1.807,70	1.712,41
Cádiz	1.764,37	1.686,80
Córdoba	1.784,57	1.721,14
Granada	1.803,11	1.742,85
Huelva	1.771,78	1.734,43
Jaén	1.761,27	1.711,63
Málaga	1.799,11	1.705,17
Sevilla	1.775,48	1.613,98
Interprovincial	1.746,19	1.744,19
Total	1.780,15	1.703,28

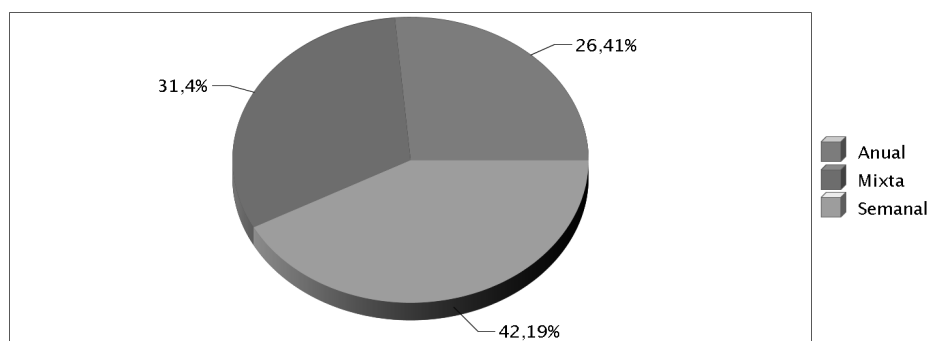
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Jornada anual/semanal unificada en cómputo anual: Promedio en convenios empresa pública/privada**

Ambito geográfico	PÚBLICA	PRIVADA
Almería	1.563,10	1.733,87
Cádiz	1.646,81	1.694,07
Córdoba	1.696,74	1.786,54
Granada	1.619,50	1.762,12
Huelva	1.612,55	1.765,12
Jaén	1.620,16	1.720,90
Málaga	1.615,00	1.782,86
Sevilla	1.587,32	1.639,53
Interprovincial	1.520,00	1.748,24
Total	1.637,81	1.736,26

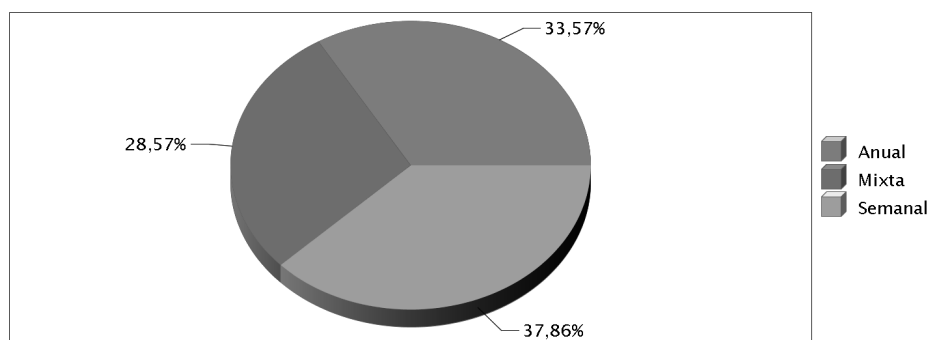
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Vigentes**



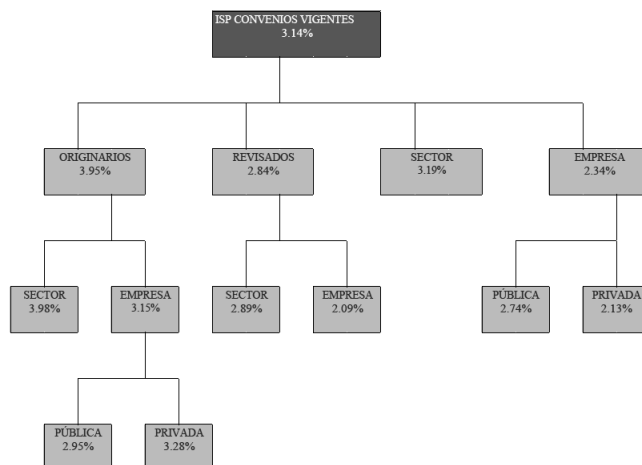
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Originarios**

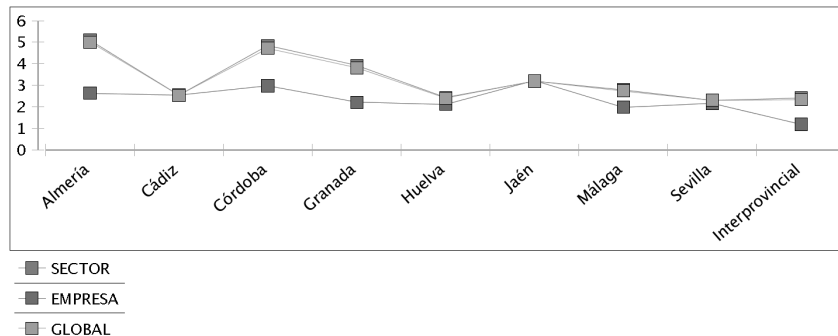


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

El incremento salarial ponderado pactado (ISP) en estos convenios, se situó en 2023 en el 3,14%, si bien los convenios originarios establecieron un ISP del 3,95%. Se trata de magnitudes muy por encima de los años anteriores, y que se enmarcan en los parámetros del ANC. Es importante destacar que para el cálculo del I.S.P. se excluyen los primeros convenios.



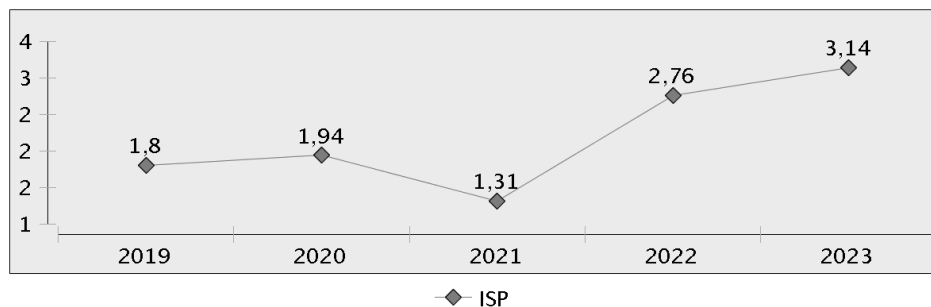
### ISP en convenios vigentes (según sector-empresa) a nivel provincial



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

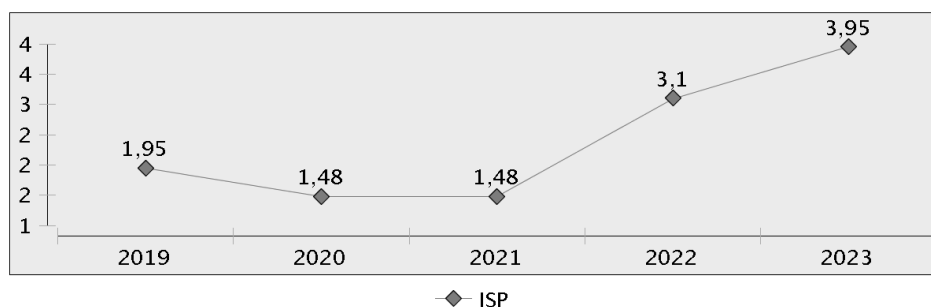
Provincia	Global	Sector	Empresa
Almería	5%	5.1%	2.64%
Cádiz	2.54%	2.54%	2.55%
Córdoba	4.72%	4.84%	2.98%
Granada	3.81%	3.92%	2.21%
Huelva	2.4%	2.43%	2.12%
Jaén	3.2%	3.2%	3.22%
Málaga	2.75%	2.79%	1.99%
Sevilla	2.31%	2.31%	2.16%
Interprovincial	2.34%	2.41%	1.19%

**Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes**



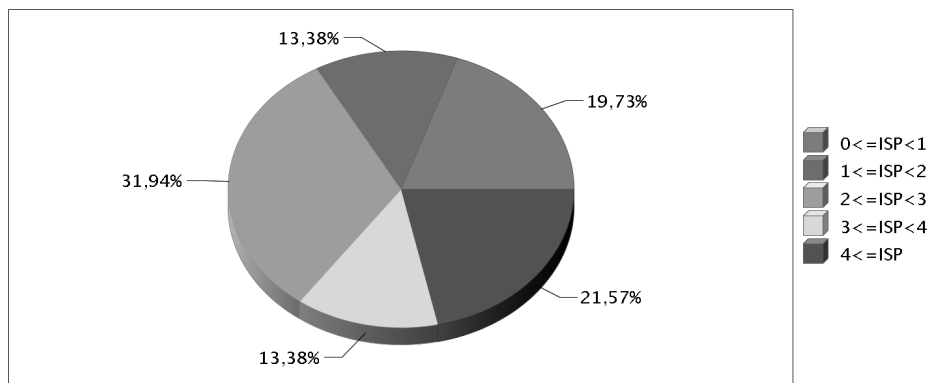
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Comparativa Interanual I.S.P. convenios originarios**



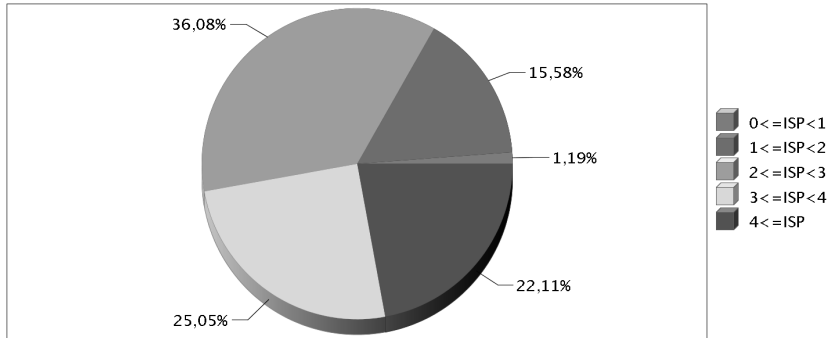
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P.**



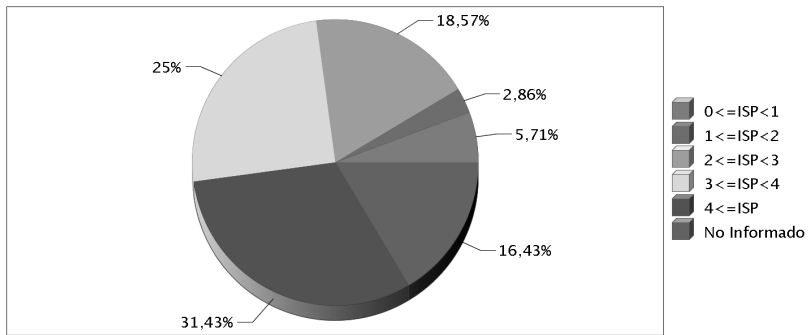
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Afectación personal de convenios colectivos vigentes por tramos de I.S.P.**



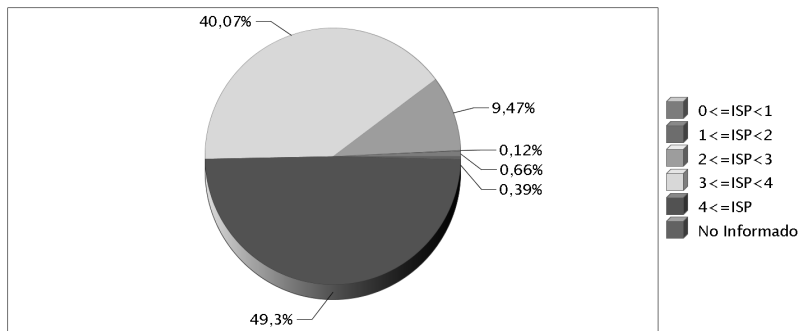
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Convenios colectivos originarios agrupados por tramos de I.S.P.**

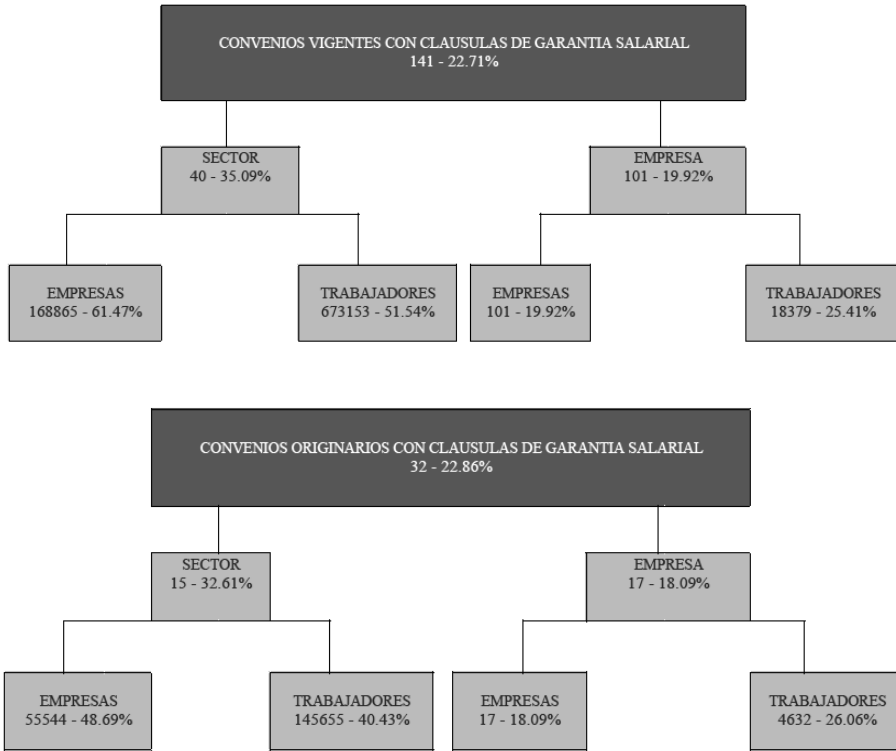


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

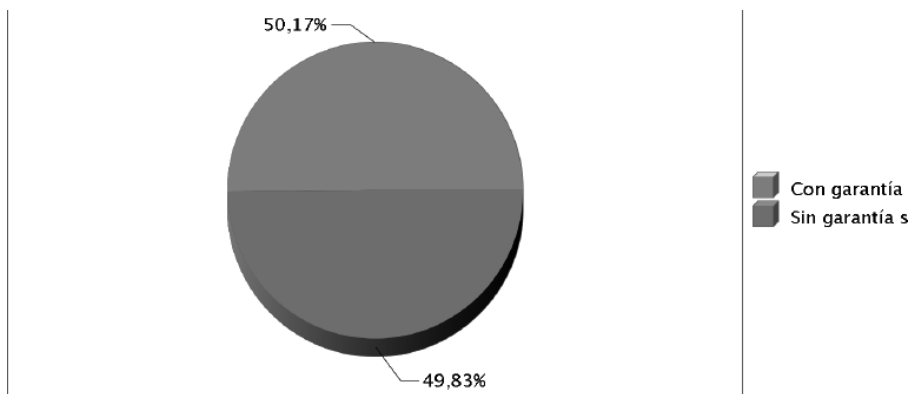
**Afectación personal de convenios colectivos originarios por tramos de I.S.P.**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales



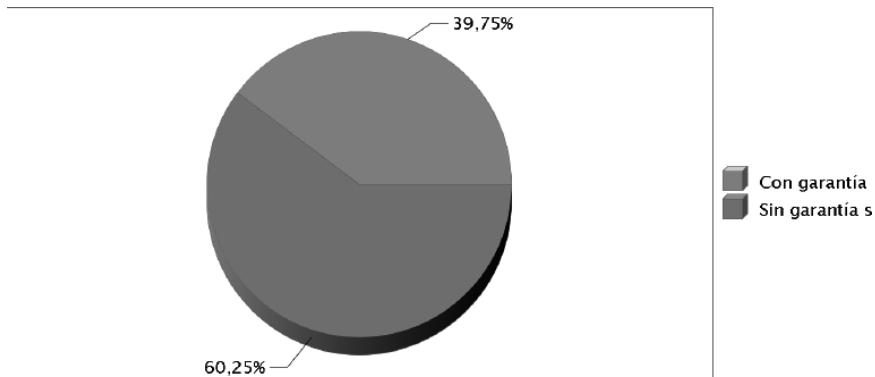
**Afectación personal de cláusulas de garantía salarial. Convenios colectivos vigentes**



*Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*



### Afectación personal de cláusulas de garantía salarial. Convenios originarios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

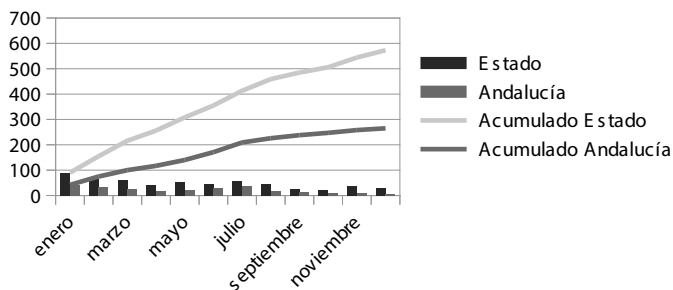
### Inaplicaciones de convenio colectivo.

Análisis de los expedientes de inaplicación de las condiciones laborales pactadas en convenios colectivos presentados para su depósito a la Autoridad Laboral.

Durante 2023 se han presentado a la autoridad laboral un total de 265 expedientes de inaplicaciones de condiciones de trabajo de convenios colectivos vigentes. A estos acuerdos están afectados una totalidad de 8.829 trabajadores.

Las inaplicaciones presentadas en la Comunidad Autónoma suponen el 46,24% de las inaplicaciones de convenios colectivos de todo el territorio español presentadas en este año, afectando a un 33,62% de los trabajadores de todo el territorio español<sup>3</sup>.

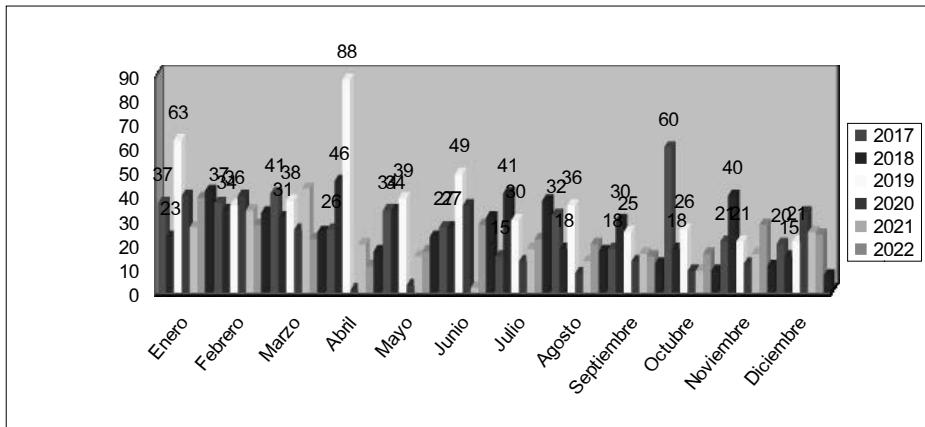
### Comparativa Inaplicaciones Estado español- CCAA Andalucía



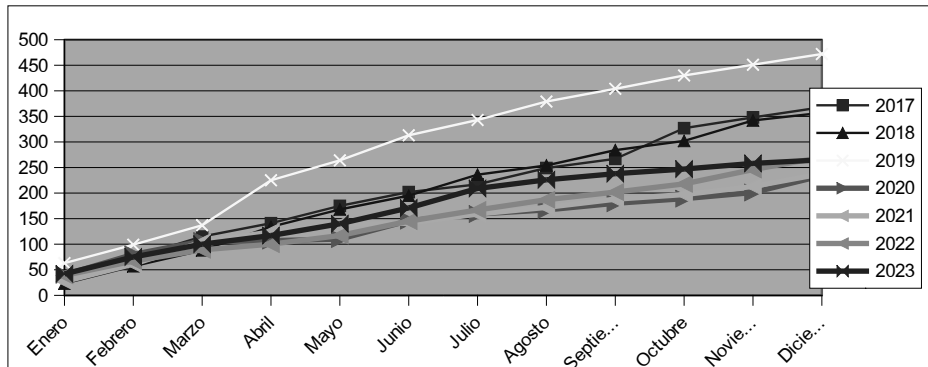
<sup>3</sup> Según datos del mes de diciembre de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social

El número de inaplicaciones depositadas durante el mes de diciembre ha sido inferior al mismo mes del año pasado, siendo el más bajo del mismo mes de toda la serie en estudio. Asimismo, el número de trabajadores afectados por las inaplicaciones este mes de diciembre, ha sido superior al mismo mes del año anterior, siendo en este caso, el tercero más bajo del mismo mes de toda la serie en estudio.

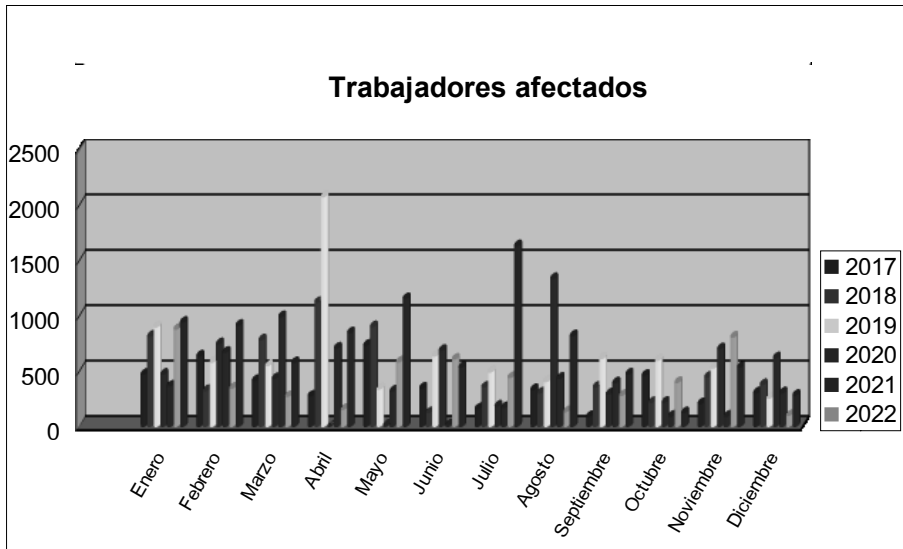
**Gráfica 1. Expedientes por meses. Ejercicios 2017-2023.**



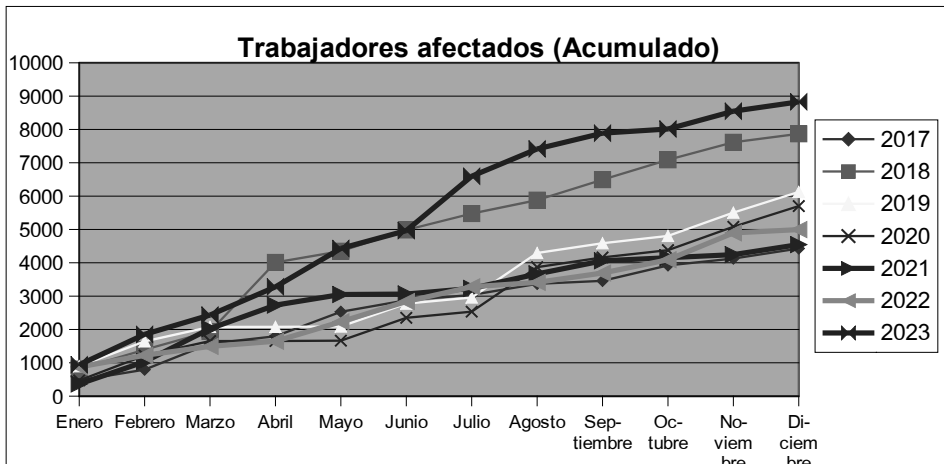
**Gráfica 2. Expedientes por meses acumulados. Ejercicios 2017-2023.**



**Gráfica 3. Trabajadores afectados por meses. Ejercicios 2017-2023.**



**Gráfica 4. Trabajadores afectados por meses acumulados. Ejercicios 2017-2023**

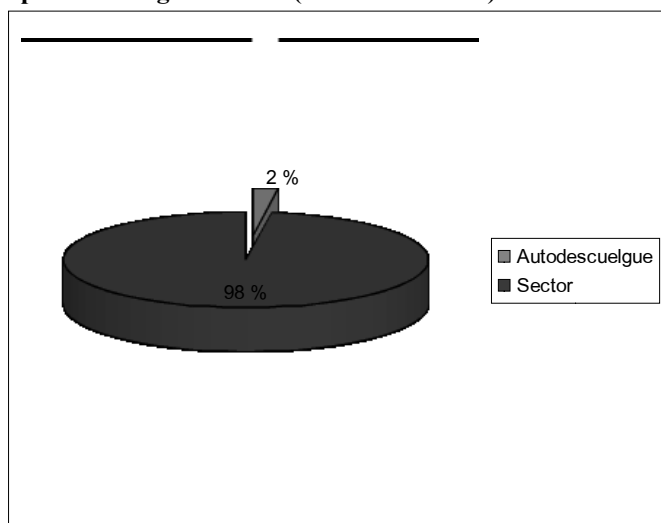


Las provincias de Málaga, Cádiz y Granada, son las que han presentado mayor número de inaplicaciones de convenios colectivos durante este mes de noviembre. Asimismo, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones, se observa que es Málaga, la provincia que mayor número de trabajadores afectados tiene, seguida de las provincias de Huelva y Córdoba.

**Gráfica 5. Expedientes por provincias (acumulado 2023).**

Provincia	Empresas	Trabajadores
Almería	2	9
Cádiz	64	1510
Córdoba	29	1601
Granada	45	435
Huelva	22	1761
Jaén	35	1062
Málaga	50	2084
Sevilla	18	367
Interprovinciales	0	0
Total	265	8829

Como se puede observar en el siguiente cuadro, en lo que va de año, el 98% de las inaplicaciones son de convenios colectivos de sector.

**Gráfica 6. Expedientes según ámbito (acumulado 2023).**

Los sectores de actividad que mayor número de inaplicaciones tienen en este año 2023, son el sector de la construcción, el sector del metal, el sector del comercio y el sector de la hostelería. Asimismo, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones se observa que es el sector del metal el que tiene mayor número de trabajadores afectados por las inaplicaciones, seguido del sector de la construcción.

**Gráfica 7. Expedientes por sectores de actividad (acumulado 2023).**

Comercio	24	883
Construcción	74	1409
Dependencia/ Actividades	5	262
Hostelería	40	832
Limpieza	1	56
Madera	0	0
Metal/Automoción	60	2141
Oficinas y Despachos	9	55
Otros	34	2709
Transporte	18	482
Total	265	8829

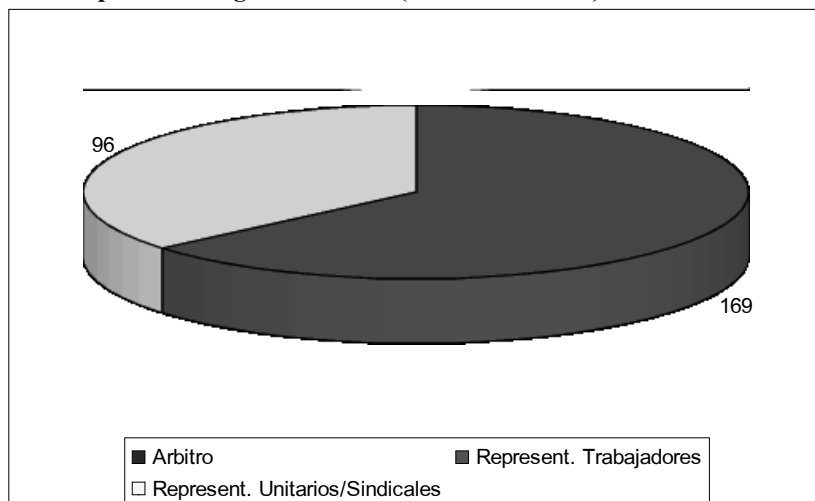
La mayoría de las inaplicaciones afectan mayoritariamente al salario, ya sea de manera aislada o conjuntamente con otras materias. Si bien, hay que señalar que en el sector de la construcción, las inaplicaciones afectan principalmente al horario y a la jornada de trabajo.

**Gráfica 8. Expedientes según materias inaplicadas (acumulado 2023).**

Materias	Empresas	Trabajadores
Jornada/Horario	51	1115
Jornada+Salario	32	818
Jornada+Salario+S.Social	24	467
Mejoras S.Social	1	56
Salario+S.Social	7	158
Sistema/Cuantía Salarial	150	6215
Total	265	8829

En cuanto a los firmantes en los descuelgues de convenios, este año, cabe señalar que a través de representación unitaria y sindical se han producido 96 inaplicaciones de convenios, y 169 acuerdos han sido adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa, elegidos ad hoc de acuerdo con el artículo 41.4 párrafo 4 del Texto Refundido de los Estatuto de los Trabajadores.

**Gráfica 9. Expedientes según firmantes (acumulado 2023).**



Hasta este mes de diciembre, los 265 acuerdos se han alcanzado durante el periodo de consultas.

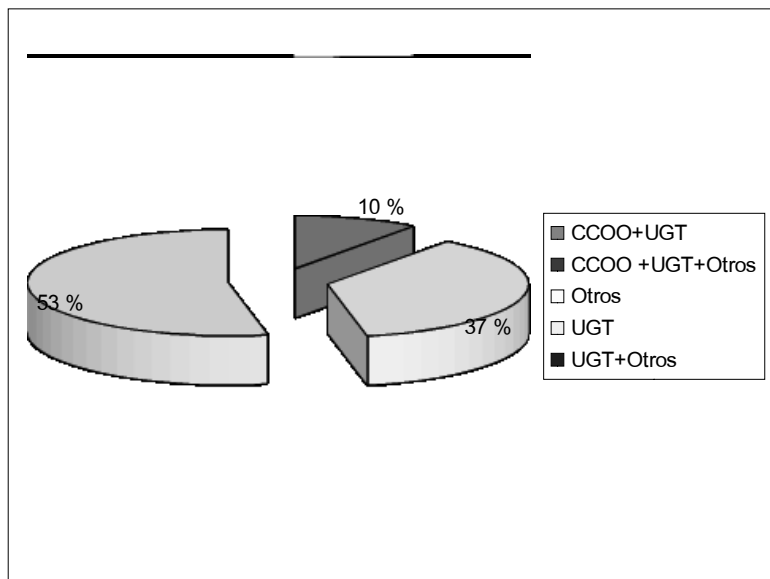
**Gráfica 10. Expedientes según tipo de acuerdos (acumulado 2023)**

Tipo Acuerdo	Empresas	Trabajadores
C. Paritaria	0	0
Laudo	0	0
Mediación SERCLA	0	0
Periodo Consultas	265	8829

Dentro de la representación unitaria y sindical es posible desagregar los sindicatos firmantes:

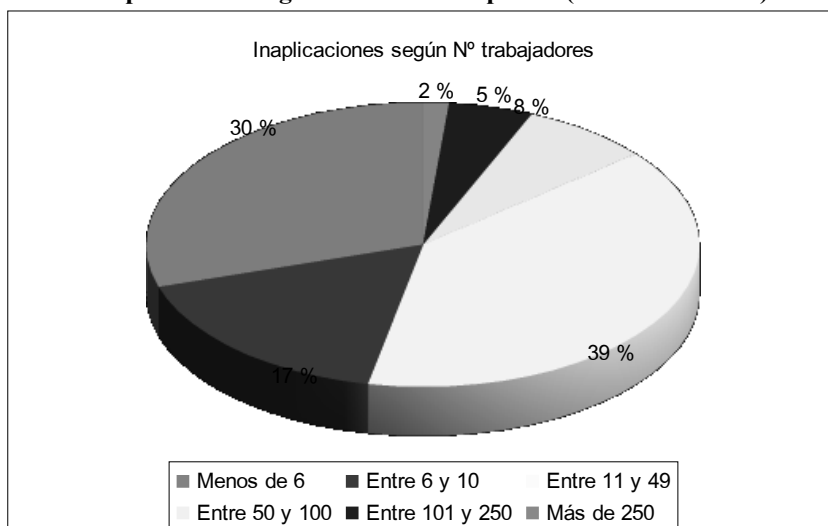
**Gráfica 11. Expedientes acordados por representación unitaria/sindical. Organizaciones firmantes (acumulado 2023).**

Sindicatos	Empresas	Trabajadores
CCOO	17	1.926
CCOO+UGT	8	806
CCOO +UGT+Otros	0	0
Otros	29	964
UGT	42	2.431



Las inaplicaciones de convenios colectivos que se han producido en Andalucía en este año 2023, afectan principalmente a empresas de entre 11 y 49 trabajadores (104 empresas), de menos de 6 trabajadores (79 empresas), seguidos de empresas de entre 6 y 10 trabajadores (45), empresas de entre 50 y 100 trabajadores (20), entre 101 y 250 (13) y de más de 250 trabajadores (4).

**Gráfica 12. Inaplicaciones según dimensión empresas (acumulado 2023).**



En la siguiente tabla se observa que en las empresas de menos de 6 trabajadores y en las empresas de entre 6 y 10 trabajadores, las inaplicaciones de convenios colectivos han sido acordadas con representantes de los trabajadores elegidos ad hoc mayoritariamente. Mientras que, en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores, el 54,80% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o delegados de personal; en las empresas de entre 50 y 100 trabajadores el 75% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o comités de empresa, en las empresas de entre 101 y 250 trabajadores el 92,30% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o comités de empresa; y en las empresas de más de 250 trabajadores el 75% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o comités de empresa..

**Descuelgues s/número de trabajadores**

<b>Menos de 6</b>	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	72
Represent. Unitarios	7
<b>Entre 6 y 10</b>	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	43
Represent. Unitarios	2
<b>Entre 11 y 49</b>	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	47
Represent. Unitarios	57
<b>Entre 50 y 100</b>	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	5
Represent. Unitarios	15
<b>Entre 101 y 250</b>	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	1
Represent. Unitarios	12
<b>Más de 250</b>	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	1
Represent. Unitarios	3





---

Comentarios de Jurisprudencia



## **CONVENIOS COLECTIVOS Y SUCESIÓN DE EMPRESA: ALCANCE DENTRO DE LOS GRUPOS DE EMPRESA**

*Sentencia del Tribunal Supremo núm. 504/2024, de 20 de marzo  
ECLI:ES:TS:2024:1771*

**LOREDANA MARÍA TRIFAN TRIFAN\***

**SUPUESTO DE HECHO:** Termosolar Majadas, S.L. y Termosolar Palma Saetilla, S.L. son dos empresas integradas dentro del grupo Acciona y entre ambas cuentan con un total de 141 trabajadores. El 12 de abril de 2018, como resultado de un proceso de desinversión por parte de Acciona, estos trabajadores pasaron a Global Bodhi, S.L., otra empresa del grupo Acciona. Posteriormente, el 10 de mayo de 2018, fueron transferidos a Contourglobal Termosolar Operator, S.L., empresa perteneciente al grupo Contourglobal Mirror 2 SARL. En fecha de 21 de diciembre de 2017, las direcciones de las empresas Acciona, S.A. y Acciona Energía, S.A. suscribieron con los representantes de los trabajadores un “Acuerdo de Garantías” en el que, en previsión de una futura subrogación de los trabajadores en Contourglobal, acordaron el mantenimiento de los derechos y garantías reconocidos en el contrato de trabajo y/o pacto individual y el mantenimiento como garantía ad personam de las condiciones personales reconocidas por encima de las establecidas en el convenio colectivo, los acuerdos colectivos, el contrato de trabajo y/o los pactos individuales. Las empresas de origen estaban afectas al I Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía, que extendía su duración hasta el 31 de diciembre de 2017, prorrogable durante un máximo de 36 meses desde la fecha de su vencimiento. Con anterioridad a la primera subrogación en la empresa Global Bodhi, S.L., se acordó expresamente que ésta última también esté sujeta al I Convenio colectivo. Posteriormente, por Resolución de 4 de julio de 2019 de la Dirección General de Trabajo se publica el II Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía, con entrada en vigor el 1 de enero de 2018, no incluyéndose dentro de su ámbito funcional a las empresas dedicadas a la energía termosolar, ni a Global Bodhi, ni a Contourglobal. La representación legal de los trabajadores solicitó que se declare el derecho de los trabajadores a percibir los incrementos salariales previstos en el II Convenio colectivo, más el 10 por ciento de interés por mora, condenándose a la empresa Contourglobal al pago de estos conceptos.

**RESUMEN:** La STS 504/2024, de 20 de marzo desestima la pretensión de los trabajadores por diversos motivos. En primer lugar, en el Acuerdo de Garantías no

\* Investigadora predoctoral (FPU) de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

fue parte negociadora la empresa demandada, esto es Contourglobal. Además, en el momento de salida de los trabajadores del grupo Acciona, estos estaban adscritos a la empresa Global Bodhi, empresa del grupo que expresamente se sometió mediante acuerdo al I Convenio colectivo del grupo Acciona. En un segundo lugar, la demandada se había anudado al inicial convenio, no estando comprendida dentro del ámbito funcional del nuevo convenio. Consecuentemente, entiende el Alto Tribunal que no podrá reconocerse el derecho a los incrementos salariales a quienes no se encuentren bajo el ámbito de vigencia del nuevo convenio.

## ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
  - 1.1. Una aproximación a los grupos de empresa y los convenios colectivos aplicables a aquello
  - 1.2. La tutela de los derechos laborales en la sucesión de empresa
2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN UNA SUCESIÓN DE EMPRESA DENTRO DE UN GRUPO DE EMPRESA Y FUERA DE ÉL
3. CONCLUSIONES

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

### 1.1. Una aproximación a los grupos de empresa y los convenios colectivos aplicables a aquellos

Los grupos de empresa, avalados constitucionalmente por el principio de libertad de empresa, constituyen hoy en día un nivel de negociación colectiva importante. No obstante, pese a su relevancia, el legislador no ha ofrecido una definición de “grupo de empresa”<sup>1</sup>. De hecho, en el Derecho del Trabajo español, el concepto tiene una construcción jurisprudencial, si bien con una cierta evolución.

En un primer momento, la jurisprudencia se interesó por este fenómeno empresarial al tratar de buscar un centro de imputación de responsabilidades laborales, para así proteger a los trabajadores y evitar el fraude y el abuso de derecho. De esta forma, nuestros tribunales abarcaron en un primer lugar la dimensión patológica de los grupos de empresa. En este sentido, se afirmó que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, sino que es necesario que se den elementos adicionales tales como: 1) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo

<sup>1</sup> Vid. Sanz Galdeano, B., «Tres cuestiones en torno a un despido por causa económica: el concepto de grupo de empresa, la grabación como medio de prueba y la acreditación de la causa económica. SJS nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de mayo de 2015», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016, pág. 2.

de las empresas del grupo; 2) prestación de trabajo común, simultáneo o sucesivas en favor de varias de las empresas del grupo; 3) creación de empresas aparentes sin sustento real; 4) confusión de plantillas, patrimonio, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección<sup>2</sup>.

No obstante, a posteriori se empezó a considerar al grupo de empresa también en su dimensión positiva o fisiológica, como consecuencia de ese principio constitucional de libertad de empresa, ofreciéndose una noción de “grupo de empresa”. Así, se afirmó que este fenómeno empresarial se configura como una pluralidad de empresas que gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia, pero sujetas a vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal de obtención de un fin empresarial común, sin olvidar la unidad económica a la que se subordinan todas las empresas componentes, que se refleja en la acción unitaria al exterior<sup>3</sup>.

Por tanto, podría considerarse que en la base del grupo de empresa se encuentra una empresa dominante que ejerce la unidad de dirección y otras en situación de dependencia respecto de la primera, pero matizándose este aspecto en tanto que debe diferenciarse entre grupos de empresas de estructura vertical y horizontal<sup>4</sup>. Por el contrario, no se considera que existe un grupo cuando un mismo empresario es titular de varias empresas independientes que actúan de forma separada en sus transacciones económicas<sup>5</sup>.

Por otro lado, en lo que respecta a nuestro legislador, pese a que no haya ofrecido ninguna definición, sí ha reconocido a los grupos de empresas en supuestos como la legitimación para negociar convenios regulado en el artículo 87 ET, consagrando la teoría de la legitimidad cruzada o mixta que previamente había mantenido la jurisprudencia.

Se establece en el artículo arriba mencionado que en representación de los trabajadores, están legitimados para negociar los mismos sujetos legitimados para negociar convenios sectoriales, siendo estos: a) los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos; b) los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a

<sup>2</sup> Vid. SSTS de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2103), 4 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1270), 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6094), 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8583), entre otras.

<sup>3</sup> Vid. STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939).

<sup>4</sup> En este sentido, vid. Monereo Pérez, J.L., «Aspectos laborales de los grupos de empresas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 21, 1985, págs. y ss.

<sup>5</sup> Atendiendo a la STS de 16 julio de 1986 (RJ 4159), la mera titularidad empresarial común no genera responsabilidad patrimonial recíproca y solidaria de todas aquellas empresas de las que es titular; y ello esencialmente porque los derechos que al trabajador corresponden no tienen como sujeto pasivo a la persona titular de la empresa, sea física o jurídica, sino a la entidad «empresa» como tal, a la cual se encuentra vinculado activa y pasivamente dicho titular.

nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos; c) los sindicatos que cuenten con un mínimo del diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio (art. 87.2 ET). Se excluye de la negociación, por tanto, a los sindicatos con menos del diez por ciento de audiencia electoral, al igual que también se excluye a las candidaturas independientes.

Por el lado opuesto, en el banco patronal, la legitimación se confiere a la representación de las empresas implicadas [art. 87.3.b) ET]. Una interpretación más literal parece señalar que deberá ser una representación que acoja a todas las empresas y no solo a la dominante, aunque habrá que estar asimismo a la estructura que prevalece en el grupo, vertical u horizontal, para concretar de forma clara cómo deberá ser esa representación empresarial<sup>6</sup>.

Las mismas reglas antes descritas se aplicarían para los convenios de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, concepto en el que encuentra cabida las redes de empresas y a quienes la ley distingue, y de buena manera, de los grupos de empresa en tanto que las empresas que forman parte del grupo poseen unos lazos económicos más fuertes que las empresas que forman una red, debido a que las participaciones sociales en los grupos resultan muy relevantes<sup>7</sup>.

Por su parte, el art. 83.1 ET recoge que las partes tienen libertad para determinar el nivel de la negociación colectiva, pero no ocurre lo mismo con los sujetos legitimados para negociar, pues se trata de un aspecto que escapa de la capacidad de disposición de las partes. De esta forma, constituir válidamente la comisión negociadora, así como la exigible para la adopción de acuerdos, está sujeta a reglas que son de derecho necesario, al margen de que puedan verse mejoradas por los convenios colectivo que, desde luego, no puede ir contra aquellos preceptos legales<sup>8</sup>. No hay que olvidar que el derecho a la negociación colectiva es un derecho de configuración legal, lo que comporta el que deba ejercerse conforme a las normas legalmente establecidas en la materia sobre el procedimiento a seguir, el objeto y la legitimación para negociar, normas sobre las que las partes no disponen<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Tomás Jiménez, N., «El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 356, 2012, pág. 188.

<sup>7</sup> Vid. Soler Arrebola, J.A., «Reflexiones sobre la negociación colectiva en redes empresariales horizontales y verticales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 238, 2021, págs. 67-112.

<sup>8</sup> STS núm. 631/2021 de 16 de junio (RJ 2021, 3790).

<sup>9</sup> STS de 21 de junio de 2017 (RJ 2017, 3189).

Es importante considerar la problemática de la concurrencia, con respecto a la cual se establece la prioridad aplicativa del convenio colectivo de grupo de empresa sobre el convenio colectivo sectorial en las materias recogidas en el art. 84.2 ET, entre las cuales se encuentra, por ejemplo, el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos, horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, etc. Por otro lado, en relación a los problemas de concurrencia que puede darse entre un convenio de grupos de empresas y los convenios de empresas que forman parte del grupo, viene indicando el Tribunal Supremo que es posible la negociación o entrada en vigor de un convenio colectivo de grupo mientras quede preservada la regulación mínima o peculiar establecida en el convenio anterior todavía vigente<sup>10</sup>. Por lo tanto, se contempla este supuesto como una excepción a la prohibición de concurrencia establecida en el art. 84 ET.

En cualquier caso, si bien se reconoce la posibilidad de convenios colectivos de eficacia general en el seno de los grupos de empresa, en igual medida se permite la proliferación de convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada, incluso cabe que se negocien convenios de grupos de empresas que no afecten a todo el grupo, sino solo a algunas de esas empresas. Para este último supuesto, señala la jurisprudencia que el hecho de que un convenio colectivo de grupo de empresas no se haya pactado con todas las empresas que lo componen sino con solo dos de ella *“no altera su configuración, aunque se puede decir que es un convenio de grupo parcial pues su ámbito no afecta a la totalidad. Esto se ampara en la libertad de fijación del ámbito del convenio que el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores confiere a las partes negociadoras, lo que es válido salvo que se produzca alguna exclusión discriminatoria”*<sup>11</sup>.

### 1.1. La tutela de los derechos laborales en la sucesión de empresa

La transmisión de empresa se configura como una de las materias laborales más enjuiciada, habiendo elaborado nuestros tribunales una amplia jurisprudencia entorno a ella. Se apunta a que esta conflictividad se deba, entre muchas otras cuestiones, a un marco normativo insuficiente, que no da una total respuesta al fenómeno subrogatorio<sup>12</sup>.

En cualquier caso, el Derecho del Trabajo español siempre ha reaccionado ante estos cambios de titularidad garantizando la continuidad de las relaciones laborales que se traspasan, preservando los derechos y obligaciones reconocidos

<sup>10</sup> SSTS de 29 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 7088), 28 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8510) y, asimismo, SAN de 27 de abril de 2001 (RJ 2001,1231).

<sup>11</sup> STS de 27 de abril de 1995 (RJ 1995, 3273).

<sup>12</sup> Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: «Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma», *Iuslabor*, núm. 1, 2017, pág. 6 y ss.



a las personas trabajadoras. Prueba de ello es que el art. 44.1 ET establece que *“el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*<sup>13</sup>.

A continuación, el propio Estatuto de los Trabajadores da una definición de lo que debemos entender por sucesión de empresas, estableciendo que *“se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”* (art. 44.2 ET). Se fijan así dos requisitos que deben concurrir de forma simultánea para que se produzca una sucesión de empresa: uno subjetivo, que consiste en la sustitución de un empresario por otro (cedente y cesionario); y, otro objetivo, consistente en que el cesionario, adquiera por cualquier título una empresa, esto es, un conjunto organizado de medios personales, materiales o inmateriales necesarios para llevar una actividad económica encaminada a colocar bienes y servicios en el mercado<sup>14</sup>.

Lo relevante en relación con este fenómeno son los efectos que produce y, concretamente, el regulado en el art. 44.4 ET, según el cual *“salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”*<sup>15</sup>.

A raíz de esta regulación, es destacable el carácter dispositivo de la normativa estatal sobre la pervivencia del convenio preexistente a la sucesión. En este sentido,

<sup>13</sup> Este artículo traspone la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. No obstante, ésta no es una institución nueva en nuestro ordenamiento, pues ya se contemplaba en la Ley del Contrato de Trabajo.

<sup>14</sup> STS núm. 73/2018 de 30 de enero (RJ 2018, 818).

<sup>15</sup> También se establecen otros efectos tales como la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechas y de las nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito; o la previsión acerca de que si la empresa, centro de trabajo o unidad productiva mantiene su autonomía tras la transmisión, se mantiene el mandato de los representantes

el percepto legal nada dice sobre el posible contenido a suscribir con el empresario cesionario, de manera que cualquier régimen jurídico sería perfectamente válido. No obstante, sí establece unas reglas en cuanto al momento en el que se puede alcanzar el pacto y en cuanto a los sujetos legitimados para negociarlo, sometiéndose este carácter dispositivo a la concurrencia simultánea de dos requisitos. Por un lado, se requiere que el acuerdo se alcance una vez producida la transmisión y, por otro lado, se establece que deberá ser acordado mediante el cesionario y los representantes de los trabajadores. Esto último puede ser limitante para los supuestos en los que la entidad transferida no cuente con representantes de los trabajadores o bien no mantenga su autonomía, pues impide que en estos casos se pueda suscribir un acuerdo aun existiendo voluntad de llegar a uno, pudiendo considerarse que este punto deja la autonomía de los trabajadores seriamente dañada.

En defecto de este pacto, establece el legislador que será de aplicación el convenio colectivo de la entidad transferida, que se mantendrá hasta que el mismo pierda su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida, estableciéndose de esta manera dos límites a la extensión de la vigencia del convenio colectivo de la entidad transferida que se aplican de manera indistinta y no cumulativa, de manera que cuando se dé cualquiera de las dos situaciones, dejará de aplicarse el convenio de origen.

En cualquier caso, esta institución, pese a su regulación en el art. 44 ET, ha generado multitud de dudas que han sido resueltas por la jurisprudencia.

En primer lugar, por si quedaban dudas del alcance del art. 44 ET, nuestro Alto Tribunal recuerda que este precepto tiene como finalidad favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicha figura puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenía reconocidos con el anterior. En este sentido, señala que la empresa entrante pasa a ocupar el lugar de la saliente pero respecto de los concretos trabajadores afectados por el cambio empresarial sin que ello se altere por el mero hecho de que dicha situación opere sobre una unidad productiva autónoma y sobre la mayoría o la totalidad de los que a ella estén adscritos<sup>16</sup>. Además, recuerda en relación con la sucesión empresarial que: “a) *solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras; b) la obligación de la subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de*

de las personas trabajadoras, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

<sup>16</sup> STS núm. 220/2023, de 22 de marzo (RJ 2023, 1888).

*las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad; c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores; d) la subrogación no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleado”<sup>17</sup>.*

En un segundo lugar, se ha establecido jurisprudencialmente que, para estos casos, el convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa<sup>18</sup>. Además, cuando la ley habla de “aplicación de otro convenio”, no se refiere al que ya estaba vigente antes de la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella, es decir, que sea suscrito y publicado con posterioridad a la fecha de efectos de la transmisión de empresa.

Adicionalmente, no exigen los tribunales que ese nuevo convenio colectivo haya de ser necesariamente de empresa, recordando para ello que la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio colectivo sectorial está establecida para el supuesto y para las materias contempladas en el artículo 84.2 ET, sin que pueda proyectarse sobre el artículo 44.4 ET que tiene una regulación propia, que se limita, como se acaba de decir, a referirse a “otro” convenio colectivo nuevo, sin especificar ni exigir que se trate de un convenio colectivo de empresa<sup>19</sup>. No obstante, el acuerdo extraestatutario alcanzado en el ámbito de la empresa no constituye un convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida a los fines de sustitución entre convenios por ser más frágiles que los estatutarios<sup>20</sup> y, sobre todo, dado que de considerarse lo contrario, prevalecería la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, con lo quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> STS de 12 de abril de 2011 (RJ 2011, 3828).

<sup>18</sup> STS de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015, 5503).

<sup>19</sup> STS núm. 348/2020, de 14 de mayo (RJ 2020, 2029).

<sup>20</sup> Vid. Roldán Maleno, C., «El acuerdo colectivo como instrumento de ampliación del poder empresarial: Sentencia del Tribunal Supremo 156/2021, de 3 de febrero (ECLI: ES:TS:2021:639)», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 157, 2021, págs. 267-281.

<sup>21</sup> STS de 12 de abril de 2010 (RJ 2010, 3606).

En cualquier caso, la jurisprudencia establece como límite a la aplicación del convenio colectivo “de origen” que no procede la extensión de los derechos que tengan los trabajadores afectados por la sucesión empresarial a los que sean de nueva contratación por la empresa entrante<sup>22</sup>. De esta forma, precisa el Tribunal Supremo que a los nuevos trabajadores nos les afecta cambio alguno de empleador cuando, además, las condiciones de los subrogados no perduran indefinidamente sino hasta que pueda alcanzarse una nueva regulación que resulte de aplicación a la entidad transmitida. Entiende que la eventual vulneración del principio de igualdad entre los trabajadores, una vez excluido el plano colectivo por obedecer la aplicación de soluciones distintas a situaciones no iguales, habría de plantearse, en su caso, en el plano individual para analizar comparativamente las desigualdades injustificadas que se dicen producidas<sup>23</sup>. Para mayor abundamiento, el Tribunal ha relacionado esta prohibición de extensión con la aplicación del principio de “igual salario por igual trabajo”, que impide introducir dobles escalas salariales con base a la fecha de ingreso en la empresa, concluyendo que en la medida en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad<sup>24</sup>.

## **2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN UNA SUCESIÓN DE EMPRESA DENTRO DE UN GRUPO DE EMPRESA Y FUERA DE ÉL**

Para resolver este asunto, nuestro Tribunal Supremo distingue dos subrogaciones: la primera, el 12 de abril de 2018, cuando los trabajadores de Termosolar Majadas, S.L. y Termosolar Palma Saetilla, S.L., ambas del grupo Acciona, pasaron a Global Bodhi, S.L., también perteneciente al grupo Acciona; y una segunda, ocurrida el 10 de mayo de 2018, en el que los mismos trabajadores pasaron a la empresa Contourglobal, perteneciente al grupo Countourglobal Mirror 2 SARL.

No obstante, en relación con ambas subrogaciones, son destacables una serie de hechos que el Alto Tribunal ha analizado para llegar al fallo, que hemos estructurado en orden cronológico:

- En primer lugar, el 1 de enero de 2012 entró en vigor el I Convenio colectivo del grupo Acciona, cuya vigencia se extendió hasta el 31 de diciembre de 2017, estableciéndose que una vez denunciado y vencido el mismo, sus cláusulas

<sup>22</sup> STS de 21 de enero de 2021 (RJ 2021, 157).

<sup>23</sup> SSTs de 3 de junio de 2002 (RJ 2002, 7572) y 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5737).

<sup>24</sup> STS de 27 de junio de 2011 (RJ 2011, 6090).

normativas, incluida la acción sindical, prorrogaban su vigencia durante un máximo de 36 meses desde la fecha de su vencimiento. Dentro de su ámbito de aplicación se incluyó a las dos empresas a las que pertenecen inicialmente los trabajadores antes de producirse la primera subrogación, esto es, Termosolar Majadas y Termosolar Palma Saetilla, pero no incluye a Global Bodhi. No obstante, el propio convenio prevé que al mismo se incorporará el resto de las empresas del grupo ya existentes que pudieran incluir trabajadores en su plantilla, así como aquellas que pudieran nacer por creación, segregación o fórmulas análogas y que tengan una actividad empresarial equivalente a las sociedades ya afectadas por el convenio.

- En un segundo lugar, con fecha de 21 de diciembre de 2017, es decir, también antes de la primera subrogación que se produce dentro del grupo Acciona y con vista a que Contourglobal está en proceso de presentar una oferta de adquisición de acciones de las sociedades que gestionan el negocio de energía termosolar, las direcciones de las empresas Acciona, S.A. y Acciona Energía, S.A, suscribieron con los sindicatos UGT y CCOO, representantes de los trabajadores, el denominado “Acuerdo de Garantías” en el que se acuerda que es voluntad de las partes pactar una serie de condiciones para los trabajadores afectados por la prevista transmisión. Concretamente, el acuerdo recoge que los trabajadores conservarán la integridad de sus derechos laborales, económicos y de Seguridad Social, sea cual fuere su fuente de atribución (legal, convencional o individual) y, en particular, los siguientes: el mantenimiento de los derechos y garantías reconocidos en el contrato de trabajo y/o pacto individual y el mantenimiento como garantía *ad personam* de las condiciones personales reconocidas por encima de las establecidas en el convenio colectivo, los acuerdos colectivos, el contrato de trabajo y/o los pactos individuales.
- El 20 de marzo de 2018, Acciona emite un comunicado a los sindicatos en los que les informa que se incorporará a Global Bodhi al ámbito del I Convenio colectivo, siendo esta empresa la encargada de la operación y mantenimiento de las centrales de tecnología termosolar. Unos días más tarde vuelve a emitir un comunicado en el que informa a los trabajadores de las energías termosolares que, con base en causas organizativas, se va a proceder al cambio de su actual empleador, con el objeto de ser incorporados de forma definitiva a la plantilla de trabajadores de la sociedad mercantil Global Bodhi S.L., integrante del grupo de empresas de Acciona Energía.
- El 12 de abril de 2018 se hace efectiva la subrogación de los trabajadores de las empresas termosolares a la empresa Global Bodhi.
- Posteriormente, el 10 de mayo de 2018 se procedió a la transmisión de las participaciones de la sociedad Global Bodhi a Contourglobal, lo cual produce efectos en el ámbito del trabajo en tanto que da lugar a la subrogación de los mismos trabajadores desde la empresa Global Bodhi a Contourglobal.

- Finalmente, el 16 de julio de 2019 se publica el II Convenio colectivo del grupo Acciona, cuyos efectos se retrotraen al 1 de enero de 2018, siendo relevantes en este punto, dos aspectos. En primer lugar, este nuevo convenio establece un aumento salarial del 2,5%. En un segundo lugar, no incluye dentro de su ámbito de aplicación ni a Termosolar Majadas ni a Termosolar Palma Saetilla ni a Global Bodhi. Pese a lo anterior, se dispone, al igual que en el I Convenio, que se incorporará al mismo el resto de las empresas del grupo ya existentes que pudieran incluir personal en su plantilla, así como aquellas que pudieran nacer por creación, segregación o fórmulas análogas y que tengan una actividad empresarial equivalente a las sociedades ya afectadas por el convenio.

Por lo tanto, el caso concreto que se analiza en esta sede gira alrededor de si los trabajadores afectados por la subrogación tienen derecho a percibir los incrementos salariales introducidos por el II Convenio colectivo del grupo Acciona en virtud del “Acuerdo de Garantías”.

En un primer momento, la representación de los trabajadores dirigió sus pretensiones tanto frente al grupo Acciona, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 al 1 de mayo de 2018, momento en el que los trabajadores pasaron a la empresa Contourglobal, así como contra ésta última por el periodo posterior al 10 de mayo de 2018. En la conciliación previa, si bien Acciona aceptó las pretensiones y procedió al pago de los incrementos salariales que en su momento no abonó, Contourglobal se negó, alegando que no es intención de la empresa consolidar las condiciones recogidas en el I Convenio colectivo ni aplicar el II Convenio colectivo negociado por Acciona ya que no se encuentra en el ámbito de aplicación del mismo. Además, indicó a los trabajadores que es intención de la compañía iniciar el proceso para la negociación de un convenio colectivo de empresa, manteniéndose durante un año las condiciones que tenían reconocidas hasta el momento, pasando posteriormente a aplicar el convenio colectivo sectorial que sea de aplicación, hasta la entrada en vigor del convenio colectivo propio.

Tras una desestimación de las pretensiones en sede de la Audiencia Nacional, la representación de los trabajadores presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el que solicita que se declare el derecho de los afectados a percibir los incrementos salariales derivados de la entrada en vigor del II Convenio colectivo con efectos del 1 de mayo de 2018, más el 10 por ciento de interés por mora y que se condene a la empresa demandada, esto es, a Contourglobal, al pago de dichas cantidades. Sustentan esta pretensión en que el no reconocimiento de este derecho supone infringir el art. 1.1 de la Directiva 2001/23, el art. 44 ET y, consecuentemente, el art. 37 CE. Entiende que de la interpretación literal del Acuerdo de Garantías se extrae de forma clara la voluntad de las partes de este aumento, en tanto que eran conocedores de que los derechos económicos que se negociarían en el II Convenio colectivo entrarían en vigor en enero de 2018, hecho que también se puso de manifiesto en el acta de conciliación previa al juicio. Por su

parte, la representación de Contourglobal entiende que no se ha vulnerado ninguno de los preceptos mencionados.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal entra a analizar tanto el contenido de los dos convenios del grupo como el “acuerdo de garantías” y, con respecto a la primera sucesión, entiende que las relaciones de trabajo tras la subrogación a la empresa Global Bodhi estaban reguladas por el I Convenio colectivo. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene en cuenta diversas cuestiones.

En primer lugar, se indica que el acuerdo no se había firmado con la intención de regular esta primera subrogación que ocurrió dentro del grupo Acciona, sino la segunda, puesto que el mismo acuerdo recogía que Contourglobal está en proceso de presentar una adquisición de acciones de las sociedades que gestionan el negocio de energía termosolar y que, en este sentido, es intención de Acciona Energía S.A. transmitir dichas acciones y *“es voluntad de las partes pactar una serie de condiciones para los trabajadores afectados por la prevista transmisión, que establezcan una garantía de mantenimiento de sus condiciones laborales, económicas y de Seguridad Social y un marco de estabilidad en el empleo, las cuales sólo entrarán en vigor en el supuesto de producirse efectivamente la transmisión”*. De lo anterior se desprende, y así entiende el Tribunal, que la intención de las partes al firmar este acuerdo era regular las relaciones de trabajo tras la compra de acciones de la empresa Acciona por parte de Contourglobal y la consiguiente subrogación.

En un segundo lugar, se tiene en cuenta que expresamente se había sometido a Global Bodhi, empresa a la que traspasan todos los trabajadores de las empresas termosolares, al I Convenio colectivo del grupo Acciona.

Este I Convenio colectivo se negoció en 2014 y si bien inicialmente no estuvo bajo su ámbito de aplicación la empresa Global Bodhi, posteriormente se sometió expresamente a la misma bajo el paraguas de este convenio el 20 de marzo de 2018. Dicho convenio fue negociado por la dirección designada a tal efecto por parte del grupo Acciona y por las secciones sindicales UGT, CC.OO y ELA, cumpliéndose de esta forma con lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores, en tanto que de un lado, la legitimación se confiere a la representación de las empresas implicadas [art. 87.3.b) ET] y, por otro lado, negocian sindicatos que tienen la consideración de más representativos a nivel estatal (art. 87.2 ET).

Concretamente, a través de este convenio, las partes pretenden establecer, según predica el preámbulo del propio convenio, un marco único de regulación de las condiciones y relaciones laborales de carácter general para todos los trabajadores de los centros de trabajo del Grupo de Empresas de Acciona Energía, buscando un equilibrio razonable entre las necesidades de gestión, operativas y de producción del Grupo y los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Seguidamente, se indica que, en este sentido, el I Convenio colectivo se negoció con la idea de englobar las diversas regulaciones normativo-laborales de carácter sectorial y/o empresarial en



un contexto simultáneo de dispersión geográfica de los distintos centros de trabajo de las empresas, con el fin de acometer un proceso de homogenización de las distintas condiciones de trabajo de las diferentes sociedades que se regían por una pluralidad de convenios de sector y/o provinciales u otras condiciones de carácter colectivo y que conducen a disponer de una regulación laboral común y de unos mecanismos de representación integrada de sus trabajadores y trabajadoras para el buen funcionamiento del grupo, tanto desde el ámbito empresarial como sindical.

De forma singular, se señala que las empresas incluidas en su ámbito funcional atienden a diversas áreas del sector industrial, de producción y comercialización de las energías renovables que tienen presencia en un total de 12 Comunidades Autónomas, entre las cuales se encontraban las dos empresas termosolares a las cuales pertenecían los trabajadores en un origen. Unos años más tarde y días antes de la primera subrogación se sometió también a Global Bodhi a este convenio.

Además, este acontecimiento, es decir, la sucesión, tuvo cabida expresa en el I Convenio colectivo en tanto que se trata de una circulación de personal dentro del grupo, supuesto previsto en el artículo 17 del referido convenio y, concretamente, se trató de una circulación producida por “razones técnicas, organizativas o de producción”<sup>25</sup>. Para estos casos, se previó que, existiendo necesidades organizativas, técnicas o productivas, los trabajadores incluidos en el ámbito personal del respectivo Convenio podrían ser asignados de manera temporal o definitiva a cualquiera de las empresas pertenecientes al Grupo de Empresas de Acciona Energía, habiendo informado previamente a la RLT y que, en el caso de que este hecho conlleve modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto en el art. 41 del ET. Consecuentemente, el personal perteneciente a cualquiera de las empresas de Grupo de Empresas de Acciona Energía podría prestar sus servicios indistintamente, por las causas indicadas, en los centros de trabajo del grupo, manteniendo su adscripción a la sociedad de origen o produciéndose cambio de empleador. Además, para estos casos, el trabajador se compromete y acepta prestar sus servicios en las condiciones de trabajo (calendario laboral y horario) que tenga establecidas la empresa de destino<sup>26</sup>. De esta forma, la primera subrogación tiene cabida en este precepto y, de forma específica, la dirección del grupo señaló que la misma supondría un cambio de empleador.

Con respecto al II Convenio colectivo, este también se negoció por una dirección del grupo de empresas, por un lado, y por las organizaciones sindicales UGT, CC.OO y ELA, de otro, cumpliéndose así, nuevamente, las previsiones del art. 87 ET, en los mismos términos que el I Convenio. Este nuevo convenio se elaboró atendiendo a que durante la vigencia del anterior convenio aplicable al

<sup>25</sup> También se previó un segundo supuesto de circulación del personal dentro del grupo: “por voluntad propia y con acuerdo de ambas empresas (de origen y de destino)”.

<sup>26</sup> La misma regulación contempla el art. 17 del II Convenio colectivo del grupo Acciona.



grupo y a raíz de la casuística que se ha ido produciendo como consecuencia de su aplicación, se han observado determinados aspectos que podían ser objeto de mejora.

Como novedad, y tercer motivo que tiene en cuenta el Tribunal para aclarar sobre la regulación de las relaciones laborales, este II Convenio no incluyó a todas las empresas del grupo y entre las excluidas estaban tanto las empresas termosolares, esto es, Termosolar Majadas y Termosolar Palma Saetilla, como la empresa Global Bodhi. Esta situación, en la que se negocian convenios de grupos de empresas que no afectan a todo el grupo, sino solo a algunas de esas empresas es totalmente válida según nuestra jurisprudencia. En este sentido, el hecho de que un convenio colectivo de grupo de empresas no se haya pactado con todas las empresas que lo componen sino solo con algunas, no altera su configuración y se puede decir que es un convenio de grupo parcial pues su ámbito no afecta a la totalidad, siendo esta situación amparada por la libertad de fijación del ámbito del convenio que el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores confiere a las partes negociadoras, lo que es válido salvo que se produzca alguna exclusión discriminatoria<sup>27</sup>.

Por estos tres motivos, es decir, que expresamente se había sujetado a Global Bodhi al I Convenio, que el II Convenio colectivo no previó en su ámbito de aplicación a la mencionada empresa y que el acuerdo de garantías no pretendía regular las relaciones en la primera subrogación, el día 12 de abril de 2018, momento en el que los trabajadores pasaron desde las empresas termosolares a Global Bodhi, las relaciones laborales estaban reguladas por el I Convenio colectivo.

En cuanto a la segunda subrogación, el Alto Tribunal vuelve a entrar a analizar ambos convenios y el acuerdo de garantías y con respecto a esta, la principal herramienta en la que se apoya los representantes de los trabajadores para reclamar las cantidades dejadas de percibir tras el aumento de salario en el II Convenio colectivo es el acuerdo de garantías.

Consecuentemente, los magistrados profundizan acerca de este acuerdo, poniendo de manifiesto que el mismo se suscribió por las empresas Acciona, S.A. y Acciona Energía, S.A. junto con los representantes de los trabajadores y que en ningún momento intervino en su negociación Contourglobal. Concretamente, indica el Tribunal que “en el actual supuesto el Acuerdo alegado se suscribió por las empresas Acciona, S.A., y Acciona Energía, S.A. y no por Contourglobal, pero sí contemplaba el proceso de subrogación en curso y las garantías con las que el pacto trataba de proteger a los trabajadores que finalmente pasaron a prestar servicios para esta última”. En el mismo sentido llega a pronunciarse también el Ministerio Fiscal señalando que no se puede sujetar a un tercero, como es Contourglobal, a someterse a un acuerdo que no negoció y además recalca que el propio acuerdo no

<sup>27</sup> Vid. STS de 27 de abril de 1995 (RJ 1995, 3273).

se refiere a ese posterior II Convenio colectivo de Acciona, sino que el mismo se remite al I Convenio colectivo.

En este sentido, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico, más concretamente el art. 44.4 ET, recoge un principio de dispositividad legal en relación con la regulación las relaciones laborales de los trabajadores afectados por una sucesión, el mismo no está exento de reglas, pues se establecen algunas pautas en cuanto al momento en el que se puede alcanzar el pacto y en cuanto a los sujetos legitimados para negociarlo, sometiéndose, de esta forma, el carácter dispositivo a la concurrencia simultánea de dos requisitos.

Por un lado, se requiere que el acuerdo se alcance una vez producida la transmisión y, por otro lado, se establece que deberá ser acordado mediante el cesionario y los representantes de los trabajadores. Hay que tener en cuenta que el precepto legal nada dice sobre el posible contenido a suscribir con el empresario cesionario, de manera que cualquier régimen jurídico sería perfectamente válido.

En el supuesto que estamos analizando se observa que no se cumple ninguno de los dos requisitos que establece la ley. En primer lugar, el acuerdo se suscribe el 27 de diciembre de 2017, muchos meses antes de la subrogación, que se produjo el día 10 de mayo de 2018. Por otro lado, tampoco se cumple con lo previsto en cuanto a los sujetos negociadores puesto que no interviene en el acuerdo el cesionario, que en este caso es Contourglobal, sino que el pacto se alcanza entre el cedente, esto es, el grupo Acciona, y los representantes de los trabajadores.

Por tanto, al no ser válido el acuerdo de garantías, habrá que estar a lo que se establezca por ley sobre el convenio colectivo aplicable tras una sucesión de empresa, que en este caso, recordemos que el art. 44.2 ET señala que “*salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida*”.

De esta forma, siguiendo lo que indica la fuente legal, resultaría aplicable tras la subrogación el I Convenio colectivo puesto que era éste el que regulaba las relaciones laborales en el momento de la transmisión, conclusión a la que llega también el Tribunal Supremo, pues recordemos que se había sujetado expresamente a Global Bodhi a este convenio, no incluyéndose al mismo en el convenio que se negoció a posteriori. Concretamente, afirma el Tribunal que resultaría aplicable el I Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía (publicado en el BOE núm. 255, de 21 de octubre de 2014), el protocolo de organización de los recursos humanos de operación termosolar de fecha 5 de febrero de 2015 y el acta

de acuerdo de actuación en el ámbito de mantenimiento de plantas termosolares de fecha 21 de febrero de 2017.

Consecuentemente, no procedería que se declare el derecho de los trabajadores a percibir los incrementos salariales derivados de la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo con efectos del 1 de mayo de 2018 más el 10 por ciento de interés por mora y, en el mismo sentido, no procedería que se condene a la empresa a abonar dichas cantidades.

Si bien en una conciliación previa, Acciona accedió a pagar ese incremento salarial desde el 1 de enero de 2018 hasta el 1 de mayo de 2018, Contourglobal no procedió en el mismo sentido, siendo esta decisión conforme a lo establecido por la ley en virtud de lo expuesto anteriormente y, como bien señala el Tribunal Supremo, el incremento salarial derivado de la aprobación del II Convenio colectivo no debe reconocerse a quienes no estén bajo su ámbito de vigencia.

Para terminar, y antes de pasar a exponer el fallo, el Tribunal incide en la respuesta otorgada por Contourglobal a los trabajadores afectados por la subrogación en la conciliación previa, que disponía lo siguiente: *“Contourglobal no tiene intención de consolidar las condiciones recogidas en el I Convenio colectivo de la empresa Acciona Energía S.A, ni de aplicar el nuevo Convenio colectivo negociado por Acciona ya que no está legitimado ni se encuentra en el ámbito de aplicación del mismo, por lo que la dirección de la compañía aprovecha la presente comunicación para informarles que se va a iniciar el proceso para la negociación de un convenio colectivo de empresa, manteniéndose durante un año las condiciones que tenían reconocidas hasta el momento, pasando posteriormente a aplicar el Convenio Colectivo sectorial que le sea de aplicación, hasta la entrada en vigor del Convenio Colectivo propio”*.

En relación con este punto, el Tribunal recuerda en un primer lugar, que se deberá aplicar el I Convenio colectivo incluso aunque esté en fase de ultraactividad, es decir, que a los trabajadores cuyos contratos han sido objeto de subrogación deben respetarse las condiciones anteriores al traspaso y, por ello, debe mantenerse la aplicación del mismo convenio aún en fase de ultraactividad, lo que se impone sólo hasta que resultara aplicable un convenio distinto<sup>28</sup>.

De esta forma, se ha establecido jurisprudencialmente que, para estos casos, el convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa. Además, cuando la ley habla de “aplicación de otro convenio”, no se refiere al que ya estaba vigente antes de la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con

<sup>28</sup> SSTS núm. 348/2020, de 14 de mayo (RJ 2020, 2029) y núm. 855/2018, de 24 de septiembre (RJ 2018, 5056).

posterioridad a aquella, es decir, que sea suscrito y publicado con posterioridad a la fecha de efectos de la transmisión de empresa<sup>29</sup>.

A lo anterior habría que añadirle que no exige la jurisprudencia que ese nuevo convenio colectivo haya de ser necesariamente de empresa. El artículo 44.4 ET se limita a referirse a “otro” convenio colectivo nuevo, sin especificar ni exigir que se trate de un convenio colectivo de empresa<sup>30</sup>. No obstante, el acuerdo extraestatutario alcanzado en el ámbito de la empresa no constituye un convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida a los fines de sustitución entre convenios<sup>31</sup>, dado que de considerarse lo contrario, prevalecería la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, con lo que quebraría el sistema negociación colectiva configurado por el legislador.

Como otro límite, nuestros tribunales vienen estableciendo que no procede la extensión de los derechos que tengan los trabajadores afectados por la sucesión empresarial a los que sean de nueva contratación por la empresa entrante, es decir, que solo procederá la extensión de estos derechos a los trabajadores afectados por la subrogación<sup>32</sup>. Aclaran que la eventual vulneración del principio de igualdad entre los trabajadores, una vez excluido el plano colectivo por obedecer la aplicación de soluciones distintas a situaciones no iguales, habría de plantearse, en su caso, en el plano individual para analizar comparativamente las desigualdades injustificadas que se dicen producidas<sup>33</sup>.

Por todo lo expuesto, nuestro Tribunal Supremo falla en el sentido de no declarar el derecho de los trabajadores a percibir los incrementos salariales derivados de la entrada en vigor del II Convenio colectivo con efectos del 1 de mayo de 2018 más el 10 por ciento de interés por mora y, por consiguiente, no condena a la empresa a abonar dichas cantidades, desestimando de esta forma el recurso interpuesto por la representación legal de los trabajadores y confirmando la sentencia dictada en sede de la Audiencia Nacional.

<sup>29</sup> STS de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015, 5503). Esta sentencia recalca que la palabra extinción significa, en su acepción literal, la acción o efecto de extinguir o extinguirse; y extinguir es “hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas que desaparecen gradualmente”. Por su parte, expiración significa acción y efecto de expirar; y expirar es “acabar la vida”, siendo evidente que, mientras se mantiene la vigencia de las cláusulas normativas de un convenio colectivo, este estará, en todo caso, en trance de desaparición paulatina, pero no podrá decirse de él, que ha cesado en todos sus efectos o que ha acabado su vida.

<sup>30</sup> STS núm. 348/2020, de 14 de mayo (RJ 2020, 2029).

<sup>31</sup> STS de 12 de abril de 2010 (RJ 2010, 3606).

<sup>32</sup> STS de 21 de enero de 2021 (RJ 2021, 157).

<sup>33</sup> SSTs de 3 de junio de 2002 (RJ 2002, 7572) y 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5737).

### 3. CONCLUSIONES

El caso expuesto es un ejemplo de cómo las empresas adoptan estructuras empresariales cada vez más complejas, animadas, en muchas de las ocasiones, por la obtención de un mayor beneficio, por la diversificación de riesgos o una mejora del servicio o del producto final. Los grupos de empresa son el reflejo de esta realidad y si bien a primera vista parece ser una estrategia empresarial ventajosa, en el plano laboral esta complejidad presenta desafíos significativos, es decir, los grupos de empresas, aunque beneficiosos desde un punto de vista económico, pueden generar problemas en términos de protección laboral. La estructura descentralizada y la autonomía operativa de las filiales pueden dificultar la supervisión y control de las condiciones laborales, lo que a su vez puede llevar a situaciones de precarización del empleo. No obstante, el legislador ya se hizo eco de esta situación y dio cabida a la negociación colectiva en el seno de estas estructuras empresariales, en un intento de mediar entre ambos intereses, el económico del empresario y el de protección de los derechos laborales del trabajador.

Este peligro de precarización del empleo aumenta en el seno de las sucesiones de empresas, especialmente en lo que respecta a la conservación de los empleos y las condiciones laborales preexistentes, siendo consciente de ello la Unión Europea en su Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, que ha tenido respuesta en nuestro ordenamiento a través del art. 44 ET. No obstante, si bien es cierto que para la determinación del convenio colectivo aplicable tras una sucesión se establece el carácter dispositivo de la norma legal, es decir, se permite a las partes llegar a un acuerdo para dilucidar acerca del convenio aplicable, el legislador estableció ciertos requisitos que deben concurrir en ese acuerdo para que éste sea válido, en aras de dar cierta protección a los trabajadores afectados. De esta forma, no se permite que el acuerdo sea entre los representantes de los trabajadores y la cedente, sino entre los representantes y el cesionario, pues es con este último con quien se va a llevar a cabo la prestación de servicios por parte de los trabajadores. Al mismo tiempo, tampoco permite la ley que se lleve a cabo este acuerdo antes de la sucesión, lo que desde un punto de vista permite que no existan presiones mayores y desproporcionadas por parte de alguna de las partes, sobre todo por parte de los empresarios, y que tampoco exista ninguna amenaza consistente en que no se producirá la fusión, adquisición o cualquier otro tipo de transacción en caso de no llegarse a un determinado acuerdo, lo que daría lugar a la pérdida del empleo. Es decir, se busca que no se den presiones que afecten a la capacidad de negociación de los empleados.

Para cuando no exista ese pacto o el mismo no sea válido, que fue lo que ocurrió en el caso expuesto, se pretende proteger al trabajador disponiendo que las relaciones laborales se regirán por el convenio colectivo que fuere de aplicación en el momento de la transmisión, el cual se mantendrá hasta la fecha de expiración o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resultare aplicable, lo cual

implica, en un primer lugar, que puede ser aplicable incluso un convenio en fase de ultraactividad y, en un segundo lugar, que el nuevo convenio que lo vaya a sustituir debe ser suscrito y publicado con posterioridad a la fecha de transmisión de la empresa. Para más flexibilidad, no se exige que ese nuevo convenio colectivo haya de ser necesariamente de empresa, siendo válidos el sectorial o estatal, pero no ocurre lo mismo con el convenio extraestatutario, cuya eficacia es limitada.

En resumen, las estructuras empresariales complejas y los fenómenos que suceden dentro y alrededor de ellas, como pueden ser las sucesiones de empresa, pueden ser utilizadas como tácticas para eludir el cumplimiento de normas laborales, pero nuestro ordenamiento y nuestros tribunales son conocedores de ello y por ello se ha ido articulando tanto normativamente como jurisprudencialmente mecanismos para evitar estos peligros, ponderando los dos intereses que hay en cualquier relación laboral.



## LA DOBLE VERTIENTE FUNDAMENTAL DEL DERECHO A VACACIONES Y SU PREVALENCIA FRENTE A RAZONES DE GASTO PÚBLICO CONFORME A LA NORMATIVA EUROPEA\*

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero 2024  
Asunto C-218/22. ECLI:EU:C:2024:51*

JUAN PEDROSA GONZÁLEZ\*\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El empleado público origen de las actuaciones (BU) estuvo empleado desde el 1 de febrero de 1992 hasta el 1 de octubre de 2016 en el Ayuntamiento de Copertino (Italia), donde ocupó el cargo de *Istruttore direttivo* (director gerente). A partir del 1 de octubre de 2016, tras una renuncia voluntaria, BU cesó en sus funciones para acogerse a la jubilación anticipada. Al considerar que tenía derecho a una compensación económica por los setenta y nueve días de vacaciones anuales retribuidas devengados durante el período comprendido entre 2013 y 2016, que no había disfrutado, BU solicitó al Tribunal de Lecce (Italia), una compensación económica por los días de vacaciones no disfrutados. El ente público demandado se opuso a esta pretensión alegando que, conforme a la normativa aplicable (Decreto-ley nº 95/2012), de reducción del gasto público en la administración pública, no se tiene derecho a la compensación por días de vacaciones no disfrutadas cuando la relación laboral termina por renuncia del trabajador, sin que el empleado haya probado que su no disfrute de vacaciones se debió a una causa ajena a su voluntad. Todo ello en base a razones de control del gasto público y razones organizativas del empleador público. La norma en cuestión había sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional italiano, por entender la Corte que el objetivo de esta disposición es poner fin a la utilización incontrolada de la «compensación económica» de las vacaciones no disfrutadas.

**RESUMEN:** Planteada la reclamación por el empleado público ante el Tribunal de Lecce (Italia), el órgano judicial tiene dudas respecto de si la norma en cuestión puede ser contraria a la Directiva 2003/88 (art. 7) y a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 31), en particular si por necesidades de control del gasto público y necesidades organizativas del empleador público, prohíbe sustituir mediante una compensación económica las vacaciones en caso de renuncia

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La huida del mercado laboral y la legislación social en España”, ref. Referencia: PID2022-141201OB-I00, Plan Estatal 2021-2023, Ministerio de Ciencia e Innovación.

\*\* Profesor Asociado Doctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Abogado.



voluntaria del funcionario. Y, en caso afirmativo, si es conforme a las normas europeas citadas que el empleado demuestre que le ha sido imposible disfrutar de las vacaciones durante la relación de servicio. Planteadas ambas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, éste se pronuncia mediante la sentencia<sup>1</sup> objeto del presente comentario, en el sentido de que en ambos casos la norma nacional se opone a la Directiva 2003/88 y a la Carta, por prevalecer el derecho a la protección eficaz de la salud y seguridad de las personas trabajadoras mediante el descanso.

## INDICE:

1. LAS VACACIONES COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA
2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A VACACIONES
3. EL DERECHO A VACACIONES PREVALECE FRENTE A RAZONES DE GASTO PÚBLICO Y RAZONES ORGANIZATIVAS DEL EMPLEADOR PÚBLICO
4. EL *ONUS PROBANDI* DEL NO DISFRUTE DE LAS VACACIONES POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.
5. CONCLUSIONES

## 1. LAS VACACIONES COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA

La sentencia que ahora comentamos es significativa porque consolida y amplía la doctrina del TJUE en torno al derecho a vacaciones y, en particular, el derecho a la compensación económica por no disfrute de vacaciones cuando se extingue la relación laboral. En dicha resolución judicial europea, el Tribunal analiza no sólo un aspecto hoy ya resuelto, como es el de la compensación económica por no disfrute de las vacaciones en caso de extinción de la relación de trabajo, sino otros tales como hasta qué punto puede suponer una vulneración de ese derecho la regulación nacional sobre su ejercicio, como es el caso de las normas sobre gasto público. O hasta dónde alcanza el deber empresarial de garantizar la eficacia de este derecho. O si corresponde a la parte trabajadora probar que el no disfrute fue debido a una causa ajena a su voluntad, dado que en el caso concreto las vacaciones no disfrutadas abarcan varios periodos anuales anteriores a su jubilación anticipada, concretamente de 2023 a 2016.

Son cuestiones que las normas que han proclamado este tradicional derecho a vacaciones no podían prever, ni es propio de normas internacionales o supranacionales ese grado de detalle. Es el caso de la Carta Social Europea (art. 2.3), que recoge el compromiso de los Gobiernos signatarios a conceder vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo<sup>2</sup>. También el Convenio 132 OIT,

<sup>1</sup> <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2024:51>.

<sup>2</sup> Consejo de Europa, 18 de octubre de 1961. Las partes contratantes se comprometen a conceder vacaciones anuales pagadas de dos semanas como mínimo. La versión revisada de la

sobre las vacaciones pagadas (1970) reconoce el derecho de toda persona empleada a vacaciones pagadas proporcionales a la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones, a una indemnización compensatoria o a un crédito de vacaciones equivalente art. 11).

A nivel europeo, el derecho a vacaciones anuales retribuidas se configura como un derecho fundamental en la Unión Europea (UE), en su Carta de Derechos Fundamentales UE (art. 31.2), que reconoce el derecho de toda persona trabajadora a un período de vacaciones anuales retribuidas<sup>3</sup>. Por su parte, la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, por la que se regulan determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. Además, esta norma no permite que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas pueda ser sustituido por una compensación económica, excepto en caso de conclusión de la relación laboral (art. 7).

De otro lado, el TJUE cuenta a día de hoy con una consolidada doctrina en torno a la interpretación de este derecho, al que califica como un principio del Derecho social de la Unión Europea de especial importancia, que no admite excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 2003/88<sup>4</sup>. Es decir, que si bien el Tribunal europeo ha afirmado que las normas nacionales pueden establecer las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del citado derecho<sup>5</sup>, sin embargo, no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la citada Directiva<sup>6</sup>.

Según su doctrina, para el TJUE el derecho a vacaciones anuales constituye solamente una de las dos vertientes de un principio fundamental del Derecho social de la Unión, a saber, el derecho a vacaciones anuales retribuidas. Pero ese derecho fundamental comprende, además, como consustancial al mismo, el derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales no disfrutadas al finalizar

Carta Social Europea (Estrasburgo, 3 de mayo 1996), ratificada por España el 11 de junio de 2021, lo eleva a cuatro semanas como mínimo.

<sup>3</sup> DOUE 30 marzo 2010 (C-83/389).

<sup>4</sup> STJUE de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874.

<sup>5</sup> STJUE de 22 de septiembre de 2022, asunto LB, C-120/21, EU:C:2022:718.

<sup>6</sup> STJUE de 25 de noviembre de 2021, Job-Medium, C-233/20, EU:C:2021:960.

la relación laboral. Por tanto, la compensación económica por vacaciones no disfrutadas en caso de extinción de la relación laboral, tiene la misma razón de existir que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas y, por tanto, entendemos que tienen las mismas garantías, incluidas las relativas a su interpretación, que no puede ser restrictiva<sup>7</sup>. Para el TJUE, ese derecho en su doble vertiente, tiene por objeto garantizar que el trabajador pueda disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su salud y seguridad.

## 2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A VACACIONES

En la sentencia que comentamos se analiza precisamente si son conforme al Derecho europeo las limitaciones que una norma nacional impone a los empleados públicos al derecho a la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas por extinción de la relación laboral.

A estos efectos, la propia sentencia recuerda que los Estados pueden configurar este derecho a través de una regulación de las condiciones de ejercicio a nivel interno, conforme con el Derecho europeo, que puede llegar a la privación del disfrute de las vacaciones, en determinadas circunstancias, siempre y cuando el trabajador que pierde el derecho a vacaciones anuales retribuidas haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva, y siempre que no se impongan más condicionantes para el disfrute del derecho que los que aparecen en la norma europea<sup>8</sup>.

La norma nacional en cuestión, Decreto-ley nº 95, por el que se adoptan medidas urgentes para el control del gasto público sin modificación de los servicios prestados a los ciudadanos, de 6 de julio de 2012<sup>9</sup>, contiene una regulación dedicada a la “reducción del gasto público en las administraciones públicas (art. 5), estableciendo en su apartado 8 que “Los períodos de vacaciones, descanso y otros permisos del personal, incluidos los directivos, los empleados de las administraciones públicas incluidos en la cuenta económica consolidada de la Administración Pública (...) en ningún caso podrán dar lugar al pago de compensaciones indemnizatorias. Esta disposición también se aplica en caso de extinción de la relación de servicio por movilidad, renuncia, despido, jubilación o cumplimiento del límite de edad (...)”.

Se trata de una norma que fue declarada constitucional por la Corte Costituzionale italiana (Tribunal Constitucional), mediante su sentencia 95/2016,

<sup>7</sup> STJUE de 25 de noviembre de 2021, Job-Medium, C-233/20, EU:C:2021:960.

<sup>8</sup> STJUE de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874.

<sup>9</sup> Suplemento ordinario a la GURI nº 156, de 6 de julio de 2012), convalidado, con modificaciones, por el artículo 1, apartado 1, de la Ley nº 135 de 7 de agosto de 2012, en su versión aplicable al litigio principal, según consta en la propia sentencia comentada.

y que fue alegada por la parte demandada, el Ayuntamiento de Copertino (Italia). En concreto, el Alto Tribunal declaró que el artículo 5, apartado 8, del Decreto-ley nº 95, aplicable a los empleados públicos y que establece, salvo determinadas excepciones, que no puede abonarse compensación económica alguna por las vacaciones retribuidas no disfrutadas, era conforme con los principios consagrados en la Constitución italiana, sin vulnerar los del Derecho de la Unión ni las normas de Derecho internacional.

Según se expresa en la sentencia comentada, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, la Corte Costituzionale tuvo en cuenta tanto la necesidad de controlar el gasto público como las limitaciones organizativas del empleador público, señalando que esta normativa pretendía poner fin al recurso incontrolado a la compensación económica por vacaciones no disfrutadas, y reafirmar la preeminencia del disfrute efectivo de las vacaciones. Según este último órgano jurisdiccional, la prohibición de pagar compensaciones económicas queda anulada cuando las vacaciones no se hayan disfrutado por motivos ajenos a la voluntad del trabajador, como una enfermedad, pero no en caso de renuncia voluntaria.

A la vista del supuesto, la sentencia comentada analiza el contenido esencial del derecho a vacaciones, en su doble vertiente, esto es, tanto el derecho a su disfrute retribuido, como el derecho a la compensación económica en caso de no disfrute por extinción de la relación laboral, afirmando el TJUE que ambas vertientes se consideran parte del mismo derecho fundamental. Teniendo en cuenta esto, y dado que la cuestión discutida en el litigio afecta a la vertiente del derecho a vacaciones consistente en la compensación económica, aplica en su análisis si se ha respetado el contenido esencial de este derecho. Para ello se parte del objetivo que persigue la Directiva 2003/88, que es garantizar que el trabajador pueda disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su salud y seguridad (art. 7.2). Pero también tiene en cuenta el Tribunal que la citada norma europea establece que el ejercicio de ese derecho sea de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. De manera que, en principio, considera que los Estados, al trasponer la Directiva, pueden introducir limitaciones al ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas, según la sentencia que se comenta, pero respetando en todo caso el contenido esencial del derecho a vacaciones retribuidas, conforme a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 52.1). Es decir, la norma nacional -con rango legal-, podrá introducir limitaciones, pero respetando no sólo el contenido esencial del derecho, sino también el principio de proporcionalidad, y el principio de necesidad, esto es, cuando esas limitaciones sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión, o respondan a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> En este mismo sentido STJUE de 22 de septiembre de 2022, asunto LB, C120/21, EU: C: 2022: 718, relativa a la prescripción del derecho a vacaciones anuales retribuidas.

Por tanto, el ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas, y su compensación económica si la relación laboral se ha extinguido, pueden ser limitados en determinadas circunstancias por la normativa nacional, y tal anulación puede ser acorde con el Derecho europeo. Ahora bien, lo que no cabe es el establecimiento de nuevos requisitos para que el derecho nazca, ya que sería algo contrario al contenido esencial del propio derecho<sup>11</sup>, afirmando el Tribunal europeo que para el derecho a la compensación económica establecido en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88, es irrelevante la causa de la extinción de la relación laboral. De manera que, dado que la norma nacional prohíbe abonar al trabajador una compensación económica por los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en la fecha de extinción de la relación de servicio por haber puesto fin el trabajador voluntariamente a la relación de servicio con su empleador, está introduciendo un requisito que va más allá de los expresamente previstos en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88.

Los únicos requisitos que establece la Directiva para que nazca el derecho a la compensación económica son, por un lado, que la relación laboral se haya extinguido y que, por otro lado, la persona trabajadora no haya disfrutado todas las vacaciones anuales a las que tenía derecho en la fecha en que se extinguió dicha relación, siendo irrelevante la causa de la extinción de la relación laboral, ya sea por causa voluntaria, como es el caso comentado, ya sea por otra causa, como puede ser el fallecimiento de la persona trabajadora<sup>12</sup>, sin que se pueda supeditar este derecho a una solicitud previa del interesado<sup>13</sup>.

En el caso comentado, se trata pues de una limitación del contenido esencial del derecho a vacaciones, que no está prevista en la Directiva 2003/88 y que, por tanto, necesita respetar el principio de proporcionalidad y el principio de necesidad, conforme al art. 52.1 de la Carta. Por ello, la sentencia que comentamos analiza si las razones de gasto público, y organizativas, del empleador público respetan estos principios, o dicho de otro modo, si estas razones justifican la limitación del derecho, lo que abordamos seguidamente.

<sup>11</sup> En este sentido la STJUE de 25 de junio de 2020, asunto QH, C-762/18 y C-37/19, ECLI:EU:C:2020:504.

<sup>12</sup> En este sentido, reconociendo el derecho de los causahabientes del trabajador fallecido a recibir la compensación económica por vacaciones no disfrutadas por extinción del contrato por fallecimiento, la STJUE de 12 de junio 2014, asunto Gülay Bollacke, C-118/13, ECLI:EU:C:2014:1755; y la STJUE de 6 de noviembre 2018, asuntos acumulados Bauer/ Broßonn, C-569/16 y C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871.

<sup>13</sup> En este sentido la STJUE de 6 de noviembre de 2018, asunto Kreuziger, C-619/16, ECLI:EU:C:2018:872. Y STJUE de 6 de noviembre de 2018, asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, ECLI:EU:C:2018:874.

### 3. EL DERECHO A VACACIONES PREVALECE FRENTE A RAZONES DE GASTO PÚBLICO Y RAZONES ORGANIZATIVAS DEL EMPLEADOR PÚBLICO

Los objetivos que persigue la norma nacional al limitar el derecho a la compensación económica por vacaciones no disfrutadas en caso de extinción voluntaria de la relación laboral, y que son objeto de las dudas del órgano judicial remitente, son el control del gasto público, y atender las necesidades organizativas del empleador público, incluida la planificación racional del período de vacaciones y la incentivación de un comportamiento ejemplar de las partes de la relación de servicio.

Esto plantea al órgano remitente, Tribunal de Lecce, dudas, y por ello plantea la primera cuestión prejudicial: ¿Deben interpretarse el artículo 7 de la Directiva [2003/88] y el artículo 31, apartado 2, de la [Carta] en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal (a saber, el artículo 5, apartado 8, del Decreto-ley nº 95 [...]), que, por necesidades de control del gasto público y necesidades organizativas del empleador público, prohíbe sustituir mediante una compensación económica las vacaciones en caso de renuncia voluntaria del funcionario?

Al respecto, y en cuanto a la finalidad de la norma nacional de control del gasto público, el TJUE se muestra contundente en su respuesta, bastándole afirmar que la protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico, con base en la Directiva 2003/88 (considerando 4)<sup>14</sup>. Se trata de un argumento que ya ha sostenido anteriormente en otros supuestos en los que también se alegaba de contrario el coste de la medida o del derecho en cuestión. Este argumento se ha aplicado por el TJUE en el ámbito privado, como es el caso de la reclamación de un deber empresarial de llevar a cabo el registro de la jornada diaria de la plantilla<sup>15</sup>; también en materia de exigencia de un período mínimo de empleo ininterrumpido con el mismo empresario para devengar el derecho a vacaciones<sup>16</sup>; o en materia de

<sup>14</sup> El considerando 4 de la Directiva 2003/88 afirma que “La mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico”.

<sup>15</sup> STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, donde afirma el Tribunal que “por lo que respecta al coste, resaltado por los Gobiernos de España y del Reino Unido, que supondría para los empresarios implantar tal sistema, debe recordarse que, como resulta del considerando 4 de la Directiva 2003/88, la protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico”.

<sup>16</sup> STJUE de 26 junio de 2001, BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, en la que se analiza la reclamación del sindicato BECTU frente a la norma nacional que priva a los interesados de todo derecho a vacaciones, así como del derecho a percibir en su lugar una compensación económica, por el mero hecho de que, efectivamente, han trabajado de manera regular, pero para diferentes empresarios sucesivamente.

calificación como tiempo de descanso los períodos de inactividad del trabajador en el marco de un servicio de atención continuada<sup>17</sup>.

Lo significativo del caso comentado es que el objetivo de protección de la salud de las personas trabajadoras, conforme a la Directiva 2003/88, que no se puede limitar por razones puramente económicas, en este caso se aplica a una norma nacional de control de gasto en el sector público (D-ley nº 95) que se promulga en 2012, época álgida de la crisis económica mundial iniciada en 2008, y que recorta derechos a los empleados públicos, como ha ocurrido en otros países europeos, habiendo sido declarada constitucional por la Corte Costituzionale italiana, para quien la prohibición de pagar compensaciones económicas queda anulada cuando las vacaciones no se hayan disfrutado por motivos ajenos a la voluntad del trabajador, como una enfermedad, pero no en caso de renuncia voluntaria.

Concretamente, la citada norma prevé la reducción del gasto de las administraciones públicas (art. 5), y afecta a derechos como los períodos de vacaciones, descansos y otros permisos del personal, incluidos los directivos, los empleados de las administraciones públicas, estableciendo que en ningún caso podrán dar lugar al pago de compensaciones indemnizatorias. Esta disposición también se aplica en caso de extinción de la relación de servicio por movilidad, renuncia, despido, jubilación o cumplimiento del límite de edad. Como sanción a su incumplimiento se contempla no sólo a la recuperación de las sumas indebidamente pagadas, sino también la responsabilidad disciplinaria y administrativa del gerente responsable (apdo 8, art. 5).

Ahora, el TJUE viene a reforzar el derecho a la seguridad y la salud frente a políticas de gasto público que puedan directa o indirectamente mermar el disfrute del derecho a vacaciones o especialmente su vertiente económica, compensatoria en los casos en los que se haya podido disfrutar por extinción del contrato, con independencia de cuál sea el motivo de la extinción del contrato. Esta vertiente del derecho a vacaciones forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental.

De otro lado, respecto del segundo objetivo que persigue la norma nacional analizada, concretado en las necesidades organizativas del empleador público, según la sentencia que comentamos, se dirige en particular a la planificación racional del período de vacaciones, y a la incentivación de un comportamiento ejemplar de las partes de la relación de servicio, de modo que puede entenderse que pretende incentivar a los trabajadores a disfrutar de sus vacaciones y que responde a la finalidad de la Directiva 2003/88, de garantizar que el trabajador pueda disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su salud y seguridad.

<sup>17</sup> STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, EU:C:2003:437.



Ahora bien, para el Tribunal un derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido no puede extinguirse a la conclusión del período de devengo, o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional, cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones, conforme al art. 31.2 de la Carta.

Esto plantea la cuestión de si el reconocimiento del derecho se condiciona por la causa por la que no se disfrutaron las vacaciones en el periodo de devengo correspondiente. Dicho de otra manera, si es la parte trabajadora a la que le corresponde probar que no pudo disfrutar de las vacaciones antes de la extinción de su contrato por un motivo ajeno a su voluntad, y si esta exigencia es una limitación contraria a la Directiva 2003/88, y contraria a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Lo tratamos a continuación.

#### **4. EL ONUS PROBANDI DEL NO DISFRUTE DE LAS VACACIONES POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR**

Esta cuestión está relacionada con la segunda cuestión prejudicial que el Tribunal de Lecce plantea al Tribunal de Justicia, una vez respondida la anterior cuestión de forma afirmativa: ¿deben interpretarse el artículo 7 de la Directiva [2003/88] y el artículo 31, apartado 2, de la [Carta] en el sentido de que exigen que el funcionario demuestre que le ha sido imposible disfrutar de las vacaciones durante la relación de servicio?

Hay que recordar que el empleado (BU) cesó en sus funciones para acogerse a la jubilación anticipada, a partir del 1 de octubre de 2016, tras una renuncia voluntaria. Y que consideró que tenía derecho a una compensación económica por los setenta y nueve días de vacaciones anuales retribuidas devengados durante el período comprendido entre 2013 y 2016, por lo que solicitó una compensación económica por esos días de vacaciones no disfrutados. De los setenta y nueve días de vacaciones, cincuenta y cinco correspondían a años anteriores a 2016, y el resto a ese último año de empleo. El empleado disfrutó en 2016 vacaciones correspondientes a días devengados en años anteriores, que se trasladaron a 2013 y años posteriores, lo que para el órgano remitente no implica, sin embargo, un comportamiento abusivo por parte del empleado. Es también un hecho que el empleado no ha demostrado que no disfrutó de sus vacaciones durante dicha relación de servicio por motivos ajenos a su voluntad.

El TJUE parte de la base de que el derecho a vacaciones no puede extinguirse en los casos en los que el trabajador no ha podido disfrutar sus vacaciones, algo que ya había afirmado en sentencias anteriores<sup>18</sup>. Y que para garantizar el efecto útil

<sup>18</sup> STJUE de 6 de noviembre de 2018, asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, ECLI:EU:C:2018:874.



del artículo 7 de la Directiva 2003/88, y dado el carácter imperativo del derecho a vacaciones anuales retribuidas, “el empleador debe, en particular, velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas, incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga autorizado, o ya no podrán sustituirse por una compensación económica. La carga de la prueba a este respecto incumbe al empleador”.

A mayor abundamiento, el Tribunal europeo ha fundamentado este deber empresarial en el hecho de que debe considerarse que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos. Habida cuenta de esta posición de debilidad, podría disuadirse al trabajador de hacer valer expresamente sus derechos frente al empresario cuando la reivindicación de estos pudiera provocar que quede expuesto a medidas adoptadas por el empleador que redunden en perjuicio de las condiciones de trabajo de este trabajador<sup>19</sup>.

De manera que corresponde al empleador demostrar que ha actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pueda efectivamente disfrutar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho. Y, por tanto, sólo en este caso, es decir, sólo en el caso de que el empleado “haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva”, y pese a ello se abstiene deliberadamente y con pleno conocimiento de causa en cuanto a las consecuencias que podían derivarse de su abstención de tomar sus vacaciones anuales retribuidas, tras haber podido ejercer efectivamente su derecho a éstas, la pérdida del derecho no se opone a la normativa europea, sin que el empleador esté obligado a imponer al trabajador que ejerza efectivamente el citado derecho.

Por tanto, concluye el Tribunal europeo que se opone a la normativa europea de referencia, una norma nacional que prohíba el derecho a compensación económica por no disfrute de las vacaciones en aquellos casos en los que la persona trabajadora pone fin voluntariamente a esa relación de servicio, y no ha demostrado que no disfrutó de sus vacaciones durante dicha relación por motivos ajenos a su voluntad.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

## 5. CONCLUSIONES

De lo expuesto podemos concluir que la sentencia comentada, por un lado, viene a consolidar su doctrina sobre el derecho a disfrutar vacaciones retribuidas y el derecho a compensación económica en caso de extinción de la relación laboral, en el sentido de que las normas nacionales no puede imponer más requisitos que los que se derivan de la propia Directiva 2003/88 (art. 7), pues ello comporta el desconocimiento del contenido esencial de este derecho fundamental a vacaciones, en su doble vertiente, conforme a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 31). Se reafirma, de este modo, el carácter de derecho fundamental de las vacaciones, en su doble vertiente de disfrute efectivo y de compensación económica de su no disfrute por terminación de contrato.

En el caso analizado, el requisito exigido por la norma nacional era no poner fin al contrato de forma voluntaria, lo que para el TJUE es contrario a la norma europea, dado que la Directiva 2003/88 no condiciona el derecho a ningún requisito, aunque el derecho se deba ejercer conforme a su regulación nacional.

De otro lado, destaca la prevalencia de la protección eficaz de salud y seguridad de las personas trabajadoras, mediante un descanso efectivo, que persigue la Directiva 2003/88, frente a razones puramente económicas, en particular frente a razones de control del gasto público. Si bien el Tribunal europeo ya había aplicado este criterio en otros casos anteriores, la singularidad que presenta la sentencia comentada es que la limitación del derecho a vacaciones se dirige al ámbito del empleo público, mediante la cual se pretende la “reducción del gasto de las administraciones públicas”. Frente a ello, el TJUE afirma de forma contundente que, conforme a la Directiva 2003/88, “la protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico”.

Se puede concluir, pues, que el derecho al descanso efectivo, en general, y el derecho a vacaciones en particular, o su compensación económica en caso de no disfrute por extinción del contrato –incluso de forma voluntaria- está por encima y no cede ante razones económicas, ni siquiera en el ámbito público por motivos de control de gasto público.

Y, finalmente, que el derecho a vacaciones también prevalece frente a razones organizativas del trabajo –en este caso en el ámbito del empleo público-, ya que no es la parte trabajadora la que deba probar que no disfrutar sus vacaciones se debió a razones ajenas a su voluntad, sino que corresponde al empleador probar que ha actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pueda efectivamente disfrutar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho.



## **LA INADECUACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO DE LA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO POR EL RECONOCIMIENTO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024,  
Asunto C-631/22. ECLI:EU:C:2024:53*

**M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO\***

**SUPUESTO DE HECHO:** J. M. A. R. trabajaba para Ca Na Negreta desde octubre de 2012 como conductor de camión para la retirada de residuos, a jornada completa. En diciembre de 2016, sufrió un accidente laboral que le provocó una fractura abierta del calcáneo del pie derecho, dejándolo en situación de incapacidad temporal. El 18 de febrero de 2018 el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) resolvió extinguir la situación de incapacidad, otorgándole tan solo una indemnización por lesión permanente de 3.120 euros, al denegar su solicitud de incapacidad permanente, basándose en el artículo 193 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). El 6 de agosto de 2018, J. M. A. R. solicitó a Ca Na Negreta que le asignara un puesto adaptado a sus secuelas. La empresa aceptó la solicitud y lo reubicó en una posición menos exigente físicamente, como conductor en el sector de puntos de recogida móviles, una tarea que requería menos tiempo de conducción y era compatible con sus limitaciones físicas. Paralelamente, el trabajador interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional competente. Mediante sentencia de 2 de marzo de 2020, éste reconoció su incapacidad permanente total para su profesión habitual conforme al artículo 194 de la LGSS, concediéndosele una pensión mensual equivalente al 55 % de su salario diario. Teniendo conocimiento de este reconocimiento, la empresa le notificó la extinción de su contrato de trabajo conforme al artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores. Impugnado el acto extintivo, en instancia se desestima el recurso del trabajador, que recurre en suplicación ante el TSJ de las Islas Baleares, que considerará que, ya que la incapacidad permanente es una discapacidad, es cuestionable que dicho precepto nacional sea compatible con la Directiva 2000/78, planteando la correspondiente cuestión prejudicial.

**RESUMEN:** La STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22 considera que se opone al Derecho de la Unión Europea una modalidad extintiva nacional

\* *Profesora titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.*

que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

## INDICE:

1. LA NORMATIVA NACIONAL, INTERNACIONAL Y COMUNITARIA SOBRE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR CON PROBLEMAS DE CAPACIDAD
2. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y LA NECESIDAD DE “AJUSTES RAZONABLES” EN NUESTRA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
3. LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2024: CUESTIONES QUE RESUELVE Y DEBATES QUE ABRE
4. BIBLIOGRAFÍA

## 1. LANORMATIVANACIONAL,INTERNACIONALYCOMUNITARIA SOBRE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR CON PROBLEMAS DE CAPACIDAD

El Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en su art. 45 c) considera que la situación de incapacidad temporal del trabajador es causa de suspensión del contrato de trabajo, mientras que en el art. 49 e) reconoce como causas de extinción la muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio, señala, de lo dispuesto en el artículo 48.2 ET. Según este último, si se extingue la incapacidad temporal con declaración de incapacidad permanente que previsiblemente vaya a ser objeto de revisión por mejoría, subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo por un periodo de dos años.

Por otra parte, para el caso de que el trabajador sufra una reducción significativa en su capacidad para realizar sus funciones, el art. 52 ET reconoce como causa de despido objetivo la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

Este régimen establecido por el Estatuto ha sufrido pocos cambios desde su redacción original y, desde luego, su literalidad no se había adaptado a la normativa internacional y comunitaria de tutela antidiscriminatoria de las personas con discapacidad.

A nivel internacional hay que tener en cuenta la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) que, a este respecto, dispone en su artículo 27 que “Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio

del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: i) velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”.

Por lo que respecta al Derecho de la Unión, hay que mencionar en este sentido las disposiciones de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en particular sus considerandos 16 y 17, que establecen lo siguiente:

«(16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.

(17) La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.”

El concepto de “ajuste razonable” es definido en el art. 5 de la propia Directiva:

“A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.”

Con posterioridad a esta Directiva y ya a nivel interno, la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013, establece en la letra m) de su artículo 2, lo siguiente:

“Ajustes razonables: son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.”, reconociendo como “personas con discapacidad”, entre otras,

a aquellas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez (ar. 4.2).

En particular y a los efectos que nos ocupan, el artículo 40 de dicha Ley, titulado “Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo”, establece que:

“1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad.

2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.»

A raíz de la publicación de esta norma, la doctrina venía manteniendo que, pese a que la literalidad del ET no había sido modificada, el trabajador que tras pasar por una situación de IT quedase afectado por algún grado de incapacidad permanente, tenía derecho a reincorporarse a su empresa y a la adaptación del puesto de trabajo, salvo que resultara imposible o las medidas de adaptación supusieran una carga excesiva para el empresario, en cuyo caso podría activar según el caso, el despido objetivo del art. 52 ET o la extinción automática del art. 49-1 e) ET<sup>1</sup>. En el mismo sentido de la necesidad de ajustes razonables antes de proceder a la extinción se pronunciaron, entre otros, B. Rodríguez Sanz de Galdeano y Albert Pastor, ambos con el argumento de la necesaria congruencia con las disposiciones de la Directiva 200/78 y la aplicación del RDleg. 1/2013.

De hecho, incluso la negociación colectiva ha venido incorporando referencias a dichos ajustes.

<sup>1</sup> Monereo Pérez, J.L., “Principio de igualdad...”, 2014.

## **2. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y LA NECESIDAD DE “AJUSTES RAZONABLES” EN NUESTRA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Por lo que se refiere al derecho a los “ajustes razonables” necesarios para evitar situaciones de discriminación, el Tribunal Constitucional ha abordado esta cuestión en los ámbitos de la educación, de la tutela judicial y del acceso a la asistencia o servicios sociales, y más recientemente en el ámbito laboral. En relación con el derecho a la educación la STC 10/2014, de 27 de enero, estableció que la administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y, tan solo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial, debiendo en este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción y considerado inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario (FJ 4). En relación con la salvaguarda del derecho de defensa del presunto discapacitado psíquico durante la instrucción penal, la STC 77/2014, de 22 de mayo, declaró que “la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad de comprensión y, por tanto, de la relevancia de las consecuencias legales de su incomparecencia, impone a los órganos judiciales un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto” (FJ 2). Finalmente, en la STC 3/2018 el tribunal estimó el amparo a favor de una persona, con discapacidad psíquica severa, a la que por ser mayor de sesenta años se había denegado la inclusión en un programa de atención individualizada en un centro de asistencia para personas con discapacidad, prescindiendo de toda valoración médica sobre su estado y sus necesidades de tratamiento especializado, declarando en este caso que “la exigencia de ‘ajustes razonables’ [...] pasaba justamente por asegurar la prestación del servicio asistencial adaptado a sus necesidades de discapacidad; reconociendo la administración en el requerimiento efectuado por este tribunal, que dispone de centros para ello”; en un caso, además, en el que el aplicador primario de la norma disponía de posibilidades para no incurrir en un resultado discriminatorio.

En concreto, y refiriéndose a la Convención de la ONU, la STC 3/2018, de 22 de enero, destaca que «según el Convenio existe discriminación por razón de la discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado (el «efecto», en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable, que causa la ‘distinción, exclusión o restricción’ de alguno de los derechos de quien es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal. De allí, la importancia que la propia Convención confiere a quien tiene a su cargo el evitar esas barreras restrictivas, de emplear los ‘ajustes razonables’ que eviten el resultado discriminatorio, esto es, ‘las modificaciones y



adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales’ (art. 2)» (STC 3/2018, de 22 de enero, FJ 5).

Finalmente, la STC 51/2021 de 15 de marzo de 2021 se ha pronunciado sobre dichos ajustes en el ámbito laboral, señalando literalmente: “actualmente puede llegar a concluirse que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes. Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite –conforme a la normativa aplicable– el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada; en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho.” (FJ 4)

### **3. LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2024: CUESTIONES QUE RESUELVE Y DEBATES QUE ABRE**

A pesar de todo ello, la literalidad del art. 49.1 ET seguía dejando abierta la posibilidad de una extinción automática del contrato de trabajo una vez reconocida por el INSS la incapacidad permanente total del trabajador, a pesar de su posible colisión con los compromisos internacionales y, en particular, con la Directiva 2000/78 y sus previsiones con respecto a la no discriminación por razón de discapacidad y la necesidad de efectuar ajustes razonables para mantener el empleo.

La STJUE resuelve definitivamente este tema, declarando la incompatibilidad de dicha extinción automática con la Directiva y la necesidad de realizar previamente dichos ajustes.

Siendo esto así, el Gobierno anunció la aprobación en Consejo de Ministros del día 21-5-2024 de la reforma del art. 49.1 e) ET en los siguientes términos: “

La modificación del artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, eliminará la referencia a la extinción automática por Gran Incapacidad, Incapacidad Permanente Absoluta e Incapacidad Permanente Temporal, separando con ello estas causas de la muerte de la persona trabajadora (...) La posibilidad de extinguir el contrato, hasta ahora en manos de la empresa, se condiciona a la voluntad de la persona trabajadora que podrá solicitar:

Una adaptación del puesto de trabajo razonable, necesaria y adecuada

El cambio a otro puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con su perfil profesional y compatible con su nueva situación

El texto aprobado también establece los criterios que permiten determinar cuándo los ajustes necesarios constituirían un coste excesivo para la empresa valorando, de manera específica, si los gastos de adaptación pueden sufragarse con ayudas o subvenciones públicas de manera parcial o total y también, en su caso, si son razonables para el tamaño de la empresa.”<sup>2</sup>

Todo ello parece interesante y necesario, pero deja abiertos otros frentes, que es necesario abordar. En primer lugar, lo referente a la propia conceptualización de la incapacidad permanente total, definida en nuestro ordenamiento como “aquella que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”. El reconocimiento de la incapacidad da derecho a una pensión vitalicia, que según el art. 198 LGSS será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. ¿Qué ocurre si, una vez reconocida la incapacidad y la consiguiente prestación, el trabajador puede seguir realizando su profesión habitual gracias a los ajustes exigidos? ¿Perdería la pensión, o el hecho de realizar las funciones de manera adaptada supone falta de identidad con las realizadas anteriormente?

Cabe preguntarse también si tiene alguna relevancia el hecho de que el trabajador pierda con el ajuste nivel retributivo, dado que la prestación es económica, vitalicia y de pago mensual, concedida sobre la base de que no se puede realizar la profesión habitual; parece que tiene sentido que al ejercer una profesión distinta de la suya habitual no tenga la misma cualificación y por tanto el mismo salario.

Por otra parte, ¿se tienen que tener en cuenta a la hora de reconocer o no la incapacidad permanente total a un sujeto la capacidad que tiene su empresa para hacerle ajustes razonables? Porque también podría el INSS denegar el derecho a la prestación por considerar que el sujeto puede seguir ejerciendo su profesión

<sup>2</sup> [www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/20240521-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/20240521-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx)

habitual, aunque con ajustes razonables. Y esto nos llevaría a que una misma situación podría ser considerada de incapacidad permanente total o no según el tamaño o la capacidad económica de la empresa.

En todo caso, entendemos que esta STJUE va a afectar, necesariamente, al concepto de “profesión habitual”. Recordemos que contamos con reiterada jurisprudencia que, a efectos de la declaración de incapacidad permanente total y parcial, determina y entiende que profesión habitual no es un determinado puesto de trabajo, sino aquella profesión que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle mediante la movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional. En este sentido, la profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional. Habrá que tener en cuenta ahora el alcance de los posibles ajustes razonables, que por la amplia definición consagrada tanto en la Directiva como en el RDleg.1/2013 podrían consistir tanto en movilidad funcional como, por qué no, en cambios de turno, reducciones de jornada, uso de IA o determinados programas informáticos, reformas ergonómicas o incluso reformas en la sede de la empresa para conseguir una completa accesibilidad a las funciones que antes se venían realizando.

En conclusión, una Sentencia importante no solo por las cuestiones que resuelve, ya que era necesario que se proclamase de forma definitiva lo que ya la doctrina venía señalando, sino también por la repercusión que pueda tener en el futuro en lo relativo al reconocimiento de la incapacidad permanente total y su correspondiente prestación.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN, I., “La extinción del contrato por declaración de incapacidad permanente total no puede ser automática (STJUE 18/1/24)”, <https://ignasibeltran.com/2024/01/19/la-extincion-del-contrato-por-declaracion-de-incapacidad-permanente-total-no-puede-ser-automatica-stjue-18-1-23/>

GOÑI SEIN, J.L. Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2015

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por razón de discapacidad en la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la situación de incapacidad permanente (art. 49.1.e TRLET)” *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 112, 2024.

DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS: “¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador ex art 49.1.e) ET?”, <https://portalrecerca.uab.cat/es/publications/es-discriminatoria-por-raz%C3%B3n-de-discapacidad-la-configuraci%C3%B3n-esp>

MONEREO PÉREZ, J.L. “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: La protección garantista multinivel”, *Lex Social*, enero-junio 2019.

PASTOR MARTÍNEZ, A. “La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida”, *Documentación Laboral*, N° 112, 2017 (Ejemplar dedicado a: El impacto de la normativa en el empleo de las personas de edad. Evaluación y propuestas de mejora), págs. 67-86

PASTOR MARTÍNEZ, A., “El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo”, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed Cinca 2014, Madrid.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “Extinción automática del contrato e incapacidad permanente total: fin de una regulación discriminatoria y apertura de nuevos interrogantes en torno a la adaptación del puesto de trabajo. Comentario a la STJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22)”, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2024/02/IP-Beatriz-Rodriguez.pdf>

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”

ROJO TORRECILLA, E., “La importancia de los ajustes razonables. La declaración de incapacidad permanente total (= persona con discapacidad) no puede extinguir automáticamente el contrato de trabajo. Notas a la importante sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/01/la-importancia-de-los-ajustes.html>



---

Reseña de legislación



## **RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL-JUNIO DE 2024**

- Ley 1/2024, de 21 de junio, de creación del Instituto de Salud de Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 125 de 28/06/2024 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 98/2024, de 21 de mayo, por el que se dictan normas para facilitar la participación de las personas trabajadoras por cuenta ajena y del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias en las elecciones de diputados y diputadas al Parlamento Europeo, convocadas para el día 9 de junio de 2024. Organismo: Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa (Boletín número 100 de 24/05/2024 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 99/2024, de 21 de mayo, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2025. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 100 de 24/05/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Decreto-ley 6/2024, de 28 de mayo, por el que se modifica la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades y Retribuciones del personal Alto Cargo de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones del personal Alto Cargo y otros Cargos Públicos, y la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Organismo: Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública (Boletín número 107 de 04/06/2024 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 28 de mayo de 2024, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan Estratégico Andaluz del Trabajo Autónomo 2024-2027. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 107 de 04/06/2024 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 28 de mayo de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras de los Premios del Comercio Interior de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 106 de 03/06/2024 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 29 de mayo de 2024, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, destinadas a la formación no formal de cualificación y recualificación de la población activa, vinculada a cualificaciones profesionales incluidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, o catálogos que determine la normativa vigente, en sectores estratégicos, para empresas, asociaciones empresariales, entidades de formación y entidades sin ánimo de lucro, en el



marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado por el Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes y por la Unión Europea –NextGenerationEU–, y se efectúa la convocatoria del año 2024. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 109 de 06/06/2024 Sección: Disposiciones generales)

- Orden de 17 de junio de 2024, por la que se modifica la Orden de 24 de febrero de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas regladas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el desarrollo de programas formativos de Formación Profesional para el Empleo que incluyan compromiso de contratación dirigidos a personas trabajadoras desempleadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 122 de 25/06/2024 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 21 de junio de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo de personas con discapacidad en centros especiales de empleo y en el mercado ordinario de trabajo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 124 de 27/06/2024 Sección: Disposiciones generales). Resolución de 22 de marzo de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público prestado por la empresa Aborgase (Abonos Orgánicos de Sevilla, S.A.), en sus centros de trabajo CIT Montemarca-Cónica (centro integral de tratamiento RSU), planta de selección de Bollulos de la Mitación y planta de selección de Espartinas, mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 63 de 02/04/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 10 de abril de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público que presta la empresa UTE Grúas Sevilla mediante el establecimiento de servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 73 de 16/04/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 25 de abril de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público prestado por la empresa Jerez UTE, concesionaria del servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el municipio de Jerez de la Frontera (Cádiz), mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 83 de 30/04/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 29 de abril de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público

prestado por la empresa UTE Urbano Fuengirola, concesionaria del servicio público de transporte urbano en el municipio de Fuengirola (Málaga), mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 85 de 03/05/2024 Sección: Otras disposiciones)

- Resolución de 13 de mayo de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público prestado por la empresa Transportes Rober, S.A., concesionaria del transporte público urbano de Granada, mediante el establecimiento de servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 94 de 16/05/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 4 de junio de 2024, de la Dirección General de Comercio, por la que se hace pública la autorización a determinados municipios a permutar hasta dos de los domingos o festivos del calendario en que los establecimientos comerciales podrán permanecer abiertos al público durante el año 2024. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 113 de 12/06/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 6 de junio de 2024, de la Dirección General de Intermediación y Orientación Laboral, por la que se hacen públicos el formulario para el cumplimiento alternativo, con carácter excepcional, de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad y el formulario para la comunicación anual de puestos de trabajo ocupados por personas trabajadoras con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 114 de 13/06/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 13 de junio de 2024, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, por la que se aprueba y da publicidad a los formularios de solicitud de mediaciones laborales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 120 de 21/06/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 20 de junio de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se acuerda la apertura del trámite de información pública de la Propuesta de Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2024-2028. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 123 de 26/06/2024 Sección: Otras disposiciones)



## ESTUDIOS

La dual vertiente de la incapacidad temporal de nuevo en el punto de mira  
Carmen Jover Ramírez

La Directiva de trabajo en plataformas digitales. Puntos conflictivos y recomendaciones para la trasposición  
Adrián Todolí Signes

De la prevención de riesgos laborales a la promoción de la salud en el trabajo: reflexiones sobre el concepto francés de “calidad de vida y de condiciones de trabajo”  
Silvia Fernández Martínez

El deber de informar y el derecho a negociar de los representantes de los trabajadores en la nueva era digital: un estudio comparativo de la normativa italiana y el nuevo marco europeo  
Raquel Coterillo Laso

## INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2023

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

Convenios colectivos y sucesión de empresa: alcance dentro de los grupos de empresa  
Loredana María Trifán Trifán

### CONDICIONES DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

La doble vertiente fundamental del derecho a vacaciones y su prevalencia frente a razones de gasto público conforme a la normativa europea  
Juan Pedrosa González

### DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Universidad Loyola Andalucía

La inadecuación al derecho comunitario de la extinción automática del contrato por el reconocimiento de la incapacidad permanente total  
M<sup>a</sup> Teresa Velasco Portero

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía