

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

153/2020
Tercer Trimestre

153

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

153

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 153/2020
Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia.
Aspectos materiales, institucionales y valorativos 13
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

Y también en medio de la tempestad...reforma concursal de 2020
(proyecciones laborales)..... 63
MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de
riesgos laborales. En especial a la luz de los nuevos retos 4.0..... 101
MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ

El SURE: ¿un paso hacia un sistema de protección por desempleo
europeo? 149
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

El papel procesal de las asociaciones de defensa de la igualdad ante la
presunción discriminatoria en el acceso al empleo: especial mención a la
discriminación por orientación sexual 175
LIDIA GIL OTERO

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Contexto laboral en la República Popular China. Especial referencia a la
influencia del Covid-19 211
ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Universidad Loyola Andalucía

Libertad de expresión y prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual 237
M^a TERESA VELASCO PORTERO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de doctrina del tribunal supremo..... 245
JORGE BAQUERO AGUILAR

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

La superposición de la acción de extinción de contrato y la acción de despido y los riesgos de la falta de acción por pérdida sobrevenida de objeto..... 263
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 275

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": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlp/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo 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

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

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

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

6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

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

También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

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

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

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

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 153/2020
Third Trimester**

INDEX

1. STUDIES

Specialties of control faculties in remote work. Material, institutional and valorative aspects	13
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ	
And also in the midst of the storm... 2020 insolvency reform (labour projections).....	63
MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO	
On the current efficiency of the Spanish regulatory model of occupational risk prevention. Especially in light of the new challenges 4.0	101
MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ	
The SURE: a step towards a European unemployment protection system?...	149
DANIEL PÉREZ DEL PRADO	
The procedural role of equality associations in the face of discriminatory presumption in access to employment: special reference to discrimination on the basis of sexual orientation	175
LIDIA GIL OTERO	

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Labour context in the People's Republic of China. Special reference to the influence of the Covid-19	211
ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ	

3. JUDICIAL COMMENTS

EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION

Loyola Andalusia University

Freedom of expression and prohibition of discrimination in employment and occupation on the reason of sexual orientation 237

M^a TERESA VELASCO PORTERO

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Malaga

From benefits to family members when their cause was the beneficiary of a compulsory old-age and invalidity insurance pension: “the gender issue” as a key element for the Supreme Court’s revision of doctrine 245

JORGE BAQUERO AGUILAR

LABOR PROCEDURAL LAW

University of Jaen

The overlapping of the contract termination action and the firing action and the risks of the lack of action for loss of object..... 263

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 275

ESPECIALIDADES DE LAS FACULTADES DE CONTROL EN EL TRABAJO A DISTANCIA. ASPECTOS MATERIALES, INSTITUCIONALES Y VALORATIVOS

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

“Lo que dejas detrás de ti no es tanto lo que queda grabado en las estatuas de piedra sino aquello que queda tejido en las vidas de los demás. El legado máspreciado que puede transmitir un maestro no son tanto sus saberes sino la forma de comprender el mundo. El Maestro no enseña lo que sabe; enseña lo que es; comprender para comprendernos” (Cicerón)

“Vamos a montar una contra-vigilancia para vigilar a quienes nos vigilan”
(Declaración Policial. Juicio del Procés: 12/4/2019)

EXTRACTO

Palabras clave: teletrabajo, digitalización,
poder directivo

El presente trabajo aborda el marco de acción de las facultades de control y vigilancia en el trabajo a distancia. Los dos primeros puntos tienen una vertiente contextual y conceptual para, desde ahí, trazar los ejes rectores de las facultades directivas y sus manifestaciones institucionales.

ABSTRACT

Key words: teleworking, digitization,
management power

The present work deals with the framework for action of the powers of control and surveillance in telework. The first two points have a contextual and conceptual aspect in order, from there, to outline the guiding principles of the governing powers and their institutional manifestations.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL CONTROL DIRECTIVO EN EL MARCO “INFORMACIONALIZADOR”
2. EL CARÁCTER “DISTÓPICO” DEL TRABAJO A DISTANCIA Y DEL TELETRABAJO. ELEMENTOS CONCEPTUALES Y DELIMITADORES
3. ESPECIALIDADES DE LAS FACULTADES DE CONTROL EN EL TRABAJO A DISTANCIA Y GRADUACIONES CONCOMITANTES
 - 3.1. Aspectos estructurales, organizacionales, constitutivos y operativos
 - 3.2. El paulatino refuerzo del poder directivo en el trabajo a distancia: la inflación de las facultades de control digital frente a la deflación de los códigos protectores iuslaborales
4. ANEXOS
 - 4.1. Resoluciones sobre teletrabajo y trabajo a distancia: referencias y cronología según las instancias y asuntos abordados
 - 4.2. Cláusulas individuales de teletrabajo y de utilización de herramientas digitales
 - 4.3. Bibliografía

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL CONTROL DIRECTIVO EN EL MARCO “INFORMACIONALIZADOR”

1. El trabajo a distancia (en adelante TAD) constituye un crisol de elementos y realidades socio-normativas incidentes en dicha modalidad prestacional y contractual. Como paradigma y categoría jurídica, colige una primera idea de excepción a las formas de trabajo preponderantes, siendo dicho rasgo una de las razones que redimensionan el rol de dicha figura y el auge material de la misma. Otra causa de su redimensionamiento estriba en la imbricación del TAD y del teletrabajo (en adelante TT) en los cambios abruptos que viene produciendo el tecno-globalismo en los perfiles profesionales y el desenvolvimiento de las relaciones laborales. Los fenómenos convergentes en la “cuarta revolución industrial” (digitalización, conectividad, automatización, robotización, inteligencia artificial, etc) llevan tiempo trastocando las bases estructurales del orden sociolaboral y del tejido normativo resultante, lo cual sujeta los ordenamientos a un jaque continuo de adaptabilidad que, con frecuencia, termina distanciando el derecho de sus realidades normadas. Además, las mentadas macro-revoluciones trenzan un nexo bidireccional entre la implosión de las TICs y el poder científico, “managerial” y tecnológico. La libertad económica y de empresa ensancha sus bases sin solución de continuidad, y expanden, correlativamente a ello, las dimensiones del poder directivo y las facultades del mismo, ora en extensión (arco de potestades) y en intensidad (intervenciones aplicativas, directas e indirectas). Si la primera ola globalizadora catapultó en el siglo XX el movimiento de bienes y mercancías, la actual retroalimenta el flujo de conocimientos e información, así como el “nomadismo” del factor trabajo. Las TICs catalizan multifacéticamente la circulación de las ideas y de los flujos productivos a escala global, y, si deparamos bien,

la mundialización asienta un macro-proyecto totalizador basado en la intensificación transferencial del trípole capitalista (tecnología, capital, trabajo). Ese proyecto, como vengo diciendo, maximiza la productividad y el “eficientismo flexible”, y lo hace mediante una lógica expansiva fundada en la innovación, la normalización cultural digital, la fragmentación de la producción, y la integración de los actores económicos mediante fórmulas variopintas de interdependencia descentralizada.

El paradigma digitalizador cambia la manera de ejecutar los contenidos funcionales, los medios comunicativos y las vías de acceso informacionales. El uso masivo y polivalente de internet rentabiliza el potencial de las TICs erigiéndolas en un “soporte esencial del crecimiento económico y de la mejora de la vida cotidiana de los ciudadanos y las empresas” (CES, 2017, p. 34)¹. El perfil-tipo de “inteligencia resuelta” recaba sistemas de aprendizaje ágiles basados en capacidades heurísticas y exigencias cualificacionales en renovación continua, y cuyas actualizaciones revierten en los propios usuarios. El entorno informacional predispone un vasto abanico de “habilidades 2.0” (v.gr. interacción en red, interactividad colaborativa, filtros informativos, etc) y muchas de ellas se materializan a través del TAD y los utensilios tecnológicos. Todo ello aumenta, de una parte, los cánones de trabajo autónomo digital y de auto-gestión organizativa, y al mismo tiempo dilatan expansivamente las posibilidades empresariales de verificación de la actividad laboral. Esas posibilidades se sofistican y enlazan desde un doble haz de variables operativas: a nivel técnico y estratégico, y desde el ámbito político e ideológico, con la particularidad de redimensionar tal circularidad las facultades de control y vigilancia directiva.

En verdad, el rápido ritmo tecnificador permite una utilización masiva de las TICs, pero si damos la vuelta al calcetín inferimos un repunte extraordinario de las facultades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos. Su uso

¹ Según apunta el Plan de Acción Europeo de Educación Digital {SWD (2018) 12 final}”el rápido avance de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, la robótica, la computación en nube y la cadena de bloques, la transformación digital de Europa se acelerará. Como ya ha sucedido con otros avances tecnológicos importantes, la digitalización afecta a la manera de vivir, interactuar, estudiar y trabajar de las personas. Algunos empleos desaparecerán, otros se verán sustituidos, se crearán nuevos trabajos, las industrias se transformarán y aparecerán nuevas actividades. De ahí la enorme importancia de invertir en capacidades digitales durante toda la vida”. Particularmente atisbo ciertas coincidencias entre la desaparición “versus” expropiación de las otrora capacitaciones artesanales y la maleabilidad al alza de las cualificaciones digitales. Aquellas proporcionaban al sujeto un valor cualificacional merced al dominio del oficio, pero como sabemos la revolución industrial expropió dicho patrimonio profesional desgajándolo “en miettes”. Salvando las distancias, la informacionalización propicia, de forma muy paradójica, un proceso de intercambio nivelador de la fuerza laboral previa cesura estructural de la misma (trabajo manual-servicios/ trabajos tecnificados) y fáciles procesos de amortización.

polivalente amplifica las facultades de control gracias a las herramientas digitales de soporte, tanto como las prácticas de utilización espuria. Las info-tecnologías dominan y transforman el mundo hasta el extremo de desembarazarse de los sujetos impulsores o creadores de ellas (inteligencia artificial). Los objetivos de eficiencia y eficacia organizativa, encubiertos por el tamiz algorítmico y los códigos de “labour compliance”, catapultan el panlogismo económico, y lo entronizan bajo multiformes cánones técnico-libertarios. Las relaciones laborales, que “per se” vehiculan posiciones de subordinación socio-jurídica, ilustran tales tendencias de empoderamiento técnico-ideológico. El tremendo “poder invisible” de las herramientas digitales se enhebra en heurísticos connotativos de bienestar y avance sistémico (v.gr. comodidad y accesibilidad del TAD). Pero como vengo sosteniendo, el “tamiz informacionalizador” transita por un robustecimiento de las posiciones de poder y dominación laboral, generalmente erigiendo al factor trabajo en variable accesorio, cuando no marginal y prescindible. Pese al régimen de protección de datos, cualquier empleador puede tener acceso expeditivo a los contenidos derivados del uso de instrumentos digitales, y dichas verificaciones pueden ir desde el control normalizado de las obligaciones laborales hasta sistemas fiscalizadores del funcionamiento de dichos instrumentos cuando son utilizados por los trabajadores.

Obviamente la naturaleza del TAD reformula la funcionalidad de los sistemas de vigilancia directiva y la fisonomía de sus dispositivos de control (v.gr. registro de ordenadores, video-vigilancia etc). En otras palabras, se horadan nuevos surcos (por si la tierra no era ya fértil antes) de vulneración potencial de derechos fundamentales. Según Naciones Unidas² el escenario digital propicia las trasgresiones de los derechos humanos, sobre todo el derecho a la privacidad (ex art. 12 de la DUDH y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cuyo canon proscribía las injerencias arbitrarias o ilícitas en la vida privada y familiar, el domicilio, la correspondencia o las formas de comunicación. La privacidad y la intimidad son bases fundantes de las sociedades democráticas, y constituyen pilares sustentadores de los derechos fundamentales (libertad de expresión, formación de opiniones sin injerencias, libertad de reunión y asociación, etc). Con todo, son valores trenzados con el derecho a verse protegido frente al caudal exorbitante de intrusiones potenciales. Lo cual hace de la dialéctica vulneración-protección un “test inferencial” de los niveles reales de calidad democrática existentes en cada país.

2. El TAD constituye una fenomenología especular de los fenómenos descritos, entre otras cosas, porque facilita la difusión de tales transformaciones,

² “El derecho a la privacidad en la era digital”, Resolución del Consejo de Derechos Humanos, de 24 de marzo del 2015 (28º período de sesiones).

ora como objeto y sujeto instrumental. Para empezar comparte objetualmente el redimensionamiento de los códigos de espacio y tiempo. El paradigma tecno-informacional transmuta sendos anclajes, de suerte que mientras el primero se licua mediante cosmovisiones de “cercanidad” y pautas de “des-territorialización”, el segundo pierde “unicidad” (Rovelli, p. 21) fluidificándose, incluso a-temporalmente. Aparte de esto, el TAD entra de lleno en las transformaciones en curso, y participa desde su rol institucional en las transiciones de la “gig economy”. Entre otras contribuciones, destaca el auge del trabajo autónomo (vs. “freelances”), las habilidades digitales polivalentes (vs. “multitasking”), los trabajos a proyecto o en plataformas variopintas de mediación y colaboración (vs. “uberización, “starts up” etc) y, sobre todo, la generalización de los estatutos de disponibilidad, interconectividad y actualización continua (“economía de aplicaciones”). La amalgama de conceptos y neologismos añadidos metafóricamente al TAD (trabajador “nomádico”, “periférico”, “irregular”, “informal”, “colaboradores independientes”, semiautónomos, etc) ilustran un escenario transicional tendente a normalizar fenómenos otrora excepcionales. Sin obviar fenómenos como la “globótica” (Baldwin, p. 45) cuyo paradigma permite la presencia virtual y multi-ubicua de los trabajadores en cualquier oficina a escala planetaria.

A las contribuciones anteriores se añaden, más en particular, las derivadas del desenvolvimiento del TAD mediante las variadas fórmulas de teletrabajo existentes (en adelante TT). Desde su andadura inicial el TT auguraba grandes potencialidades funcionalistas³. La relativización del factor locativo, junto a la autonomía ejecutiva y la polivalencia instrumental y tecnológica del TT, depa-
raban un amplio horizonte de oportunidades aplicativas, muchas de las cuales son hoy realidades empíricas. La disponibilidad y flexibilidad de los entornos digitales, por un lado, y los imperativos “eficientistas” y de “prontitud intrínseca”, de

³ El universo conceptual y caracterizador del TAD hunde sus raíces etimológicas en el prefijo “*tele*”. Proveniente del griego antiguo (“*τῆλε*”) sugiere cosmovisiones de lejanía, distalidad y separación respecto de un punto proyectivo y referente. Ahora bien, el uso lingüístico trenzará tal constructo con el prefijo “*tékné/técne/téchné*” (“*τέχνη*”), o sea, producción o fabricación material. Ambos significados se anudarían fácilmente, extendiéndose a un amplio elenco de actividades u objetos que proyectan un doble sentido de separación física y desenvolvimiento “a distancia” (tele-comunicación, tele-visión, tele-compra, tele-márketing, etc). A su vez, el concepto “teletrabajo” (“*telecommuting*”, “*telework*”) adquiere un perfil distintivo durante los años setenta. Se atribuye a Jack Nilles y a su libro “*Telecommunications-Transportation Tradeoff*” (1976) y se impregna del pragmatismo idiosincrásico de la cultura anglosajona. Con la crisis petrolera de trasfondo, la sociedad americana arbitró soluciones que minorasen los desplazamientos diarios a los centros de trabajo, lo que para nuestro autor podía saldarse gracias a un sistema “compensatorio” del transporte y del desplazamiento presencial. Fue así como se integraron las herramientas de telecomunicaciones en el gozne operativo del dispositivo laboral a distancia. Por lo demás, el bagaje conceptual descrito adquiere un carácter impositivo, con fórmulas ocultas de empoderamiento, gracias a la monitorización algorítmica y las herramientas digitales.

otro, dilatan expansivamente las potencialidades del TAD y el TT. El teletrabajo siempre fue una fórmula compromisoria de intereses convergentes cuya circularidad retroalimenta sus ventajas operativas. Aparte de focalizar un plantel de utilidades sociales y económicas de trabajadores y empresarios⁴, el TT puede canalizar demandas de índole cultural, managerial y político que trascienden las dimensiones institucionales de dicha categoría⁵.

Así las cosas, tras la refulgencia del TAD se anudan *varias capas superpuestas de oropel*. Si deparamos bien, la misma expresión “trabajo a distancia” transmite un primer halo de “positividad conceptual”. Lo hace en oposición dialéctica al fenómeno opuesto (relaciones de sujeción del trabajo asalariado, frente a la independencia teórica del TAD) y mediante heurísticos de gran carga emocional-positiva. Ahora bien, la realidad muestra una débil evolución de dicha fórmula y distorsiones clamorosas en su aplicación. Los datos estadísticos relativizan la implantación real del TT, incluso dibujan tendencias de estancamiento

⁴ El cuadro de ventajas potenciales se extienden al trabajador y al empleador laboral. En cuanto al primero, la desvinculación locativa y la ductilidad del horario hace del TT una herramienta versátil para cualquier profesión. Se condensa en el eslogan “adaptar el trabajo a la vida y no la vida al trabajo”. Jurídicamente antepone la noción “*responsabilidad*” al término “*obligación*”, lo que a su vez valoriza un trinomio de factores vinculados al referido canon: autonomía, iniciativa y control de la actividad. El TT forja un “paradigma perspectivista” alrededor de una idea matriz: “ser uno su propio jefe”. Los teletrabajadores laboran sin moverse de sus domicilios, disponiendo y organizando el ritmo y la carga de trabajo, de suerte que esta “recuperación” del tiempo, debidamente optimizado, concatena ventajas teóricas en otros ámbitos: conciliación, unificación familiar de objetivos, combinación del trabajo profesional con tareas domésticas, menor estrés, menos desplazamientos, favorecimiento formativo (tele-formación, aprendizaje con el propio medio laboral). Sobre el papel hay más tiempo libre que repercute positivamente en el rendimiento: horarios flexibles, mejora de la calidad de vida, recuperación de la profesionalidad y la especialización merced al trabajo autónomo e independiente, etc. En cuanto al empleador, el TT proporciona ventajas ora cuantitativas (costos, recursos) y cualitativas (optimización en la gestión y el rendimiento) las cuales se formulan además en mayestático y en otra cadena de causalidades, y así: autonomía y flexibilidad en la gestión; minoración de problemas de convivencia entre empleados; mayor productividad con sistemas por objetivos –entiéndase- pre-negociados; minoración de los costes de producción y de equipamiento (se hipostasía que un puesto de teletrabajo es un 50 % más barato que otro presencial); reducción del absentismo; eliminación o dulcificación de los controles horarios; optimización general productiva; mejora de los plazos de entrega de los proyectos o encargos; intervenciones rápidas, al alza o a la baja, en las modificaciones horarias; reclutamiento de profesionales de alto nivel; ejecutoria de calidad merced a la inmediatez digital o con los clientes; actualización tecnológica; facilidades para expandir el modelo de negocio; posibilidad de crecimiento sin cambios estructurales de base; mejor aprovechamiento de los puestos, compartidos por distintos trabajadores, etc.

⁵ V.gr: modelos participativos de gestión empresarial, minoración de las líneas jerárquicas en pro de la horizontalidad funcional; menor índice de desplazamientos, menor dependencia del petróleo, protección del medio ambiente; integración de personas con discapacidad, adecuación funcional de capacidades residuales de trabajo, posibilidades de repoblación de la España vacía, etc.

descendente (un 4.3% según el INE, apenas 826.000 personas)⁶. Pero como decía, son muchas las sombras instiladas alrededor suyo, algunas de las cuales se antojan extremadamente graves⁷. La pregunta estriba entonces en la amplitud real del *círculo virtuoso* que ha envuelto la evolución del TT y hasta dónde expande un segundo *círculo vicioso* de efectos perversos revertidos en el TAD y en facetas conexas al mismo. Importa desvelar las oclusiones de ese segundo círculo, y, por ende, las extralimitaciones de los poderes organizativos, que además se allanan con la regulación legal actual. Las figuras que nos ocupan son propensas al incumplimiento de sus normas reguladoras, sin embargo el régimen legal y Estatutario, lejos de atajar bien, diluye límites, abonando con ello un terreno propicio de vulneración de derechos iuslaborales y fundamentales.

3. A mi modesto entender, el TAD y el TT se han rodeado de una alquimia teórica más aparente que real. Si analizamos la literatura vertida al efecto, sorprende el caudal analítico existente en estos temas (vid. Anexos.3 puntos 1-5) incluso añadiría el manejo de arquetipos alejados de la idiosincrasia de las relaciones laborales en España. En cualquier caso, disponemos de un vasto plantel de publicaciones de gran nivel científico que abordan los vericuetos institucionales

⁶ La tendencia ascendente que hipostasiaba el TT hace un lustro (1.3 millones de personas) flaquea tras la crisis (p.ej. 1.281.000 teletrabajadores en el 2013; 1.1285.000 en el 2014, o sea, un 8% menos). Las encuestas oficiales subrayan la problemática de la conciliación, sin embargo los datos infieren que el TT no termina de despegar en España. Cosa distinta es que dichos datos oficiales contrasten con una realidad divergente. Según ilustra el INE, las empresas españolas han integrado sobradamente las TICs y el comercio electrónico, lo cual me lleva a pensar en cohortes de teletrabajadores no declarados como tales o en zonas grises de para-laboralidad. Vid. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595

⁷ Ciertamente las desventajas son abultadas, y su causación vuelve a distribuirse entre los actores intervinientes en el TAD. Las mayores críticas devienen de la desconexión y aislamiento del tele-trabajador. Su desvinculación del marco laboral y el eclipse de relaciones sociales son un foco de conflictos personales, sobre todo por la conmixción del ambiente laboral y familiar. El teletrabajador extrapola a su entorno inmediato las situaciones estresantes, negativas, o estrictamente obligacionales, inundando muchas veces su esfera personal de toxicidades ecológicas nacidas en las relaciones profesionales. La soledad puede repercutir en el rendimiento, y es carne de cultivo de riesgos psicosociales y enfermedades imbricadas en el paradigma tecnológico (“nomofobia”, adicciones, sedentarismo, ciber-cansancio, tecno-estrés, “network mobbing” horarios ilimitados, etc). A nivel de empresa, el TAD difumina las jerarquías y el régimen de controles, ahora bien, esos criterios de ordenación lineal del trabajo suelen “compensarse” con intensificaciones concomitantes del control directivo. El TT puede propiciar actitudes desleales en los tele-trabajadores al utilizar las herramientas informáticas o acceder a los bancos de datos; y también minora la identificación con la empresa y el sentido de pertenencia corporativa. A nivel social, el TT propicia relaciones interpersonales distantes y superficiales. Y por ende resta eficacia al cumplimiento de la legislación laboral sobre condiciones de trabajo y normas preventivas. Para cotejar el abanico de ventajas y desventajas teóricas del TT, vid. por todos, Perez De Los Cobos/ Thibault Aranda, cap. 4º, pp. 25-30; o la NOTA TÉCNICA Nº 412 del INSH sobre “Teletrabajo y criterios para su implantación”, p. 2.

y evolutivos del TAD⁸ pero ante tal evidencia persiste la pregunta de las dimensiones reales del teletrabajo y, sobre todo, las “desviaciones” operables al hilo de sus soportes institucionales.

Según veremos, el TAD adolece de una regulación legal hartamente deficiente. Esta crítica, unánime en la doctrina científica, pone encima de la mesa una beligerancia implícita legislativa. Si un asunto es sesudamente analizado advirtiendo el relieve de un instituto jurídico, y si la realidad empírica termina avalando dicha entidad, manteniéndose empero una regulación defectuosa, tales desajustes hablan “per se” con evidencia persuasiva. Podrá aducirse que es un régimen respetuoso con el juego de poderes que propende equilibrar el art. 13 ET y que sus vacíos son atendidos por las correspondientes normas de desarrollo (convenios colectivos, LOPD 3/2018, de 5 de diciembre). Sin embargo las costuras del art. 13 no están bien cosidas, al contrario, hilvanan demasiadas brechas que, a mi modo de ver, traslucen las fuerzas jurídicas dominantes en estos temas. Esos intereses, viene bien subrayarlo preliminarmente, dilatan los espacios de intervención de las facultades directivas, y lo hacen muy a costa de las garantías iuslaborales. Dan valor a las dimensiones mercantiles de las relaciones de producción y distribución (Molina Navarrete, p. 11) y, con la sutil ayuda del “filtro digital”, hacen más laberíntica la entrada al “santuario del poder directivo” (Valdés del Ré, 1992, p. 13).

Para avalar tales hipótesis hemos compendiado los pronunciamientos judiciales que han abordado asuntos relativos al TAD y el TT (Anexos 1). Sorprende primero su escaso reflejo litigioso en los tribunales del orden social. Esta parquedad estadística relativiza, ya de entrada, la alharaca atribuida a tales figuras, y da verosimilitud a una realidad multifacética y huidiza de los códigos jurídicos. Otra problematización paralela afecta de lleno a la delimitación institucional del TAD. Manejamos una categoría-bisagra; porosa materialmente y transversal en términos jurídico-institucionales. Muchos problemas topan con esa dualidad, incluyendo las extralimitaciones del control directivo, de ahí que tracemos antes un acotamiento delimitador previo (infra II). Realizado esto último, trataré las manifestaciones de control directivo respecto de nuestro objeto analítico.

⁸ Para examinar la evolución del TAD a la luz de su génesis regulatoria, vid por este orden cronológico los estudios de: De La Villa (primera parte; pp. 25, 52 y 73) De La Villa/ García Ninet (pp. 318 a 384) Gallardo Moya (en espec. p. 34 y ss) Sellas I Venvigut (2001, pp. 91 y ss) Álvarez De La Rosa (pp. 213 a 226) Pérez De Los Cobos/ Thibault Aranda (pp. 15 a 21) Thibault Aranda (en espec. cap. II) Sierra Benítez (en espec. cap. II) ó De Las Heras (en espec. cap. 1).

2. EL CARÁCTER “DISTÓPICO” DEL TRABAJO A DISTANCIA Y DEL TELETRABAJO. ELEMENTOS CONCEPTUALES Y DELIMITADORES

1. Según significamos, el TAD y el TT son figuras paradigmáticas donde su auge y diversidad contrasta con un tratamiento legal deficiente que complejiza su identificación material y su encuadramiento iuspositivo. En cuanto a lo primero, las dificultades delimitadoras devienen de las múltiples combinaciones arbitrables al efecto. Por circunscribir ese arco de probabilidades, la fisonomía del TAD difiere según prevalezcan variables locativas, de índole temporal e institucional, o aspectos estrictamente tecnológicos⁹. Aparte de esto, y como decía antes, el art. 13 ET adolece de importantes carencias. Muchas son producto de una génesis elusiva, proveniente del otrora trabajo a domicilio (en adelante, TDO) en las primeras leyes sociales. El trabajo a distancia siempre ha sido una “categoría frontera” cuya permeabilidad material complejiza su abordaje regulatorio. Viene a ser la categoría menos subordinada de los trabajos por cuenta ajena y la más subordinada de los trabajos para-subordinados (Ghezzi/ Romagnoli, p. 32). Ese polimorfismo explica, en cierto modo, que los legisladores hayan pasado de puntillas en su tratamiento normativo, resultando una construcción más bien residual, al menos en lo que hubiera sido deseable como técnica definitoria y delimitadora.

El TAD arrastra el condicionamiento de una práctica decisional cuyos extremos persisten en el tejido del art. 13 ET. Hablamos de una decantación integradora de política legislativa que subsume el trabajo a distancia o a domicilio dentro del ámbito de la legislación común¹⁰. Los elementos del TDO se

⁹ Respectivamente, y respecto del trinomio descrito: a) Trabajo a domicilio, telecentros, trabajo nómada o itinerante. b) A tiempo parcial o completo, régimen autónomo, de subordinación o para-subordinación, amén de las yuxtaposiciones con el modelo contractual de referencia. c) Conectividad “off line”, “on line”/ conexión ora unidireccional -“one way line”- o bidireccional -“two way line”, o interactivo-, etc. Contamos con sesudos estudios que diseccionan las variables combinatorias; por todos, vid. ut. supra. los estudios de De La Villa (espec. pp. 170 y 264), De La Villa / García Ninet (pp. 384 a 410), Thibault (pp. 32 a 38), Sierra (pp. 55 a 111) ó De Las Heras (pp. 55 a 57).

¹⁰ La trayectoria legislativa del TAD sigue cuatro hitos normativos. Su andadura principia en la LCT de 1931, si bien lo hace con un mero refrendo nominalista. La ley no previó un régimen “ad hoc” sino una referencia subjetiva en su art. 6. Se trataba en este caso de apostillar las indicaciones que, respecto del ámbito aplicativo laboral, dictaminaba su art. 1.2. Este último abordaba el ámbito objetual de la ley (“será objeto del contrato todo trabajo que se realice por cuenta y bajo dependencia ajena”) y, completando esa lógica integradora, su art. 6 especificaba quiénes “son trabajadores” a los efectos antedichos. Entre el listado de categorías, mentaba a “los llamados intelectuales y (los) obreros a domicilio”. A mi modesto entender, la expresión “llamados” junto a la correlación gramatical de los trabajadores intelectuales y a domicilio infería una indefinición tipológica, subyacente en el legislador de la época. El segundo hito fue la LCT de 1944, cuyo texto da carta de naturaleza

entreveraron “ab initio” con los estrictamente delimitadores del tipo general laboral. En vez de “autonomizar” o “especializar” dicho perfil, se optó por integrarlo como una manifestación más del trabajo realizado en condiciones de ajenidad y dependencia empero tamizando sustancialmente el binomio control/subordinación. La falta de valentía del legislador refleja unas veces una “táctica procrastinadora”, y otras cataliza estrategias de auto-contención; pero ambas prácticas suelen aflorar cuando se definen perfiles complejos que escudan los rasgos del art. 1 ET o que presentan un contenido funcional y factorial, digamos, líquido o vacuo. Así aconteció antes con el trabajo “intelectual” y a “domicilio”; y así sigue siéndolo hoy con el teletrabajo y toda la evanescencia disruptiva del empleo digital. Eso sí, tamaña “pereza legislativa” termina pasando factura, cuyos costes suelen ser pagados (como de costumbre) por el banco social.

Los elementos del vigente art. 13 ET son producto de la evolución reguladora del “trabajo a domicilio” (rúbrica y fenomenología anterior) y del “trabajo a distancia” (rúbrica y fenomenología actual), o sea, hablamos de aspectos definitorios forjados en épocas diametralmente opuestas. Los códigos del otrora TAD provienen de etapas hegemónicas por ocupaciones de índole manual y sistemas productivos manufactureros. Lo primero tendía a implementar esquemas socio-jurídicos de división laboral basados en el distingu obreros/empleados, con categorías atinentes a dicha polarización dialéctica (“obreros” y “operarios especializados” vs. “encargados de empresa” ex LCT 1931, nota supra cit). Lo segundo, por su parte, transitaba por fórmulas organizativas basadas en asignaciones fijas de tareas, sistemas de vigilancia directa del trabajo, y mecanismos ordenadores de tamiz subjetivo. A diferencia de aquellos contextos, la revolución tecnológica transmuta los códigos de espacio y tiempo y los cánones otrora dominantes. La “robot-lución” (Ortega, 2019) se erige por ejemplo en axioma paradigmático pero

por primera vez al “trabajo a domicilio”. Por una parte, el legislador franquista retoma en su art. 6 el acotamiento del ámbito sustantivo laboral, principiado por el CT de 1926 y la LCT de 1931. Pero siguiendo esta lógica estructural, la LCT 1944 dio un extenso tratamiento al trabajo a domicilio: nada menos que ocho preceptos referidos a dicho contrato (arts. 114 a 121). Este articulado recogía las particularidades de su estatuto jurídico, destacando entre ellas su delimitación conceptual. Así, el art. 114 presumiría la existencia del TDO cuando se efectúa “en (la) morada (del trabajador) u otro lugar libremente elegido por él sin la vigilancia de la persona por cuenta de la cual trabaja”. A raíz de ahí el TDO cuenta con unos elementos definitorios que, a la postre, han venido caracterizando la institución. El tercer hito deviene del ET ex Ley 8/1980. Esta norma da una rúbrica y un encaje sistemático al TDO en su art. 13 y, recogiendo la filosofía de los textos anteriores, lo concibe como una modalidad prestacional realizada “en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente escogido por éste y sin la vigilancia del empresario”. La redacción actual proviene, en fin, de la Ley 3/2012, cuyo texto introducirá tres importantes modificaciones. Amén de alterar la estructura del anterior art. 13 ET y de modificar el “nomen” (“trabajo a distancia”, en vez del clásico “trabajo a domicilio”) efectuó una re-conceptuación del TAD con la eliminación del otrora canon de vigilancia y la introducción del canon de preponderancia respecto del escenario locativo.

hasta ahora la realidad no cesa de refrendar las tesis Keynesianas del desempleo tecnológico, vista la relación inversa existente entre las nuevas ocupaciones creadas y las amortizadas o destruidas. En verdad, la “desmanualización” y “desmaterialización” del trabajo llevan tiempo irradiándose fenomenológicamente, por regla general con transmutaciones absorbentes de la automatización y el trabajo intelectual. Prueba de ello es la valorización de las destrezas heurísticas (gran parte de ellas integradas en dispositivos digitales) o de las fórmulas -laborales o perilaborales- de realización autónoma, con el teletrabajo como categoría típica. En análogo orden de ideas, los esquemas de dirección de tareas dan paso a estilos de dirección por objetivos y de impronta cooperativa y participativa. En síntesis: cambian los sistemas de control directo por fórmulas indirectas de verificación del trabajo, y ello generalmente con el apoyo instrumental de las TICs. Cerrando la cuadratura del círculo, la logística digital recaba soportes evaluadores o prospectivos “avalados científicamente” por la inteligencia artificial y la asepsia legitimadora de la racionalización algorítmica. Así las cosas, aunque el TAD y sus subespecies (TDO/ TT) provienen de realidades socioeconómicas disímiles, terminan siendo tipologías yuxtapuestas, compartiendo los esquemas formales del art. 13 ET (Sellas i Venvigut, 2001, p. 94).

2. Entrando ahora en la construcción del art. 13 ET, cogimos una arquitectura sostenida sobre una doble clave de bóveda (delimitación y estatuto jurídico del trabajador a distancia) y una retahíla de arbotantes complementarios (régimen de remisiones). Pero siguiendo ese mismo juego metafórico, los materiales sostenedores de dicha bóveda resultan endeble, incluso sufren porosidades vetustas. El precepto frecuenta las remisiones a otras normas y categorías, y las referencias constructivas, cuando tienen lugar, pecan de vaguedad e indefinición. La estructura formal del art. 13 ET pivota sobre tres anclajes. El primero deviene delimitador, y estriba en la definición del TAD (pfo. 1). El segundo es seminal, y anuda en este caso el esquema de fuentes y las exigencias de formalización contractual (pfo. 2). Por su parte, el tercer anclaje aborda el estatuto jurídico de los trabajadores a distancia (pfo. 3) recabando para ello tres reenvíos en temáticas complementarias: formación, prevención y derechos colectivos (pfos. 3.2, 4 y 5). Los otros dos preceptos Estatutarios colacionables al caso (art. 20.bis y art. 34.8 ET) reiteran esas pautas en puridad remisorias y de poquedad sustantiva.

Visto en conjunto, el régimen descrito padece una “anomia cronificada” (Preciado Domenech: 2019, p. 78) que resta eficacia a sus códigos reguladores. Podría argüirse que dicha debilidad se ha corregido últimamente gracias a la LOPD 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos. Pero a mi modesto entender las tonificaciones han sido de poco peso y parco alcance, vistos los importantes desequilibrios en juego. Según veremos (sub. III) los preceptos de la LOPD aplicables al caso son, más bien, normas de reconocimiento que

no imponen limitaciones consistentes en la justa protección que requieren los trabajadores a distancia y la fuerza de trabajo en general. La gravedad de dichas descompensaciones estriba en la formación de una peligrosa cadena de distorsiones exegético-aplicativas. Salvo excepciones (generalmente empresas y corporaciones de consolidada trayectoria tecnificadora), el tratamiento del TAD en los convenios colectivos sufre un efecto de arrastre de dichas insuficiencias legislativas, sin completarse adecuadamente tales carencias jurídicas. Hablo de una orfandad reguladora que, precisamente por ello, requeriría correctores de los déficits Estatutarios. Los desajustes entre el tratamiento legislativo y el régimen convencional densifican el rol de las –teóricas- negociaciones individuales entre el empresario y el trabajador a distancia. Y como vengo significando, ello allana las distorsiones aplicativas del poder directivo, amén de anticipar muchas extralimitaciones de las facultades de control.

Ante dicha circularidad conviene detenernos en los criterios delimitadores del TAD, ubicados en el art. 13.1 ET. Según significamos, el contenido del párrafo 1º sufre grandes carencias, y, técnicamente, adolece de vaguedad, elusión y abstracción. En realidad la ley no da un concepto del trabajo a distancia; se limita a plasmar unos presupuestos definitorios de naturaleza indiciaria, a modo de pinceladas presuntivas. El carácter, digamos, “escurridizo” del TAD siempre llevaría al legislador a utilizar la presunción como técnica definitoria. Así lo refrenda el régimen vigente (“*Tendrá la consideración de trabajo a distancia...*”) y así lo hicieron los textos legales anteriores¹¹. Diseccionando los elementos formales de la presunción (lo que es tanto como de-construir por vía integradora el perfil conceptual del TAD) colegimos la confluencia de dos presupuestos materiales u objetivos junto a un tercer factor de base electiva o subjetiva.

En cuanto al primer elemento, el art. 13.1 ET define el TAD como una modalidad donde “*la prestación de la actividad laboral se reali(za) de manera preponderante en el domicilio del trabajador*”. Como podemos ver, el carácter “*distópico*”, o sea, la posibilidad trabajar fuera del lugar, digamos, “común”, es un código fundante de dicha categoría desde las primeras leyes sociales. Entre las ventajas del TAD, ya vimos que anuda intereses bidireccionales, ora laborales (“versus” personales, familiares, etc) y económicos (“versus” eficiencia, productividad, etc). Tales nexos dan consistencia a dicha fórmula de trabajo, y también confieren un halo de “atractividad” (Pérez López, p. 152) al esquema organizativo que dé soporte al propio TAD. Ponderando el elenco de “motivaciones operantes” (De la Villa, p. 62), las partes pactan la realización de los cometidos laborales en un lugar accesible o próximo al espacio personal del trabajador, siendo el factor

¹¹ “Se entenderá por trabajo a domicilio...” (art. 144 LCT 1944) / “Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio...” (art. 13 Ley 8/1980, de 10 de marzo). Vid nota nº 10.

que, junto a los soportes digitales, da sustantividad e independencia operativa al TAD. El art. 13.1 alude nominalmente al “*domicilio*” (recuérdese que el art. 114 de la LCT 1944 hablaba de “*morada*”) pero, siguiendo una teleonomía flexible, abre la posibilidad de realizarlo en otros ámbitos. Para ello integra una construcción disyuntiva del factor locacional (“o”) permitiendo su realización “*en el lugar libremente elegido por el mismo*”, lo cual vuelve a tamizar el alcance del poder directivo y de sus medios de control. El tercer elemento de la presunción refrenda, en fin, el carácter distópico antedicho. El TAD modula las condiciones locativas y de realización del vínculo jurídico pero ambas cosas operan referencialmente con respecto a una(s) unidad(es) de trabajo, digamos, dominante(s). En palabras del legislador, su desenvolvimiento se lleva a cabo “*de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*” (art. 13.1 “*in fine*”).

El carácter distópico del trabajo a distancia se erige pues en elemento idiosincrásico y de calificación absorbente. El TAD estatuye una célula laboral segregada, en términos funcionales y locativos, de los centros organizados como unidades productivas, y oficializados como tales ex art. 1.5 ET. Subsume un espacio medial de separación entre el contexto laboral auto-organizado por el trabajador a distancia y el centro productivo u organizacional de referencia. El TAD hunde sus raíces en una variable matriz: la “*distalidad*”, cuyo factor, debidamente anudado con otras variables socio-jurídicas (dispositivos tecnológicos, grado de independencia operativa, régimen de controles, etc), ultiman el estatuto del trabajador a distancia y los tele-trabajadores. El art. 13.1 ET recaba, en el sentido expuesto, dos cánones exegéticos y operativos: la “*alternancia*” y el criterio de “*preponderancia*”.

El primer canon ostenta un papel material, y viene a ser el dispositivo de configuración espacial del TAD. Nuestro objeto alinea una unidad locativa -“a quo”- cuyos extremos pueden tener una condición ora pre-determinada (v.gr. domicilio), determinable (espacios laborales alternativos) o mixta (combinación de ambas fórmulas identificativas) de suerte que dichos nódulos son referenciados para modalizar el desenvolvimiento de los cometidos profesionales. El segundo anclaje locativo -“ad quem”- focaliza el centro (o centros) neurálgico(s) de la organización económica. La locución adjetival ex art. 13.1 ET subsume en este caso una relación de coexistencia y separación física de, al menos, dos unidades locacionales (centros “a quo”/ “ad quem”). Y viene a indicar que, respecto de la presencialidad física, la alternancia o permutación en tales espacios resuelve el desenvolvimiento de dicha fórmula de trabajo actualizándola en el tiempo. Frente al canon anterior, la “*preponderancia*” viene a ser un criterio mayormente exegético. El TAD abre muchas posibilidades combinatorias y, visto así, puede dificultar la identificación de si en verdad se trata de trabajo a distancia ex art. 13 ET o si hace falta averiguar la unidad locacional prevalente entre varias posibles.

De este modo, la construcción adjetival infiere esta vez heurísticamente el “peso preponderante” del espacio “des-localizado”, resolviendo en su caso la valencia de otros espacios posibles de laboralización¹²

Como hemos podido ver, la “distalidad” del TAD y su carácter “distópico” revierten ciertos “parámetros de normalidad” en excepción, transmutándolos. Lo hace con independencia de que esa célula laboral sea la regla o espacio predominante donde el trabajador cumple sus obligaciones a distancia. Esa doble dimensión dis-tópico/locativa altera el desarrollo de dicha modalidad prestacional. Los parámetros espaciales de referencia (lugares “a quo”/ “ad quem”) se transmutan en sentido inverso, de manera que, en vez de “ir” el trabajador al trabajo, éste es enviado al primero (vid. De las Heras, p. 70). A efectos conceptuales no es relevante el espacio medial existente entre el lugar (o lugares) de desarrollo fáctico del trabajo (“a quo”) y la unidad receptora de la logística organizacional y productiva (“ad quem”). En cualquier caso, son tres elementos (distópico-relacional-espacial) que, combinados con los dispositivos tecnológicos acordados e implementados al efecto, definen la extensión perimetral del poder directivo en el TAD y la intensidad de las facultades del control y vigilancia.

3. El razonamiento descrito confirma la insuficiencia de los criterios delimitadores del TAD ex art. 13 ET y de sus fórmulas derivadas, lo cual repercute vehicularmente en el peso de las TICs . La idea colacionable, a la luz de jurisprudencia vertida en este tema (Anexos 1), es que muchas extralimitaciones de las facultades de dirección y control encuentran causa en dichas deficiencias Estatutarias. El problema es que, lejos de corregirse, prolongan su vigencia aplicativa. Ese mantenimiento responde verosímilmente a una presunción correctora de tales defectos por otras fuentes, ora normativas (convenios colectivos), obligacionales (contrato individual) e incluso protocolarias (códigos de conducta). Con todo, la realidad reguladora es tozuda, incluso topa con tratamientos del TAD y del teletrabajo sin valor vinculante.

En efecto, contamos con construcciones de amplio perfil que coadyuvan la comprensión y difusión de estas figuras, pero el asunto es que, aun bienintencionadas, el tenor de dichas definiciones llega a condicionar la evolución institucional y aplicativa del TAD. La gran confluencia de variables complejiza esa tarea delimitadora y explica, por ejemplo, la laxitud ampliatoria de las

¹² Piénsese, por ejemplo, en la realización empresarial de acciones logísticas (redes e instrumentos de interconectividad) o preventivas (control del teletrabajador) o en los problemas derivados del foro de competencia judicial. En cualquier caso, el canon de preponderancia también debe enhebrarse con la decisión adoptada ex Ley 3/2012 de eliminar el canon de “vigilancia empresarial”, que, por vía negativa, caracterizaba la configuración del otrora trabajo a domicilio.

construcciones conceptuales¹³. Junto a esto último añadiría tres explicaciones. La primera se enraza en opciones de política legislativa. Los sistemas tienen amplias posibilidades juridificadoras (mercantilizar, laboralizar, “autonomizar”, “para-subordinar”, etc) pero, con independencia de la fórmula final, esta despliega efectos sinérgicos en las cosmovisiones del TAD y el TT en el derecho comparado, revirtiéndose dichos flujos en su conceptualización dogmática¹⁴. En esa misma línea, el teletrabajo prácticamente ha eclipsado la categoría matriz. No sólo ha absorbido el espacio del TAD (harto elocuente tras la reforma del art. 13 ET ex Ley 3/2012), es que sus marcos definitorios pecan de evagación informativa. Esta línea argumental enlaza con el tercer factor, que personifico en los Acuerdos de Teletrabajo incoados en múltiples ámbitos de la Administración (vid nota ut. supra). Estos acuerdos llevan años implementándolo con distintas graduaciones y resultados materiales, pero el problema es que difunden una tipología parcial. Generalmente prevalecen las “descargas cuantitativas” de trabajo contable,

¹³ En efecto, las generalizaciones conceptuales abundan en las definiciones técnicas de las categorías que nos ocupan. Así, la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, define el teletrabajo como “toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos”. El AMET lo define como “una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular” (punto 2). Según el INSH (Nota Técnica N° 412) el TT “consiste en el desarrollo de una actividad laboral remunerada, para la que se utiliza, como herramienta básica de trabajo, las tecnologías de la información y telecomunicación y en el que no existe una presencia del trabajador”. El Convenio n° 177 OIT también integra unas pautas generalistas y de-constructivas del trabajo a domicilio, acotándolo mediante tres premisas: realización por un trabajador (i) “en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales” (art. 1).

¹⁴ Algunos países han configurado el TT mediante leyes especiales integradoras de sus perfiles tipológicos. En Colombia, la Ley 1221 de 2008 lo define como “Una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y comunicación -TIC- para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo” (art. 2).

burocrático o de oficina, lo que, como vengo sosteniendo, sesga el perfil de dicha categoría jurídica.

El uso de definiciones lábiles ayuda poco a la inflación teórico-aplicativa del TT y hace un flaco favor a la concepción institucional del mismo¹⁵, de ahí que apostillemos el epígrafe con una aportación conceptual. A mi entender, el TAD es *una modalidad de trabajo y/o empleo que instituye un régimen alternativo en el desarrollo espacial, presencial y funcional de la prestación, generalmente imbricando soportes tecnológicos y herramientas digitales (TICs), en aras de una ordenación distópica, descentralizada, no presencial y auto-gestional de la actividad laboral y productiva, y que modaliza el régimen de derechos y obligaciones contractuales así como las facultades de dirección y control.*

El concepto “*modalidad*” responde al nexo del TAD con un contrato-tipo de referencia. Oficialmente no hay un modelo de “trabajo a distancia”. De hecho sólo está previsto nominalmente en determinados modelos contractuales; y ello, a modo de cláusula abierta que, en caso de convenirse, emplaza a las partes a especificar la dirección concreta del domicilio¹⁶. Cuestión discutible, y nada pacífica doctrinalmente, es su compatibilidad con la causalidad de determinadas fórmulas contractuales¹⁷. El asunto no es baladí pues la permeabilidad del TAD prefigura, si quiera colateralmente, ámbitos correlativos del poder de dirección y control. En cualquier caso, hablamos de un pacto expreso de contenido contingente (vid Anexos 2), formalizado por escrito ex art. 13.2 ET, y anexo a otro contrato de referencia. Asimismo, la elección del binomio “*trabajo/empleo*” encuentra causa en la versatilidad del TAD pero, sobre todo, responde a la conveniencia de distinguir dos situaciones que predeterminan su conceptualización. El TAD suele concebirse como una “fórmula organizativa” (vid. notas nº 13 y 14) pero, en términos logísticos y organizacionales, su alcance cambia diametralmente si se concibe como una estrategia gestora intra-organizativa o como una estrategia de mercado extra-organizativa. Hablamos de dos nichos paralelos que, empero,

¹⁵ Vid. Pérez de los Cobos/ Thibaul Aranda (p. 15) cuya teórica, precisamente, marida los tres elementos fundantes del TAD: el factor topográfico, el tecnológico y el organizativo (pp. 17-20; en análogo sentido, y por todos, De Val Arnal, p. 207). Esta amplitud material e institucional explica la construcción de definiciones “in extenso” en la dogmática iuslaboralista, entre las cuales compendiaré dos: la noción de Blanpain: “cualquier forma de trabajo realizada por cuenta de un empresario o cliente, por un trabajador dependiente o autónomo, o a domicilio, efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo laboral, utilizando tecnologías informáticas y/o telecomunicaciones” (p. 13); y la de Gaeta: “trabajo fuera de una empresa... prestado con un instrumento informático” (p. 36).

¹⁶ Vid: <http://www.mitramiss.gob.es/es/informacion/contratos/index.htm>; así como: <https://www.sepe.es/HomeSepe/empresas/contratos-de-trabajo/modelos-contrato.html>

¹⁷ Ilustrativamente son sólidos los recelos sobre la compatibilidad del TAD con los contratos formativos; en este aspecto, vid. Escudero Rodríguez (p. 53) o Gallardo Moya (p. 86).

trazan valencias distintas del TAD y fisonomías disjuntas. Es más sendas estrategias pre-constituyen, respectivamente, dinteles de separación nomotética (v.gr. modelos de negocio “SOHO”: Small Office, Home Office; pequeña oficina, oficina en casa) lo que a mi entender avala el distingo “trabajo/empleo”.

Los siguientes elementos de la definición tienen un sentido caracterizador y finalista. El TAD es, en efecto, una célula laboral desarrollada en un lugar o lugares distantes de los centros neurálgicos productivos, económicos u organizacionales. Al realizarse fuera de los escenarios laborales referentes, trastoca la vinculación física presencial respecto de los nódulos o unidades matriciales directivas. A cambio, estatuye un régimen alternativo en la realización espacial y funcional de la prestación, extramuros de los protocolos presenciales y de asistencia periódica. Asimismo, nuestra categoría trenza un nexo instrumental con las TICs. El trabajo a distancia no es en puridad una categoría novedosa, al contrario, es la más vieja del Derecho laboral (Gaeta, p. 36) incluso antecede a su aparición. Cuando la revolución industrial implanta el sistema de producción fabril (“factory sistem”) sus cimientos recaba la argamasa del trabajo a domicilio (“verlagssystem”, “domestic system”, “putting out system”). La paradoja es que asistamos hoy a un movimiento pendular inverso merced al uso de video-terminales y herramientas digitales. Estas ubican la realización espacial del trabajo fuera de la empresa quebrando la otrora “disciplina de fábrica”. Por esa misma lógica, los términos de utilización de las TICs tamizan el alcance de las obligaciones contractuales, tanto como la manera de actualizar el negocio jurídico y la intensidad de los mecanismos fiscalizadores de su cumplimiento. Retomando de nuevo el concepto, nuestra figura abre al trabajador y al empleador una ordenación distópica, descentralizada y autogestional de la ocupación, a fuer de redimensionar los factores de autonomía, responsabilidad e interdependencia. Por último, el TAD modula el estatuto jurídico de los trabajadores a distancia y particulariza las facultades del poder directivo, en los términos como veremos seguidamente. Anuda las interacciones entre los esquemas organizacionales (conectividad entre el puesto y la unidad matriz) y jurídicos (conformación del débito laboral y actualización del vínculo negocial) y, en esos términos, trenza nexos bidireccionales entre ambos parámetros, con refuerzos adyacentes de las facultades de control y vigilancia directiva.

3. ESPECIALIDADES DE LAS FACULTADES DE CONTROL EN EL TRABAJO A DISTANCIA Y GRADUACIONES CONCOMITANTES

3.1. Aspectos estructurales, organizacionales, constitutivos y operativos

1. Como hemos visto, el carácter distópico del TAD y su imbricación con las herramientas digitales particularizan el alcance de las facultades directivas y los mecanismos de control de dicha fórmula de trabajo. Nuestra categoría opera laxamente con respecto al “dónde” y “cuándo” del cumplimiento prestacional pero mantiene, si no intensifica, las variables relacionadas con el “cómo” y el “qué” del referido débito (De la Villa/ García Ninet, p. 331). El “filtro digital” puede en este sentido canalizar, modular, sustraer, e incluso ocultar las exteriorizaciones materiales del poder de dirección y control, y ajustar, paralelamente, las condiciones de dependencia y sujeción laboral. Sin embargo ello no altera la posición neurálgica del actor directivo; al contrario, refuerza el empoderamiento del dador de trabajo, del gestor digital y del sujeto empresarial y económico. No es ocioso diferenciar esta triada de actores. El dador de trabajo cataliza en primer término el conjunto de actividades verificadoras del cumplimiento contractual y sus obligaciones derivadas. Ahora bien, el TAD se irradia estructuralmente al ámbito “gestional” y de las decisiones técnico-organizativas. El dogma de la productividad, cuyas cotas han minorado en España un 10% desde 1995, achaca al factor trabajo gran parte de dichos resultados obviando, no obstante, el relieve que en ese sentido ejerce la profesionalización de la gestión empresarial y la generación real de capital humano por esta. Si hablamos de aspectos medulares del funcionamiento de cualquier proyecto de negocio, su entidad repunta aún más en categorías, como el TAD, profundamente imbricadas con el diseño organizacional, los flujos comunicacionales y las facultades de coordinación directiva¹⁸.

La globalización neoliberal no cesa además de fortalecer vínculos entre el factor tecnológico (informacionalización, digitalización, etc) y las proyecciones

¹⁸ El TAD traba nexos estructurales con los estilos de dirección aplicables a los contextos organizacionales de los que dependen matricialmente. En nuestro país, el dominio de empresas de pequeñas dimensiones y de unidades económicas reducidas facilita las gestiones de personal manipulativas y coactivas, próximas quizás a los “estilos de dirección por amenazas”, tan frecuentes por ejemplo en la prórroga de los contratos. La focalización de la gestión de personal en los nódulos de empoderamiento, junto a los escenarios de deshumanización concomitantes, minusvalora el valor óntico de la autoridad. La dogmática organizacional anuda este canon con el hecho que los sujetos confíen en las decisiones de otros sin tener que esperar ventajas inmediatas a cambio. El ambiente ecológico laboral lleva al trabajador a tomar consciencia de sus déficits formativos y de aprendizaje, avistando paralelamente las posibilidades de crecimiento personal y profesional que pueda ofrecer su contexto organizativo. Estos aspectos deben ser considerados, y valorizados, al implementarse el TAD como fórmula de gestión laboral. Según Pérez López, los estilos participativos se embridan con las relaciones humanas, de suerte que mientras más unificante sea la autoridad, menos nece-

de rendimiento capitalista (“financiarización”, réditos cortoplacistas, rebaja de los costes marginales, etc). Ambas cosas interactúan de forma transversal y en “maridaje consociativo”, primero perfilando de continuo los esquemas organizacionales en una lógica optimizadora y maximalista, muchas veces a costa del factor trabajo. La accesibilidad de los usuarios y de cualesquiera actores económicos a escala global, junto a la “convergencia de modos” (Castells, p. 92), difuminan las fronteras del espectro de medios comunicativos, y facilitan el transporte o dación de servicios que antes eran prestados separadamente. El paradigma descentralizador (externalización, absorciones, encabalgamientos subcontratistas, prácticas triangulares, etc), espoleado por el canon tecno-liberario “menos es más” (“downsizing”) o el empuje del “outsourcing informático”, no cesa de perfilar tal circularidad avanzando en ella. Ahora bien, su fenomenología se jacta en los eslabones últimos de la cadena descentralizadora. Aparte del “retroceso competitivo” en las condiciones de los trabajadores afectados, o de la amortización estructural de los puestos, muchos son reconvertidos compulsivamente en perfiles autónomos (Rodríguez Escanciano/ Álvarez Cuesta, p. 17). En estos casos el TAD puede ser utilizado como una apoyatura polivalente, a riesgo empero de desvirtuar su perfil mediante prácticas fraudulentas de “autonomización inducida”.

En cualquier caso, las transformaciones descritas dan un papel neurálgico al “gestor digital/directivo”, ya se focalice ello en objetos tecnológicos o en sujetos empoderados “ad hoc”. La “pérdida de control”, propiciada por la propia expansión globalista, se palia entonces con compensaciones (muchas veces de forma subrepticia) tendentes a recuperar nichos de control y/o fortalecer las otrora posiciones de empoderamiento. Obviamente el TAD y las facultades directivas se hacen eco, por pasiva y activa respectivamente, de tales fuerzas. Entre las vastas funcionalidades de las TICs destaca su virtualidad como instrumentos reforzadores del poder en general, y muy en particular del poder directivo. Pero el problema se irradia desde la ampliación sistémica, repito, no velada y oculta, de dichos procesos de empoderamiento estratégico, técnico y tecnológico. Si la informacionalización es la clave de bóveda del cambio sistémico, la piedra roseta del poder transita por la medición del “saber informativo”, y ello implica usos de manipulación predictiva filtrados tecnológicamente para tales fines. En otras palabras. Un gran poder entronizado entre libertades digitales debe aparejar dosis si quiera paralelas de responsabilidad. O lo que es igual: potestades mayestáticas,

idad hay de ejercitar materialmente las facultades de empoderamiento y corrección directiva (p. 152 y 153; vid asimismo WATSON, p. 120 y ss). Todas las manifestaciones de TAD se imbuyen de estos aspectos metajurídicos, que a mi modesto entender determinan no sólo el éxito o el fracaso de dicha fórmula sino, en lo que aquí concierne, el alcance de las facultades de control directivo realizables en ella.

de índole digital-directiva, deben subsumir, por justeza y “justicia tecnológica” (Ortega, 2018, p. 35), dosis concomitantes de responsabilidad actuarial. Esas compensaciones, lejos de ser disolventes, deben proyectarse al alza, dada la proclividad atentatoria de derechos fundamentales y la evidencia, hecha realidad, de reaccionarse en vía judicial una vez violentados los derechos de la personalidad¹⁹. Hoy los equilibrios no son tales, ni en términos nomotéticos (procesos) ni estrictamente regulatorios (positivización formal) dado el tratamiento Estatutario y legislativo de los derechos digitales, los déficits del art. 13 ET y la elusión o defectos regulatorios de las normas convencionales complementarias²⁰.

La digitalización abre múltiples retos en un marco “tecno-globalizador” de capacidades orientadas a la interacción iuslaboral y tecnológica y, en ese sentido, el TAD ejerce un importante “papel transicional”. Toda la problemática del control digital tratada en este monográfico es extrapolable a los trabajadores a distancia, y, en honor a la verdad, las interrogantes crecen por su doble sustancia distópico-tecnológica. La monitorización de las herramientas digitales, la navegación por internet, la inmersión y apertura de archivos de ordenadores, el contenido de los correos, o la aplicación de geolocalizadores son, entre otros muchos, problemas comunes a la fuerza de trabajo, y tales incógnitas acucian merced a la naturaleza del TAD. Más adelante retomaré estos temas, no sin apostillar que su problematización ni acaba en las correcciones de la posición deudora del trabajador a distancia ni en el control disciplinario del mismo.

Los teletrabajadores subsumen una “sociabilidad digital” condicionada por la fisicidad de su espacio ecológico y la soledad caracterizadora del mismo, y como ya avancé (nota nº7) los “efectos inmersivos” del aislamiento pueden ser devastadores. Con independencia de los márgenes de autonomía e iniciativa delegados en ellos, no dejan de ser espacios de “libertad hetero-dirigida” (si no imposiciones técnico-ideológicas) bajo el paraguas de la para-subordinación. El débito prestacional se desarrolla en situaciones de aislamiento y, más allá de los

¹⁹ Vid empíricamente los estudios de Reis De Araujo A (pp. 251, 273 y 300) Cervilla Garzón (puntos 4 y 5, pp. 84 y ss) Fabrega Monfort (pp. 80 y 81 y ss) Preciado Domenech (cap. 2, punto IV, pp. 219 y ss) Purcalla Bonilla (pp. 98 a 102) Romero Burillo (pp. 13 y ss) ó San Martín Mazzuconi C. y Sempere Navarro A. (2015, en espec. pp. 21 a 35).

²⁰ Algunos presupuestos operativos del TT encuentran su corolario en convenios colectivos que abordan singularmente sus premisas implementadoras, amén de instituciones conexas, como el derecho de desconexión digital ex art. 88 LOPD. Pero por regla general la arquitectura convencional e institucional, administración pública inclusive, adolece de evagación y parquedad. Por todos, vid. art. 17 CC. REPSOL (BOE. 17/6/2018) acotando el concepto, los principios y las reglas aplicativas de los trabajadores a distancia; los arts. 12 y 13 del CC. AXA, referidos específicamente al teletrabajo y al derecho de desconexión (BOE. 10/10/17); el art. 24 CC ADIDAS España (BOE 20/4/12, prorrogado ex BOE 29/3/19) trenzando además el régimen de la jornada y el teletrabajo; o el Acuerdo de empresa IKEA sobre distribución de jornada de sus trabajadores (2017).

mecanismos actualizadores del vínculo, activan multiformes riesgos y psicopatologías²¹. El teletrabajo entraña una paradójica alienación consentida que, sin embargo, no atisba las consecuencias del auto-extrañamiento. Pese a las benignidades melifluas, el TAD larva factores de riesgo multifocales; invisibles, si se quiere, mas no inanes. El derrubio de los escenarios de acción personal y familiar es uno de ellos, pero la mayor gravedad está en los trabajos a proyecto y en los TAD a rendimiento con umbrales de productividad.

Nuestro sistema da encaje a las fórmulas de teletrabajo parcial, por ejemplo, circunscritas a una o dos tardes a la semana, sin embargo son modelos extraídos estereotipadamente del sector público, lo cual aconseja evitar las generalizaciones sesgadas. A diferencia del mentado teletrabajo parcial, cuya realización no plantea grandes problemas aplicativos, el TAD por objetivos es una bomba de relojería que activa insidiosamente la espoleta del exceso, el sobre-esfuerzo y la auto-explotación. De no atajarse con firmeza preventiva sus potencialidades de riesgo ex arts. 15 y 16 LPRL las responsabilidades derivan a las empresas y al dador de trabajo. Esta circularidad revierte potestades de control al poder directivo, y extiende los radios perimetrales de acción del mismo desde un doble plano: ora preventivo e incluso reactivamente. Ahora bien, la particularidad estriba en la irradiación de los filtros de vigilancia al estricto ámbito doméstico. Aparte de la generalización fenoménica del “cibertariado”, o “trabajadores en pijama” (vid. Rivas Vallejo), los protocolos de teletrabajo diseñan controles “ad hoc” de las viviendas de los teletrabajadores mediante visitas domiciliarias²². Y aunque el consentimiento sea el gozne habilitador de tales medidas, no dejan de ser acciones invasivas del ámbito privado y abdicaciones prácticas y forzadas de la intimidad.

2. El régimen de controles del TAD requiere identificar las relaciones obligatorias perfiladas alrededor suyo encuadrando tal categoría en el esquema

²¹ La doctrina más autorizada destaca sobradamente tales contingencias nocivas; vid. De Las Heras García (pp. 231 y ss) Sierra Benítez (cap. IV, en su completitud) ó Mella Méndez (2015, pp. 31 y ss). Desde el ámbito de la psicopatología clínica, vid por todos Sánchez-Anguita Muñoz (pp. 61 y 129).

²² Sirva de ejemplo lo dispuesto en el art. 17.3 del VII CC. REPSOL (supra cit): “Requisitos técnicos y espaciales. El lugar desde el que se desea teletrabajar deberá contar con unas condiciones que garanticen que se podrá desarrollar el trabajo habitual en un entorno adecuado. Además de los requisitos técnicos que garanticen la conexión, se deberá contar con un espacio que cumpla las condiciones mínimas en materia de prevención, seguridad y salud de un puesto de trabajo tipo. Dichas condiciones mínimas constarán el Acuerdo Individual de Teletrabajo. *Para comprobar esas condiciones, la persona que teletrabaja se compromete a aceptar una visita de evaluación de riesgos, cuya fecha y hora se concertará personalmente con cada persona*”. Cosa distinta, y generalmente escudada, es el régimen de control estricto de la jornada tele-trabajada y la materialización real del derecho de desconexión ex art. 88 LOPD.

organizativo que la circunda y a la postre fundamenta materialmente. Las verificaciones del rendimiento anudan ambas esferas, negociales y organizacionales, y, como es sabido, el uso de las TICs espolea una problemática de invisibilidad operativa y vulneración de derechos. En verdad, el TAD singulariza gradualmente los códigos de vigilancia y control laboral, incluso polariza sus términos. Las TICs despliegan vastos medios de mediación instrumental entre el trabajador y las unidades matriciales directivas. Esas herramientas pueden reproducir “sine fine” las características habituales de la vigilancia a efectos de ratificar el desempeño de las obligaciones realizables a distancia; y también tienen amplias capacidades dilatadoras de los mecanismos de control laboral con “actos de injerencia técnica” tan incisivos como inmediatos: sistemas de alertas, programas de control del tiempo de trabajo, pantallazos aleatorios del ordenador, conexiones y desconexiones visuales a través del móvil, etc.

El poder directivo ultima, por un lado, el contenido concreto de las singulares prestaciones desarrolladas a través del TAD, y tales obligaciones mutan y se actualizan vertiginosamente merced a su trabazón fenoménica con los dispositivos tecnológicos. Aparte de ello, el empleador estatuye obligaciones de continuo cuyos extremos se incorporan al nexo contractual integrando el negocio jurídico y los vínculos institucionales del mismo. El deber de atender los servicios requeridos profesionalmente ex art. 5.a y c y art. 20 ET requiere el corolario de las órdenes directivas, tanto como la referencialidad de las obligaciones dimanantes del puesto ocupado. Y esta dialéctica, inserta en los mecanismos actualizadores del débito, se acusa en el TAD debido a las condiciones estructurales, técnicas y materiales de dicha categoría jurídica.

Así las cosas, y como vengo significando, el alcance de los elementos de supervisión del TAD es una variable dependiente del sustrato técnico-organizativo, y ello correlaciona su objeto con los factores modeladores de dicha fórmula de trabajo y sus anclajes constitutivos. Según vimos, su fisonomía difiere en función de la modalidad de teletrabajo y el tipo de enlace electrónico existente entre la empresa y el trabajador a distancia²³, pero interesa destacar ahora dos variables. La primera enlaza con las estructuras orgánico-funcionales que den encaje material e institucional al TAD. Este puede ser conceptualizado como una estrategia gestora intra-organizativa o extra-organizativa, de suerte que los problemas jurídicos difieren según el diseño habilitado al efecto, en los términos

²³ Vid supra 2.1 y nota nº 9. El art. 17.2 del CC. REPSOL (cit) prevé cinco modalidades: un día, dos o tres a la semana, el 20% de la jornada diaria, o dos tardes a la semana y la jornada del viernes. Para cotejar la configuración del teletrabajo parcial en la negociación colectiva y en clave autonómica, vid. respectivamente, Serrano García (2019) pp. 49, 61, y 73 a 78; Ferreiro Regueiro (pp. 47 y ss) y Ereñaga De Jesús (pp. 200 a 205).

como veremos seguidamente. La segunda variable es de índole rituario-proyectiva, y hunde sus raíces en los procesos de selección e implementación. El TAD puede ser concebido como una apoyatura contractual coyuntural o como una estrategia de gestión de personal con vocación de permanencia, y en este caso requiere procesos rigurosos de reclutamiento de los teletrabajadores y su engarce con políticas implementadoras y de seguimiento analítico²⁴. Conviene reiterar el papel de estas medidas en aras de un desarrollo correcto del TAD. Entre otras cosas porque el aurea del teletrabajo ocluye el universo material de la categoría matriz, cuando, lejos de ello, recaba premisas operativas que condicionan “ad extra” el funcionamiento de tales iniciativas tanto como los márgenes de maniobra de las facultades de control.

El alcance de dichas facultades depende de la fórmula estatuyente del TAD en los momentos genéticos de la contratación o mediante acuerdos ulteriores ex art. 13.2 ET. Son sabidas las particularidades que presenta el sistema de fuentes respecto de dicha fórmula de trabajo. La autonomía de las partes juega un papel seminal, primero como anclaje constitutivo del vínculo y, sin solución de continuidad, como referencia determinativa de su objeto. El carácter transversal del TAD lleva a estatuir acuerdos “ad hoc”, generalmente a través de pactos anexados a otro contrato de referencia, cuyos contenidos especifican los derechos y obligaciones del trabajador a distancia y, sobre todo, el régimen de disposición funcional y locacional.

Particularmente hemos cotejado modelos-tipo de TAD sobremanera abiertos. Los formularios suelen subrayar el doble estatuto de disponibilidad locacional y horaria de los teletrabajadores junto a directrices de uso de los dispositivos tecnológicos (Anexo 2.1). Otros modelos desglosan más pormenorizadamente dicho régimen (Anexo 2.2). Aparte de singularizar las actividades del TAD y de establecer un estatuto básico (salario, propiedad intelectual, condiciones de reversión y cese, etc) tratan el ejercicio de las órdenes profesionales o plazos de entrega de los encargos comandados. Las cláusulas formalizadas entre empresas y teletrabajadores recalcan su estatuto de tele-disponibilidad, aunque trenzan este rol con obligaciones puntuales de asistencia presencial al centro matriz. Finalmente, destaca el tratamiento de datos, sin embargo es paradójico que en este caso las fórmulas contractuales pequen de indefinición y evanescencia. Sorprende (por

²⁴ Vid supra 2.1. o la Nota Técnica N° 412 del INSH sobre “Teletrabajo y criterios para su implantación”, respectivamente. Este documento perfila un programa-tipo en fases: estudio de viabilidad, criterios de selección y procedimientos, reclutamiento de teletrabajadores, puesta en marcha del proyecto piloto, evaluación del mismo, e implantación formal. Se trata de un diseño análogo a la conformación de las políticas públicas, cuyos resultados deben revertir en los parámetros proyectados inicialmente, perfeccionando los programas de TT y TAD.

elocuente) que la arquitectura de protección de datos esté tan descompensada en las bases contractuales del TAD. Huelga decir que la laxitud y abstracción de tales fórmulas abre espacios intersticiales de afianzamiento expansivo al conjunto de facultades directivas.

3. Los puntos anteriores refrendan la imbricación de las facultades de dirección y control en la constitución del TAD (sea contrato, acuerdo parcial o cláusulas anexas) respecto de la redacción formal de las condiciones estipuladas contractualmente. Gran parte del análisis dogmático incide en la tecnificación del poder directivo desde las ventanas de oportunidad objetualmente abiertas por las TICs, sin embargo el perímetro de dichas potestades arranca en los aspectos genético-funcionales del TAD. Contamos en este punto con una doctrina judicial del reparto de papeles ex art. 13 ET sobre la base de sus fuentes ordenadoras. La STS de 11 de mayo del 2005²⁵ es clave referencial aquí, primero porque, más allá de provenir del Alto Tribunal, examina circunstancias que han venido repitiéndose litigiosamente en los distintos niveles jurisdiccionales; y en segundo lugar, porque sus argumentos tienen plena vigencia fundamentadora.

Tales presupuestos tratan la problemática implementadora de dicha fórmula de trabajo y la frecuente materialización impositiva de la misma. Para el Supremo las implantaciones del TAD, obligando a los trabajadores a laborar a domicilio, son actos que exceden del art. 41 ET. El instituto modificativo resulta aplicable “a las condiciones de trabajo entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones”, sin embargo ello no alcanza a “las condiciones de empleo, que se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes”. Aparte de esta advertencia teórica, el Supremo construye una sólida argumentación fundada en la situación personal del teletrabajador. Ciertamente, y como argumento “ex abundantia”, “el desplazamiento del lugar de la ejecución del contrato del centro de trabajo empresarial al domicilio del trabajador tiene otras implicaciones sobre la esfera personal de éste, que exceden no sólo del ámbito del artículo 41... sino del propio poder de disposición de la autonomía colectiva”. El establecimiento de cláusulas realizadoras del TAD no choca en principio con la garantía de inviolabilidad del domicilio ex art. 18 CE, ahora bien, ello no normaliza tales cláusulas bajo un halo de indiferencia interpretativa, máxime cuando afectan de pleno a la intimidad personal de los

²⁵ Al sistematizar en los Anexos tal corpus jurisprudencial (punto 1), omitiremos las referencias. La doctrina del fallo ha sido recogida recientemente en el Auto de 18 julio de 2019, que, enjuiciando la problemática del teletrabajo y la modificación unilateral de las condiciones laborales, decreta la sustancialidad de la novación por afectar al sistema de remuneración y abono del salario (análogamente, vid. STSJ Com. VALENCIANA 2/4/2019). Sobre la distinción, dentro del TT, entre cambio de puesto y de lugar de desenvolvimiento, vid STSJ GALICIA 12/4/19; respecto de la exégesis del régimen de disponibilidad locativa, vid. asimismo STSJ CATALUÑA 19/5/15

teletrabajadores. En palabras del TS: “cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo, se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, pues se convierte en centro de trabajo, en lugar de producción, el propio espacio donde se desarrolla la vida privada”. Manejamos fórmulas que, de una parte, generan costes que pueden quedar en el aire sin ser retribuidos o compensados debidamente. Pero aparte de ello, la laboralización de escenarios antes destinados al uso familiar produce “consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador”. El eje argumental hilvanado por el TS le lleva finalmente a rechazar la implementación obligatoria del TAD. A su entender, el teletrabajo está “al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41 ET, como también de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre las materias colectivas...pero no sobre aquellas que pertenecen a la vida privada del trabajador”.

La doctrina descrita sentó los ejes rectores del TAD y de sus fórmulas derivadas en clave proyectiva. Destaca en este plano la imposibilidad de instituir tales figuras con carácter obligatorio y la consiguiente exigencia de que sean aceptadas por los trabajadores voluntariamente. Pero aparte de ello, la dogmática judicial subrayaría desde ese momento un plantel de prácticas poco ortodoxas que desnaturalizan los cánones del art. 13 ET, lo que interpretado por vía negativa extiende los ámbitos de intervención del poder directivo en este asunto. Analizando retrospectivamente dicho corpus judicial, comprobamos la persistencia de esas prácticas desde un doble plano. Primero constatándose una serie de “fintas retóricas” (sic. STS. 11/4/05, FJ nº 6) que escudan los códigos legales reguladores. Y unido a lo anterior, por la yuxtaposición de los “nuevos trabajos a distancia” con los modelos “viejos” o clásicos (ibídem supra) de suerte que mientras los primeros se anudan tecnológicamente a las TICs, los segundos materializan el TAD de forma irregular extramuros de su formalización contractual.

Contamos así con un importante bagaje jurisprudencial que acota los márgenes legítimos de implementación del TAD. Un primer bloque de sentencias encauzan los espacios de acción de la autonomía individual. Generalmente atajan los vericuetos tendentes a estatuir un “estatuto de ultra-disponibilidad conectiva” decretando el carácter abusivo de algunas cláusulas y su carácter fraudulento²⁶. Del mismo modo, los tribunales aplican la presunción de laboralidad

²⁶ V.gr. convalidación de la extinción ex art. 50 ET ante la implantación del teletrabajo mediante una novación unilateral empresarial (STSJ MURCIA 27/4/15); consideración fraudulenta del trabajo a distancia que omite la identificación del lugar de prestación de servicios, con la consiguiente exigencia de su concreción bilateral (SJS. Albacete 10/12/18). Cabe asimismo colacionar resoluciones emitidas en materias colindantes. Es el caso de la consideración abusiva de la cláusula contractual que obliga a facilitar el móvil (STS 21-5-15; análogamente, STSJ CATALUÑA 19/11/15); o la cláusula genérica por la que el trabajador cede su imagen en las actividades de

de los teletrabajadores cuando concurren los requisitos del art. 1 ET, incluso en supuestos de pluri-actividad o de yuxtaposición de regímenes (trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena)²⁷.

Un segundo bloque de sentencias resuelve aspectos relacionados con la implementación estructural y colectiva del TAD. Los asuntos presentan esta vez una mayor versatilidad procesal y temática (v.gr. conflictos colectivos, procedimientos y criterios de concesión del estatuto de trabajador a distancia etc)²⁸. Con todo, destacan los efectos en cadena del “outsourcing informático” (transferencias de personal, cesiones fraudulentas, novaciones extintivas, etc) así como la litigiosidad del TAD en el sector público. Según vimos, el teletrabajo es una fórmula de proyección ascendente en diversos sectores de la administración, y su aplicación material recaba acciones flexibilizadoras de reordenación horaria y de conciliación. Ahora bien, la bonhomía que “prima facie” envuelve tales programas no está exenta de problemas aplicativos, y muchos encuentran causa en la evagación de los programas públicos que amparan dichas acciones estructurales y regulatorias²⁹.

El segundo asunto al que aludíamos, esto es, la imbricación dialéctica TT/TDO, colige un redimensionamiento del poder directivo mediante polarizaciones de la categoría matriz (TAD). Como sabemos, el teletrabajo se envuelve en un velo de positividad merced a su estrecha vinculación con las TICs sin embargo su emergencia ha seguido conviviendo con fórmulas tradicionales de trabajo a domicilio. La contraposición estructural entre “viejos” y “nuevos” trabajadores a distancia deviene implícita en la realidad material y jurídica de nuestro objeto analítico. La polaridad entre un “teletrabajo rico” (sea tecnificado, empoderado, etc) y un “teletrabajo pobre” (a domicilio en sentido estricto: en cadenas de contratación, de sesgo descalificante, gremializado inclusive) tensiona fenomenológicamente los vectores extremos del TAD. Es como si se reprodujera el hiato entre un mercado de trabajo primario y secundario en esta tema, tratándose por lo demás de una dialéctica irresoluble mientras persista la redacción colmatada

“telemarketing”, confirmando (a mi entender muy discutiblemente ex art. 18.1 CE) la imposibilidad de desligarse de dicho acuerdo.

²⁷ Vid. en este sentido, STSJ Canarias 17/10/17 ó STS 22/4/96; muchas de estas situaciones decretan la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad ex art. 24 CE.

²⁸ P.ej. la implementación selectiva del TT tropieza a veces con las políticas de implementación y de recolocación del personal (STSJ MADRID 10/6/19), con la clarificación de los criterios de concesión y reconocimiento (STSJ MADRID 5/7/19; STSJ PAÍS VASCO 28/5/19) o con prácticas discriminatorias del TAD respecto de los permisos de conciliación (v.gr. SJS. Soria 16/5/19, ó SJS Mataró 12/9/19).

²⁹ A título ilustrativo vid SSTSJ. GALICIA 11/7/19, 12/4/19 y 5/4/19, cuya fuente litigiosa deviene del régimen de reordenación horaria aplicable al personal laboral indefinido no fijo de la Xunta, cuyos parámetros de ordenación flexible se enhebran con fórmulas de teletrabajo.

del art. 13 ET. Sea como fuere, la interacción de ambos vórtices acaba perjudicando el estatuto jurídico de dichos trabajadores, a fuer de reforzar la posición del empleador laboral y de sus facultades directivas.

Ese refuerzo tiene lugar mediante dos prácticas paralelas, evidenciadas en el tratamiento jurisprudencial de dicho objeto litigioso. La primera es de índole general y estriba en un “efecto difuminador” de los presupuestos estructurales del art. 13 ET. El carácter transversal del TAD y su operatividad mediante acuerdos anexados a un contrato matriz, requiere reconstrucciones fácticas de sus presupuestos materiales e integraciones jurídicas subsiguientes de tales perfiles. Pero hasta resolverse tales correcciones jurisdiccionalmente, los trabajadores están a expensas de las extralimitaciones de las facultades directivas pudiendo sufrir excesos en su estatuto jurídico, sobre todo ante la transmutación de los poderes de control en despidos indirectos o sanciones disfrazadas³⁰. La segunda práctica es más gravosa, y enlaza esta vez con el subtipo devaluado de trabajo a distancia al que aludíamos líneas atrás. La práctica judicial ilustra situaciones de estricto trabajo a domicilio no formalizadas contractualmente. Se trata de ocupaciones informales, encargos heterogéneos, trabajos a destajo, o prácticas de subcontratación no declaradas, y que se desenvuelven en domicilios “ad hoc” y en economía sumergida. La mayoría de los litigios salen a la luz por parte de los trabajadores o por intervenciones colaterales de la inspección laboral, y finalizan con sentencias confirmatorias de la laboralidad del vínculo ex art. 13 y su consideración indefinida por fraude de ley³¹.

³⁰ La evidencia empírica colige las dificultades exegético-aplicativas del art. 13 y el “efecto centrífugo” de sus elementos definitorios ex art. 1 ET. El anexo jurisprudencial compendiado en este estudio ilustra dicha problemática. Entre tales ejemplos, la jurisprudencia consideró como TAD la actividad realizada por un periodista tertuliano de una cadena radiofónica (STS. 19/2/14); o el perfil del director creativo en régimen de teletrabajo que realiza dicha actividad alternativamente en varios lugares geográficos (STSJ PAÍS VASCO 28/5/19).

³¹ Los Anexos compendian un abanico ilustrativo de trabajos a distancia “clásicos” y así: trabajadora externa a la que se encarga el aparado de plantillas, acometiendo dicho cometido con medios materiales propios (STSJ. Com VALENCIANA 12/4/11); trabajador a distancia que se desplaza regularmente a los locales de la empresa, previa recepción de información, encargándose de confeccionar artículos periodísticos ulteriormente (STSJ ASTURIAS 14/4/00); un tercer ejemplo ilustra la realización de trabajos externos de grabación y montaje de piezas; el trabajador recogía los pedidos de la empresa Inoxrom cada dos o tres semanas, y montaba los materiales en su domicilio con máquinas fresadoras (STSJ CATALUÑA 25/10/10); otro ejemplo de trabajo a domicilio clásico deviene de la realización consecutiva de encargos para confeccionar prendas de ropa en el domicilio particular (STSJ GALICIA 24/10/97); un último ejemplo lo ilustra el encargo mandatado por una empresa a su trabajador para confeccionar etiquetas en su domicilio a tiempo parcial (STSJ PAÍS VASCO 2/12/97).

3.2. El paulatino refuerzo del poder directivo en el TAD: la inflación de las facultades de control digital y la deflación de los códigos protectores iuslaborales

1. De lo expuesto hasta ahora inferimos dos fenomenologías desequilibradas respecto del TAD y el cambio tecno-informacional. Las transformaciones en curso afianzan, de una parte, un “feudalismo digital”³² que amplía los ámbitos perimetrales del poder directivo empero a costa de la precariedad y la instilación de espacios vulneradores. Dentro de estas potencialidades están los derechos de nuevo cuño cuyos perfiles se imbrican en el estatuto de los teletrabajadores, como la intimidad digital, la protección de datos, o el “derecho al entorno virtual”³³. Es evidente que la informacionalización pone en jaque los derechos fundamentales y que, como señalan los tribunales con frase feliz, la fuerza laboral no deja “su intimidad ni el resto de sus derechos en las puertas de la oficina o empresa” (STS 23/10/2018, Sala 2ª). Ahora bien, interpretamos códigos de estructuración compleja y caracterización comprometida, entre otras cosas, porque entremezclan derechos de naturaleza material, sometidos a graduaciones, con derechos de vocación formal que, por ello, propenden alzar barreras protectoras anticipadas. Lo cual explica que el juicio de ponderación constitucional de la vigilancia intrusiva se antoje alambicado.

Ciertamente, el ámbito de las facultades supervisoras, y en concreto el establecimiento de marcos habilitadores que verifiquen los perímetros de uso de los medios informáticos, es un asunto vidrioso, henchido de aristas técnicas y matizaciones materiales, las cuales concatenan sucesivas fases hermenéuticas. Primero hay que examinar si se trata en efecto de una violación de un derecho fundamental; de ser así, debe validarse la utilización de la prueba para, finalmente,

³² Versión vanguardista del “feudalismo industrial” referido en la STC 88/1985, de 19 de julio: “Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa... legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (FJ nº 2).

³³ Teóricamente el “derecho al entorno virtual” tiene vocación de emanciparse y cobrar autonomía e identidad propias. Encuentra fundamento en la plurifuncionalidad de los datos almacenados en cualquier ordenador y en cualesquiera dispositivos con análoga capacidad de acumular información vinculada a una persona (v.gr. “Smartphone”) para colegir la necesidad de un tratamiento unitario con la proclamación del derecho al entorno digital. Sería, en fin, un derecho de nueva generación “que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional” (STS 489/2018, de 10 de octubre, remitiéndose asimismo a las SSTs 342/2013, de 17 de abril; 587/2014, de 24 de febrero; ó 587/2014, de 18 de julio).

inferir el alcance de dichas consecuencias. Por otro lado, los niveles de protección y los requisitos dables para una injerencia legítima vuelven a depender del derecho afectado. Los derechos de la personalidad integran el secreto de las comunicaciones, la intimidad y la autodeterminación informativa. Todos comparten puntos comunes e interferencias recíprocas, empero abstraen regímenes legales diferentes y diferenciaciones en sus respectivos blindajes normativos. Disponemos de un amplio corpus doctrinal y jurisprudencial que va desbrozando toda una taxonomía fundamentadora pero como hemos visto las variables en juego resuelven una dogmática no lineal ni homogénea. Razones de espacio impiden profundizar más en ello, pero interesa destacar el carácter “endocéntrico” que en último extremo envuelve estos asuntos litigiosos. Hablamos de valores axiales, como la dignidad e intimidad ex arts. 10 y 18 CE, cuya centralidad debe quedar incólume, más allá de la amalgama de derechos que orbiten la digitalización³⁴.

El TAD y sus fórmulas derivadas ilustran la relación de proporcionalidad inversa existente entre la inflación de las facultades de control digital y la deflación de los códigos protectores iuslaborales. El panlogismo técnico-económico facilita la expansión de dicha “unidireccionalidad” a fuer de religar los códigos protectores, ora sustantivos y de defensa procesal. Las funciones organizativas del factor trabajo y las actividades de control y vigilancia se anudan bidireccionalmente y, como sabemos, constituyen piezas neurálgicas de la gestión de personal inherentes al poder directivo mismo. Los manuales de administración de empresas conciben estas funciones como un “continuum”, y enhebran una con-causalidad funcional. En su virtud, la racionalidad teórica (diseño) y práctica (gestión) de cada esquema organizativo perfila los procesos de toma de decisiones, previa combinación de los recursos informativos, productivos y tecnológicos. El capitalismo afianza, hoy más que nunca, una lógica de explotación maximalista de los recursos (factor trabajo inclusive) orientada a la optimización incremental del rendimiento contable de cada proyecto empresarial y económico. Desde esa óptica dominante, el TAD viene a ser un reflejo especular de la hegemonía de los vectores tecno-económicos ligados a la producción³⁵ frente a la religación de sus aspectos personales o socializadores. Prueba de ello es el contenido del art. 13 ET, colmatado de sedimentos instrumentales favorables a las facultades organizativas y de control directivo.

³⁴ En símil posicionamiento, vid Domenech (2018: p. 812) ó Reis De Araujo (p. 65 y 251 y ss)

³⁵ Heidegger, colacionando el significado del término “producción”, enhebra el concepto con el hecho de “traer lo presente”. La fenomenología de la producción propende suscitar la venida de lo presente haciéndolo aparecer; un “hacer venir”, ocasionar u originar (“veranlassen”; pp. 18 y 19). La lógica del rendimiento cortoplacista, catapultado por el tecno-globalismo, no deja de ser una vuelta de tuerca turbo-capitalista tras lograrse tecnológicamente la compresión de los códigos de espacio y tiempo.

Nuestra dogmática diferenció pronto las facultades estrictamente directivas de las funciones de control y vigilancia, amén de las sancionadoras³⁶. El art. 20 ET refleja el distingo cuando disecciona las facetas del poder directivo. Por un lado confiere sin ambages al empleador la titularidad del mentado poder, y, por vía negativa, refuerza tal función con las obligaciones de cumplimiento según patrones de diligencia, colaboración y buena fe (párrafos 1 y 2). El diseño del art. 20 ET ubicaría las facultades de vigilancia y control en los párrafos subsiguientes (3 y 4), a los cuales se ha sumado recientemente las aportaciones de la Ley 3/2018. Hasta su promulgación, el Estatuto anudaba dos grandes cánones: uno general (párrafo 3^a) y otro atinente a las verificaciones del estado de salud (párrafo 4^o), sin embargo la LOPD extendería las potestades directivas al ámbito digital ex Disp. Final 13^a añadiendo nuevos dispositivos de control y vigilancia al cuadro general de facultades fiscalizadoras. La justificación del art. 20 bis ET encontró causa en motivos de coherencia estructural con la carta de derechos digitales estatuidos por la mentada Ley 3/2018 (art. 24 y arts. 87 a 91) sin embargo la apuesta peca de incredulidad, e ilustra una abdicación más del legislador en los poderes de control directivo, en clave incluso ampliatoria.

Según hemos reiterado, el escenario informacional requiere elementos correctores de las potencialidades vulneradoras de derechos. Solo así contrarrestamos verdaderamente la posición de “debilidad tecnológica” en la que está inmersa la fuerza laboral en general, y, en particular, los perfiles más imbricados en la digitalización, tele-trabajador inclusive. Por el contrario, el régimen instituido por la LOPD ex art. 20.bis ET se antoja débil, nominal, elusivo e inconsistente³⁷. Lejos de introducirse códigos garantistas claros y equilibradores (en la línea por ejemplo del voto particular emitido por Valdés dal Ré en la STC 241/2012) caminamos en sentido opuesto, abriéndose un hiato cada vez mayor entre las facultades de control digital y el estatuto protector de los teletrabajadores. Si la acción legal hubiera querido amparar verdaderamente la teleonomía descrita, no habría añadido un apéndice suplementario al art. 20 ET (“dirección y control de la actividad”) sino un nuevo canon al art. 4 ET, sumando un código más al cuadro del apartado 2 (derechos en este caso digitales). El art. 20.bis reincide en remisiones a otras normas “laterales”, y lo hace en una ley, como la LOPD, que abre clamorosas ventanas de oportunidad a las facultades de control directivo. Aparte

³⁶ Vid evolutivamente, Montoya Melgar (p. 152) De La Villa/ García Ninet (p. 479) Román De La Torre (pp. 118 y 119) Martínez Fons (pp. 25 y ss) Sierra Benítez (pp. 307 y ss), Rodríguez Escanciano (2015: p. 208) Mercader Uguina (p. 140) Preciado Domenech (2018: pp. 564 y ss) ó Reis De Araujo (cap. 4^o, y pp. 147 y ss).

³⁷ Nuestra doctrina ha tenido oportunidad de mostrar sus críticas al contenido de la mentada LOPD; vid. Miñarro Yanini (pp. 9 y 13) Baz Rodríguez (p. 51) Preciado Domenech (2019: p. 19 y ss) ó Rodríguez Escanciano (2019: p. 190).

de dejar en el aire demasiados asuntos relevantes y de prodigarse en conceptos jurídicos indeterminados, su régimen abunda en llamamientos a la negociación individual y colectiva; y por ende redimensiona, por si no lo estaba ya antes, las facultades de control y vigilancia. Pongamos tres ejemplos ilustrativos.

Comenzaré con la desconexión digital, dada la alusión expresa al TAD ex art. 88.3 LOPD. Es sintomático que la ley no hable de “teletrabajo” sino de “trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado”, lo cual extiende su cobertura regulatoria desde un plano material y subjetivo. Amén de ser un derecho de nuevo cuño, casi calcado a la regulación homónima francesa (vid. Alemán Páez 2017.b), su régimen exhala vanguardismo cosmético. El art. 88 LOPD viene a ser una norma bienintencionada que valoriza ciertos bienes jurídicos dignos de protección, sobre todo en tres anclajes imbricados en el estatuto de los trabajadores a distancia: la intimidad, el derecho al descanso y los derechos de conciliación personal y familiar (pfs. 2 y 3), trasuntos todos, además, de cánones Constitucionales (ex arts. 10, 39, 43 ó 45 CE). Así las cosas, el art. 88 peca en remisiones y construcciones programáticas, y escuda una teleonomía prescriptiva, que para nuestro caso es básica en aras de un justo equilibrio de los intereses protegibles. Más bien pienso un efecto de deslizamiento hacia las negociaciones privadas que, junto al refuerzo del rol directivo en este punto, deja muy en el aire la virtualidad aplicativa de la desconexión real aprovechable por los trabajadores a distancia y teletrabajadores.

Análogas consideraciones merece el tratamiento del derecho de intimidad a la luz de los dispositivos digitales ex art. 87 LOPD. La regulación del registro directo de los terminales informáticos, junto a los derechos de vigilancia empresarial sobre el uso de internet o del correo electrónico, adolece de atonía y escasez garantista, máxime con los vaivenes en clave reductora que viene haciendo gala la exégesis aplicativa del canon de proporcionalidad constitucional. El art. 87 resulta sobremana lável pues no deja de ser otra norma de reconocimiento (derecho a la intimidad ex pfo. 1) cuyos códigos respaldan poco a los trabajadores a distancia y a los tele-trabajadores. El concepto de “dato personal”, viene bien recordarlo, va más allá de la noción de datos íntimos pues enlaza con otras dimensiones, públicas inclusive, insertas en el poder de disposición de los sujetos potencialmente afectados³⁸. Cuando los trabajadores utilizan las TICs dejan una estela de su “personalidad digital” cuya des-ocultación violenta de pleno su identidad y el sustrato tentativo de ella³⁹. Frente a esto los apartados 2 y 3 del art. 87 dan laxitud

³⁸ Vid. STCO 292/2000, de 30 de noviembre, así como las reflexiones de GOÑI SEIN (2018) pp. 34 y ss.

³⁹ Como bien apunta la STC 173/2011, 7 de noviembre: “Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o do-

al empleador en sus prerrogativas de vigilancia y control. Y mucho temo que las acciones realizables “a los solo efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales” sufran un segundo efecto de deslizamiento en la segunda acción empresarial: “garantizar la integridad de dichos dispositivos” (apartado 2).

Por cerrar argumentalmente la cuadratura del círculo, el art. 89 LOPD habilita al empleador el uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos cuando hayan captado la “comisión flagrante de un acto ilícito”. El constructo permite extender la cobertura del precepto a cualquier actividad no permitida, dada la locución adjetival “ilícito” (ex DRAE). Lo cual subsume las conductas ilegales o delictivas así como los comportamientos vetados prescriptivamente en cualesquiera dispositivos (v.gr. pactos colectivos, acuerdos individuales, prácticas protocolarias, manuales de acogida, etc).

2. Queda claro, por lo expuesto hasta ahora, que el TAD tamiza las actividades de control y vigilancia. No en vano modula estructuralmente, y en clave flexibilizadora, dos condiciones básicas: el lugar y el tiempo de trabajo. Permite laborar desde escenarios no matriciales sin el presupuesto de la presencialidad; y cuenta además con márgenes temporales muy dúctiles, sin tener que ajustarse “prima facie” a módulos fijos; y todo ello, con la ayuda de las TICs como elementos medulares de apoyo logístico y comunicativo. Estas premisas filtran los sistemas “clásicos” de control directo y mediato del trabajo. Atrás quedan las fórmulas legales que conceptuaban el TAD como una modalidad “sin vigilancia del empresario”⁴⁰. Su eliminación por la Ley 3/2012 refrendó una realidad superada por el escenario técnico, dados los multiformes caminos de realización de las TICs. Entre las vastas oportunidades tecnológicas, la informacionalización y la

cumentes, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE... sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información”.

⁴⁰ Antiguo art. 13.1 ET “in fine”. O como rezaba el art. 144.1 LCT, “sin la vigilancia de la persona por cuenta de la cual trabaje, ni de representante suyo”.

conectividad en red cambian los sistemas de vigilancia y verificación presencial por un abanico de controles indirectos, cuyos extremos, para mayor abundamiento, se digitalizan algorítmicamente.

La presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales es una variable dependiente de la tipología del TAD y del régimen pactado al efecto. El “factor presencialidad” puede ser en este sentido secundario, incluso irrelevante. Ahora bien, en términos técnico-jurídicos ello no cambia la relación de sujeción del teletrabajador con el círculo rector organicista del dador de trabajo. Ambas partes sujetan el TAD a un esquema organizacional y/o tecnológico predeterminado, que, al operar extramuros de la presencialidad material, tamiza los elementos típicos ex art. 1 ET. Eso sí, la atenuación de los cánones Estatutarios puede atajarse fácilmente con otros soportes compensatorios. Es más, cabe hipostasiar intensificaciones incrementales de la vigilancia directiva, dadas las melifluas cortapisas de la LOPD. Es evidente que la “distalidad espacial” atenúa la vigilancia directa pues no hay un control personal e inmediato de los teletrabajadores pero, como vengo significando, ello no elimina la facultad directiva: solo modula sistémicamente los mecanismos fiscalizadores de la tarea laboral desde el desenvolvimiento del vínculo a distancia y la polivalencia de los instrumentos conectivos. El teletrabajador desenvuelve el vínculo obligatorio en un escenario laboral oblongo que flexibiliza “in extenso” su estatuto jurídico. No en vano, la deslocalización espacial se compensa y refuerza con un régimen de ultra-disponibilidad telemática y comunicativa. Por ello, y como vengo significando, la inconmensurabilidad informacional requiere en justicia marcos jurídicos mayormente garantistas, máxime cuando la sofisticación técnica se erige incluso en variable independiente del régimen de controles iuslaborales.

En el TAD los sistemas de control inicial y final del trabajo prácticamente permanecen pues, de uno u otro modo, acotan objetualmente la dación del encargo/cometido, especificando los elementos determinativos del débito funcional ex art. 1273 CC; y aparte de ello, proyectan el régimen fiscalizaciones finales o parciales (De la Villa/ García Ninet, p. 332). Donde sí hay importantes matices es en los controles intermedios, cuyo espacio dilata además los márgenes de intervención de la vigilancia tecnológica. Es el ámbito donde además se verifica el cumplimiento de la prestación y la actualización temporal de su contenido. La “transversalidad” del TAD le lleva a interactuar con el conjunto de categorías iuslaborales, y esta tarea de inter-penetración institucional tamiza el cuadro de derechos y deberes del vínculo jurídico. Prueba de ello son los paradigmas articulados alrededor del teletrabajo, cuyo abanico forma incluso un marco conceptual propio. “Telepresencia”, “telesubordinación”, “teledisponibilidad”, “telepresencia”, entre otros, tamizan significativamente las relaciones profesionales

derivadas del TAD modalizando, de consuno a ello, las categorías de las cuales dimana jurídicamente.

En términos de capital humano, el TAD y sus fórmulas asociadas afianzan una subespecie de confianza tipo “*bridging*”. La separación espacial de los teletrabajadores recaba, precisamente, lógicas de aproximación que compensen el condicionante de la distalidad física. No me refiero a las TICs propiamente dichas sino a regímenes de “coordinación imperativa” entre las unidades matriciales de la organización y tales células laborales. La fluidez comunicacional e informativa son claves estratégicas y consustanciales al TAD. Lo son respecto del cumplimiento diario y habitual de las obligaciones profesionales pero también con vistas a una correcta proyección funcional de dichas fórmulas de trabajo. Los “velos estructurales”, ora laborales, digitales y organizativos, se tornan fluidos y transparentes, y despliegan sinergias en sentido bidireccional para las empresas y teletrabajadores. Con todo, el poder tecnológico amplifica el foco del “Gran Hermano panóptico-digital”, incluso facilita al “ojo irado” (Seis de Araujo, p. 147) capacidades distorsionadoras de las “verdades almacenables”.

El problema deviene en el uso distorsionado de nuestro objeto analítico y de los dispositivos técnicos de vigilancia directiva. No hablo solo de la utilización subrepticia de prácticas conocidas (falsos autónomos, economía sumergida, etc) ni de la construcción de velos artificiosos en redes triangulares. Hablo de la amalgama de filtros de control diseñados algorítmicamente y de la utilización espuria de dichas formas de oculto dominio político (v.gr. software espías)⁴¹. Paradójicamente, es en estos ámbitos donde las herramientas digitales despliegan una significación más estratégica, a fuer de silente y subyugante. Las TICs pueden en efecto laminar la “presencia física realizadora” de ciertas fórmulas de laboralidad pero a cambio entronizan un canon de “*cercanía tecnológica*” cuyos elementos se licuan fenomenológicamente dentro del medio impositivo imperante. La sofisticación de las TICs hegemoniza su centralidad retroalimentándola merced a su carácter multi-ubicuo, algorítmico y “ocultante”. Es más, permiten controles más incisivos e ininterrumpidos que los realizados de forma tradicional con la asistencia física de los trabajadores en centros presenciales.

3. Las singularidades del TAD, y en particular la cualificación que generalmente envuelve el estatuto socio-jurídico de los teletrabajadores, introducen importantes matices en el régimen de obligaciones iuslaborales, tanto como

⁴¹ Analizando la jurisprudencia vertida al hilo de la revolución informacional, comprobamos toda una “nomenclatura tecnificadora” en los antecedentes fácticos de los pronunciamientos judiciales. Los Anexos.1. ilustran el alcance del mentado lenguaje exegético: v.gr. dispositivos “tracker”, “activtrack”, “staffomatic” (ex SAN 6/2/19 y 21/6/19; TSJ CATALUÑA 21/6/19; ó TSJ MADRID 22/7/19).

potencialidades al alza de intrusión en la privacidad. La “empresa panóptica” (Mercader, p. 121) absorbe sistémicamente el factor trabajo y sus políticas de gestión, y en ese sentido las contingencias vulneradoras se irradian con análoga proyección omnisciente⁴². Si el paradigma tecnológico habilita sistemas de “control capilar” de la fuerza de trabajo dentro y fuera de sus puestos (Rodríguez Escanciano: 2019, p. 19) tales soportes amplían las posibilidades de control del TAD y, con ello, las intrusiones potenciales de derechos. La informacionalización permite aplicar una amplia gama de registros, monitorizaciones y comprobaciones que, debidamente computerizados, dilatan los márgenes del poder digital directivo. Cada medio de control amplía “policéntricamente”, esto es, los perímetros de intervención del referido poder. Por circunscribir un esquema elemental, pueden fiscalizar el cumplimiento normal y cotidiano de los deberes laborales, fluidificar los flujos comunicativos del trabajador a distancia con sus unidades matrices organizativas, robustecer la confianza tipo “brinding”, o perfilar sucesivamente el encaje del TAD dentro del esquema organizativo; pero sobre todo, y muy especialmente, dan cobertura sancionatoria al incumplimiento de las obligaciones profesionales o la utilización defectuosa o extralaboral de las TICs.

En verdad, el uso masivo de los dispositivos tecnológicos por los teletrabajadores, o el impulso por estos de “estrategias de viralidad” (Reis de Araujo, p. 147) que difunden en red sus actividades y modelos de negocio, cualifican el contenido de la prestación “funcionalizándola informacionalmente”. Las TICs vehiculan la ejecución prestacional con filtros digitales que encauzan las obligaciones del trabajador actualizándolas en el tiempo (recepción de documentos, emisión de órdenes y encargos, supervisión de la jornada, etc). Sustranen el control inmediato y directo del cumplimiento obligatorio gracias a la transducción tecnológica de los instrumentos digitales. Con todo, tamaño amplificación instrumental también dilata las contingencias incumplidoras. Aparte de intensificarse la carga de trabajo y proyectar rendimientos teóricos no alcanzables, el acceso a fuentes privilegiadas de información por el trabajador a distancia, junto a su proximidad técnico-estratégica a los nódulos matriciales organizativos, redimensionan los deberes de concurrencia, permanencia, custodia y secreto desde una doble clave garantista y de protección corporativa. Contamos con una doctrina judicial

⁴² Disponemos de sesudas aportaciones doctrinales sobre la tipología de dispositivos informacionalizados, sistemas de control inclusive. Por compendiarlas, respecto del plantel de herramientas digitales, vid en primer término Rodríguez Escanciano (2015: pp. 78 a 121); el análisis de Purcalla Bonilla realiza una compilación actualizada de tales dispositivos al hilo de la jurisprudencia vertida en clave nacional y comparada (en espec. pp. 98 a 108); para un examen más sofisticado de los sistemas de control (intermediaciones, plataformas digitales, etc) vid. Lopez De La Fuente (pp. 551 ó 560); respecto de las dimensiones Constitucionales de la videovigilancia y el uso del correo electrónico, vid Valdés Dal Ré F (2018), puntos 2 y 3.

elaborada al hilo de las desviaciones en el uso de los medios digitales o los perjuicios producidos en los sistemas de protección informática (por todas, vid. STS. 26/9/07). Pero sobre todo destacan los controles empresariales del domicilio del teletrabajador y las respuestas por el uso extralaboral del correo electrónico y los dispositivos de almacenamiento masivo de datos, que generalmente son los asuntos más litigiosos, sea ello en respuesta de actos punibles (v.gr. delito de apropiación indebida) o ante la sospecha de haberse violentado los cánones de buena fe contractual.

Los Anexos compilados a este estudio sintetizan la evolución de dichas pautas jurisdiccionales (punto 1.5). Las herramientas de los trabajadores a distancia pueden estar sujetas al mismo régimen de controles (copias espejo, motores de búsqueda etc) y en ese sentido los anclajes de dicha doctrina perfila los perímetros legítimos de intervención de la vigilancia directiva. Como sabemos, el poder de control digital no habilita “per se” las intromisiones en los dispositivos de almacenamiento de datos pues son espacios de injerencia sujetos al canon de proporcionalidad (mecanismos de filtrado o búsqueda ciega, etc). Aparte del consentimiento individual expreso del teletrabajador, y del régimen informativo habilitado ex arts. 87 a 91 LOPD, los controles digitales deben resolver un contexto de no transgresión de la expectativa razonable de privacidad, cuyos extremos no pueden ser laminados materialmente. Hablamos de una presunción de permisividad, sobremanera difundida en las relaciones laborales, fundada en la subsistencia de unas reglas de uso de los dispositivos tecnológicos. El canon hunde sus raíces en un régimen de advertencias previas cuyos extremos condicionan su empleo limitativamente a tareas propias del puesto, y presupone que los trabajadores conocen fehacientemente la supervisión tecnológica⁴³.

Como es sabido, la legitimidad de las intervenciones informacionales y la viabilidad de las pruebas obtenidas al efecto deben ponderar una pluralidad de variables cuya trabazón condiciona el “check list” y el resultado del canon de

⁴³ Entran entonces en juego los criterios de ponderación sobre la proporcionalidad de la injerencia, cuyos esquemas se irradian básicamente a través de la STEDH BARBULESCU vs. Rumanía II. El juicio de ponderación calibra entonces la gravedad de la injerencia, la superación del juicio de necesidad, particularmente la inexistencia de otras medidas de vigilancia menos gravosa, y el hecho de contar con sospechas fundadas y justificativas de la actuación empresarial. No basta, pues, la legitimidad de acceso a la información contenida en el dispositivo técnico. La justificación de la injerencia debe ser igualmente considerado al valorar la licitud de la información lograda mediante actos de control, vigilancia o registro. Con todo, a efectos de licitud constitucional, incluso la absoluta proporcionalidad en la búsqueda carece de significación si el propio control informacional carecía de cobertura. Sobre la construcción evolutiva del “Test Barbulescu” y la doctrina del TEDH, vid Alemán Páez (2017, puntos 3 y 5) Preciado Domenech (2019: p. 139 y ss) Reis De Araujo (capítulo 6^a en su integridad) ó Rodríguez Escanciano (2019: pp. 182 a 189).

proporcionalidad⁴⁴. La experiencia empírica ilustra fórmulas reguladoras muy dispares respecto al uso de las herramientas informáticas y digitales⁴⁵. De ahí que el primer paso deba saldar “ex ante” las condiciones de utilización de dichos instrumentos⁴⁶. En el TAD es difícil pensar en prohibiciones absolutas de uso privado, al contrario, sus características hipostasian un régimen de utilización moderada. De habilitarse la permisividad impera, por un lado, una puntualización exquisita de los usos autorizados y de los medios tecnológicos que materializan el control digital directivo (software de monitorización o de captura de pantallas, informes periciales informáticos, acceso a contenidos, etc). De otro lado, deben asimismo salvaguardarse un marco de garantías preservadoras de la intimidad, con refuerzos sólidos que den prueba fehaciente del “consentimiento informativo”⁴⁷.

⁴⁴ Como señala el Alto Tribunal (STC 281/2005, de 7 de noviembre) la potestad de vigilancia o control empresarial resulta limitada por la vigencia de los derechos fundamentales, si bien los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas varían en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas empresarialmente para tal fin

⁴⁵ Sobre la construcción formal de dichas cláusulas, vid Anexos.2 (sub. 4 y 5); complementariamente, vid los formularios de buenas prácticas compilados por Serrano García J (2019) pp. 113 y 119.

⁴⁶ La dogmática de la expectativa de la intimidad se embrida estructuralmente con el derecho al entorno digital antes mentado (vid nota nº33) pero, aparte de ello, absorbe las aproximaciones vertidas al efecto por las respectivas jurisdicciones. Sirva ilustrativamente la STS. 23/10/18 (Sala 2ª). El Alto Tribunal anula aquí el registro del ordenador de un directivo cuyas pruebas confirmaban una conducta delictiva flagrante. El acusado no había asumido explícitamente la obligación de usar el ordenador de forma exclusiva para actividades o comunicaciones empresariales; no existía prohibición de comunicaciones ajenas a sus funciones como gerente; tampoco había sido advertido por la empresa de una hipotética reserva de su facultad para examinar tal herramienta; ni había autorizado, expresa ni tácitamente, que se pudiera acceder a sus cuentas de correo. El ordenador fue examinado con un programa informático que permitía seleccionar correos electrónicos sin necesidad de abrirlos. Todas las premisas descritas llevan pues al TS a revocar la prueba, pero como decía el interés estriba en la doctrina sentada en tal resolución, cuyo tenor reproducimos: “Limitar los perjuicios de la intromisión a lo estrictamente necesario consiguiendo no afectar a elementos ajenos a la empresa o relacionados con la intimidad del usuario no sirve para revertir en legítima la intromisión ab initio ilegítima. Ha de ser una valoración apriorística y no a expensas de los concretos contenidos obtenidos. La ilegitimidad no deriva del contenido obtenido, ni de la forma de acceso más o menos intrusiva, sino del mismo acceso in consentido y no advertido previamente” (F.J nº 11).

⁴⁷ Comparto en este punto las recomendaciones de Luque Parra (2019) sobre el uso de las TICs y sus pautas de implementación. El primer paso debe saldar la disyuntiva de los códigos de “tolerancia O”, clarificando exquisitamente las posibilidades de uso privado de tales herramientas. Dadas las condiciones singulares del TAD, hipostasiamos criterios de permisividad flexible para romper el aislamiento estructural de los teletrabajadores. Debe rehuirse la vaguedad y evanescencia en los referidos códigos, y considerar además las particularidades cualificacionales y clasificatorias de cada trabajador a distancia. Un tercer punto hunde sus raíces en el papel asignado al convenio

4. ANEXOS

4.1. Resoluciones sobre teletrabajo y trabajo a distancia, y complementariamente derechos digitales: referencias según las instancias, cronología y temáticas abordadas

(1) STS 10/4/19 (EDJ. 572520): Telemarketing: cláusula genérica, estipulada contractualmente, por la que el trabajador cede su imagen tomada mediante cámara web y dispositivos tecnológicos; convalidación de la cláusula por estar implícita en el objeto de dicha actividad. STS –Sala 2ª- 489/2018, de 23 de octubre: Control informático y límites del “compliance officer” en el uso de los emails; STS 21/9/15 (rec. 259/2014): Carácter abusivo de la cláusula contractual que obliga a facilitar a la empresa el teléfono móvil y la dirección personal de correo electrónico para el envío de mensajes de texto y documentos. STS 19/2/14 (rec. nº 3205/2012, con voto particular): Periodismo y teletrabajo: laboralidad de la actividad realizada por un periodista- tertuliano de una cadena radiofónica a la que presta habitualmente sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia, pese a cobrar mediante facturas giradas a través de una sociedad mercantil y realizar el trabajo con gran libertad y en domicilios itinerantes. STS 11/4/05 (EDJ. 62273): Teletrabajo y trabajo a domicilio: naturaleza, concepto y fuentes; implantación de la denominada “oficina virtual de empresa”; cambios en el régimen contractual de los trabajadores, aunque afecte a una parte del contenido de la prestación; la aceptación de dicha modalidad de trabajo no puede ser obligatoria para el trabajador, y, en estos términos, no cabe su implementación ni por la vía del art. 41 ET ni por acuerdo colectivo. STS 22/4/96 (EDJ 1996/2071): trabajo a domicilio y presunción de laboralidad: los servicios prestados por trabajadores a una empresa de información constituye una relación laboral pese a realizar su actividad en el domicilio personal con medios propios, hallándose de alta en licencia fiscal y en Seguridad Social como autónomos, y percibiendo su retribución como honorarios; el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización de los cometidos avala tal tesis, amén del ulterior control de dicho trabajo; la empresa penaliza el retraso en su conclusión, amén de tener asignadas zonas geográficas para su desarrollo; todo ello evidencia una relación de sujeción

colectivo (ex arts. 88 RGPD y 91 LOPDGDD). En este aspecto es vital la clarificación del papel asignable a otros dispositivos, digamos de segundo nivel, si por ejemplo interactúan regulatoriamente (protocolos, circulares intranet, manuales de bienvenida, etc). Los referidos protocolos deben ser validados por los servicios de prevención. Siguiendo la tendencia rupturista y de renovación abrupta digital, debe prestarse especial atención a las políticas formativas (no meramente informativas) y recualificadoras. Por último, y como cuestión nada baladí, las empresas deben seguir una cumplimentación exquisita y rigurosa de las condiciones de uso de tales herramientas, sin caer en la tolerancia de comportamientos proscritos ni en la evagación de dichas regulaciones por el staff directivo y sujetos con empoderamiento.

al poder directivo empresarial y una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo.

(2) SAN 25/7/2019 (EDJ 2019/684862): Conflicto colectivo, transmisión de empresas y de centros de conmutación profesional externos; actividades de campo para operar y gestionar redes móviles y fijas con infraestructuras de emplazamientos y de teletrabajo; monitorización en red, sistemas de alertas y de comunicación laboral; herramientas informáticas: “Wfn” (analiza y valora “tickets” redirigiéndolos automáticamente a equipos de campo y provisionando los repuestos), “Noc” y Remedy”. SAN 6/2/19 (Nº 13/2019): Conflicto colectivo (CC.OO v. Telepizza): impugnación del dispositivo “Tracker”, que permite la geolocalización de los trabajadores mediante la descarga del mismo en el teléfono móvil; la AN invalida en este caso la imposición unilateral de dicho sistema por suponer, entre otros aspectos, un incumplimiento de los derechos de información y consulta y entrañar paralelamente una violación del derecho a la privacidad. SAN 13/7/04 (EDJ 2004/188508): Conflicto colectivo USO-Iberdrola; cambios organizativos y “efectos en cascada” en la ordenación funcional del trabajo a distancia.

(3) STSJ GALICIA 23/7/19 (EDJ 2019/688278): Teletrabajo; criterios y mecanismos de implementación en el sector público. STSJ Galicia 11/7/19 (EDJ 2019/668956): Teletrabajo, flexibilidad horaria y conciliación; personal laboral indefinido no fijo de la Xunta de Galicia, con reducción de jornada del 50% y horario flexible (referencia de 7:45 a 15:15 horas, mínima diaria obligatoria de 3 horas a realizar dentro del horario referenciado) por conciliación familiar. STSJ MADRID 5/7/19 (EDJ 2019/671976): Teletrabajo: procedimiento y criterios para su concesión. STSJ MADRID 28/6/2019 (EDJ 2019/671415): Teletrabajo, seguridad social e invalidez permanente absoluta; enlaces abstractos básicos para su reconocimiento. STSJ CATALUÑA 21/6/2019 (EDJ 2019/660897): Teletrabajo; empleo del gestor de correos corporativo, auto-envío de información con datos de clientes con consentimiento y permisividad de la empresa; utilización del programa “Activtrack”, cuyo dispositivo fotografía la pantalla del ordenador con carácter aleatorio. STSJ MADRID 10/6/19 (EDJ. 639990): Implementación selectiva del Teletrabajo; criterios de concesión y régimen ulterior de recolocaciones y reincorporaciones en las oficinas centrales de la empresa. STSJ PAÍS VASCO 28/5/19 (EDJ 2019/651528): Director creativo en régimen de teletrabajo (tres días de servicios en Madrid y dos en Bilbao); utilización de dispositivos móviles como instrumentos de comunicación laboral. STSJ CATALUÑA 14/5/19 (EDJ 2019/622249): Teletrabajo: distinción entre cambio de puesto y de lugar de trabajo. SSTSJ GALICIA 12/4/19 (EDJ 2019/575993) y de 5/4/19 (EDJ 2019/576013): Aplicación de la Orden de 20 de diciembre de 2013 sobre jornada, flexibilidad horaria y teletrabajo de los empleados públicos de la Comunidad

Autónoma de GALICIA. STSJ ANDALUCÍA 11/4/19 (EDJ 2019/594737): Teletrabajo y situaciones de capacidad disminuida. STSJ GALICIA 12/6/18 (EDJ 2018/551866): Trabajo a domicilio: distinción entre tiempo de presencia y trabajo a distancia. STSJ COM. VALENCIANA 23/10/18 (Rec. 84/2018): Realización de actividades parciales en el domicilio del trabajador; inexistencia de trabajo a distancia por faltar las notas de dependencia y ajenidad. STSJ CASTILLA Y LEÓN 1/2/17 (EDJ 2017/16548): Contrato a domicilio; sucesión de relaciones contractuales y conversión fraudulenta subsiguiente en régimen de autónomo; facilitación por la empresa de dispositivos tecnológicos para el trabajo a distancia; confirmación de la relación laboral por cuenta ajena ex art. 13 ET. STSJ Canarias (LP) 17/10/17 (EDJ 2017/521208): teletrabajo, modificación del mismo a tiempo parcial; pluri-actividad (alta en autónomos) compatible con la presunción de laboralidad; despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad ex art. 24 CE; la tele-trabajadora gestionaba diversos proyectos para la Universidad de Las Palmas, cobrando a través de facturas; su cometido fundamental consistía en comunicarse con quien había diseñado la plataforma del plan de formación docente: testeaba el aplicativo informático, hacía certificaciones de asistencia, contestaba correos electrónicos, reflejando incidencias en el plan de formación de los alumnos, gestionaba el título de experto en docencia, resolvía las incidencias del aplicativo informáticos siendo además la gestora de ese aplicativo. STSJ STSJ CASTILLA Y LEÓN 3/2/16 (EDJ. 5757): Teletrabajo: multiconferencias y respuestas de correos electrónicos desde el domicilio; medios de control del tiempo de trabajo en jornadas de duración indeterminada; horas extras sin documentar ni ser retribuidas como tales empresarialmente; la ausencia de pautas y de unos mínimos instrumentos de control equivale crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio. STSJ CATALUÑA 19/11/15 (EDJ. 2015/233291): Régimen de disponibilidad locativa, previa localización al teléfono móvil facilitado por la empresa. STSJ MURCIA 27/4/15 (Rec. 1028/2014): Implantación de Teletrabajo mediante novación unilateral; incumplimiento grave de las obligaciones empresariales y convalidación de la extinción ex art. 50.1 ET. STSJ COM. VALENCIANA 12/4/11 (Rec. 515/2011): Trabajo a domicilio “clásico”: trabajadora externa a la que se encarga el aparado de las plantillas de los zapatos, siendo de su propiedad los medios materiales para realizar tal actividad; pago por unidad de trabajo y a destajo; relación laboral ex art. 13 ET. STSJ CASTILLA Y LEÓN 12/2/08 (EDJ 2008/33955): Subrogación contractual y adjudicación a una contrata donde los trabajadores realizan su actividad laboral en la modalidad de teletrabajo; falta de ocupación efectiva y vulneración de la integridad moral de la trabajadora. STSJ ASTURIAS 14/4/00 (Rec. 51/2000): Trabajo a domicilio; desplazamiento regular del trabajador a los locales de la empresa, previa recepción de comunicados y avisos emitidos por organismos públicos del sector agrario, y confección de crónicas, artículos

y reportajes (100 artículos mínimos semestrales) desde el domicilio particular siguiendo las directrices impartidas empresarialmente. STSJ CATALUÑA 25/11/10 (Rec. 3968/2010): Trabajo a domicilio “clásico”: trabajos externos de grabación y montaje de piezas, facilitados por Inoxcrom SA, a una trabajadora que disponía en su domicilio de máquinas grabadoras y fresadoras; esta última recogía cada dos o tres semanas las piezas y el material a reparar devolviéndolos tras finalizar el encargo; laboralidad de la relación, encuadre de la misma ex art 13 ET; incumplimiento adicional del deber de ocupación efectiva ex art. 4.2.a ET y aplicación concomitante del art. 50.1.c ET. STSJ GALICIA 24/10/97 (rec. 3881/1997): Trabajo a domicilio “clásico”: confección de prendas de ropa en el domicilio particular del trabajador; alta de oficio instada por la inspección de trabajo; la inobservancia de los requisitos formales del art. 13 no incide en la validez del contrato. STSJ PAÍS VASCO 2/12/97 (nº 4567/1997): Trabajo a domicilio no formalizado por escrito: elaboración de etiquetas a tiempo parcial en el domicilio particular; fraude de ley y carácter indefinido de la relación.

(4) JUZGADOS DE LO SOCIAL: SJS Mataró nº 1, 12/9/19 (Proc 642/19): Adaptación de la jornada mediante teletrabajo para hacer efectivo el derecho de conciliación. La negativa empresarial, sin acreditar razones justificativas, merece indemnización por daño moral, cuantificable según LISOS. SJS. Soria 16/5/19 (EDJ 2019/632639): Reordenación y reducción de la jornada de un analista programador en régimen de teletrabajo por permiso de lactancia. SJS. Ciudad Real 24/4/19 (EDJ 2019/598397): Impartición de cursos formativos de teletrabajo e implementación material del mismo. SJS. Pamplona 18/2/19 (EDJ 516858): Canon de transparencia, significado y alcance del deber de información previa al uso de dispositivos digitales: nulidad de las grabaciones de un sistema de video-vigilancia que graba la pelea de dos trabajadores, a los que se despidió tras pelearse a puñetazos en el parking; mero cartel informador de la presencia de cámaras, sin informar de ello a los representantes ni de las finalidades sancionadoras; empero, la nulidad de la referida prueba no vicia la nulidad del procedimiento, validando el juzgador el despido ante la existencia de otros elementos probatorios (testifical); SJS. Albacete 10/12/18 (EDJ. 2018/724491): Trabajo a distancia e identificación del lugar de prestación de servicios; fuentes: necesidad de pacto expreso; fraude de ley. Complementariamente, y aun estando fuera del espacio institucional del art. 13 ET, puede colacionarse la problemática de los repartidores de comida a domicilio (Deliberoo) a través de la SJS nº 5 Valencia, de 10 de junio de 2019 (EDJ. 2019/628702) y de la SJS. nº 19 Madrid, de 22/7/19 (proc. oficio 510/2018); ambos fallos abordan la aplicación digital “staffomatic” fundando sus resoluciones en el canon de dependencia tecnológica ex art. 1 ET.

(5) Los pronunciamientos y asuntos descritos (supra 1-4) deben completarse con los temas de protección datos y del derecho al entorno virtual e intimidad informática, cuyos extremos sintetizaríamos en las resoluciones e instancias siguientes: (a) SSTC: TC de 3 de marzo del 2016 (nº 39/2016), 145/2014, de 22 de septiembre, 29/2013, de 11 de febrero, 39/2016, de 3 de marzo, 29/2013, de 11 de febrero; 170/2013, de 13 de octubre; 142/2012, de 2 de julio, 241/2012, de 17 de diciembre; 96/2012, de 7 de mayo (RA nº 8640-2010); 173/2011, de 7 de noviembre; 72/2010, de 18 de octubre; 89/2006, de 27 de marzo (RA nº 6036-2002); 14/2003, de 28 de enero (RA nº 4184-2000); ó 98/2000, de 10 de abril, 186/2000, de 10 de julio, ó 292/2000, de 30 de noviembre. (b) SSTS; TS 119/2018, de 8 de febrero (Inditex), TS (Sala segunda) 489/2018, de 23 octubre; STS 226/2017, de 17 de marzo, 6 de octubre de 2011, 8 de marzo de 2011, 26 de septiembre de 2007, ó 5 de diciembre del 2003 (conflicto colectivo contra telefónica al hilo de la monitorización y control de las llamadas por comerciales); complementariamente, SSTS 528/2014, de 16 de junio, 97/2015, de 24 de febrero; 786/2015, de 4 de diciembre; 204/2016 de 10 marzo, 426/2016 de 19 mayo; 287/2017, de 19 de abril, y 508/2017, de 11 de abril; de forma no ya tan explícita, SSTS 774/2016, de 19 de octubre; 795/2016, de 25 de octubre; 173/2018, de 11 de abril, y 311/2018, de 27 de junio. (c) Amén de la construcción jurisprudencial del TEDH, en especial la sentencia (Gran Sala) de 5 de septiembre, de 2017 (caso BARBULESCU v. Rumanía; asunto 61496/08), STEDH de 9 de enero de 2018 (caso LÓPEZ RIBALTA “et al” contra España); STEDH de 22 de febrero del 2018 (LIBERT v. Francia); STEDH, Secc. 4ª, de 3 de abril de 2007 (caso COPLAND v. Reino Unido; asunto 62617/00), además de las STEDH de 2 de septiembre de 2010 (caso UZUN v. Alemania), ó de 14 de marzo de 2013 (caso BERNH LARSEN HOLDING y otros v. Noruega; asunto 24117/08).

4.2. Cláusulas individuales de teletrabajo y de utilización de herramientas digitales

(1) *Acuerdo de Teletrabajo entre empresa y trabajador*: Las partes () ACUERDAN. Que el Teletrabajador (en adelante TT) dispone de los conocimientos necesarios y los medios suficientes para realizar trabajos como () propios de la actividad de la empresa, y posee un domicilio apto para desarrollar las funciones establecidas en este acuerdo. El citado domicilio es el señalado como “domicilio del trabajador”. Que conforme a la relación laboral indefinida firmada entre ambas partes el día (), registrada en la Oficina de Empleo () el día () ambas partes pactan libre y voluntariamente que el TT realizará su actividad laboral como () desde su domicilio, a partir de (), conservando todos sus derechos y deberes laborales en cuanto a salario, vacaciones, permisos, etc., según dispone la legislación vigente. Que siendo concurrentes sus voluntades,

y reconociéndose capacidad suficiente para contratar y obligarse, conciertan el presente anexo al contrato firmado, y que libremente sujetan a las siguientes CLÁUSULAS: *PRIMERA. Lugar o centro de trabajo:* Las actividades se desarrollarán en el domicilio del TT, con conexión por vía telemática entre los equipos informáticos de la Empresa y el TT. Si este último se traslada del domicilio habitual prefijado para desarrollar su trabajo, deberá notificarlo por escrito con una antelación de () días, con indicación de la fecha de traslado efectivo, superficie del nuevo domicilio y conexiones telemáticas que se establecerán para ejecutar la prestación. El TT se compromete a tener plenamente operativo para la ejecución del presente contrato su nuevo domicilio, siendo responsable de los perjuicios que se pudieran causar por dicho incumplimiento. El TT dispondrá, en el lugar donde desarrolle su trabajo, de un entorno de desarrollo propio, con los equipos informáticos necesarios para trabajar en conexión con el equipo central de proceso de datos. La Empresa, a su vez, pone a disposición del TT las siguientes herramientas y utensilios de trabajo (). *SEGUNDA. Órdenes de trabajo:* Para cada una de las labores encomendadas al TT, la empresa le remitirá una orden donde figurará una descripción, lo más detallada posible, de las labores a realizar y el plazo máximo de entrega. Estas órdenes se podrán enviar por fax, e-mail o cualquier otro medio que permita la inmediatez del encargo y el control del mismo. El TT queda obligado a realizar los servicios solicitados desde el momento de la recepción de cada encargo. Podrá solicitar cuanta información adicional sea necesaria para el correcto desarrollo de sus cometidos y, una vez finalizadas las labores encomendadas, ambas partes deberán manifestar su acuerdo en relación con su contenido, firmando su aceptación. Asimismo, el TT deberá presentarse en el centro siempre que sea requerido por sus superiores, con el fin de coordinar adecuadamente la actividad encomendada. *TERCERA. Entrega de trabajos.* Por cada tarea encomendada, el TT dispone de un plazo máximo de entrega, que se concretará en cada orden dependiendo de su contenido. El incumplimiento injustificado de cualquiera de los plazos de entrega por el TT dará lugar a la sanción pertinente. *CUARTA. Salario.* El TT recibirá la misma retribución salarial que venía percibiendo antes de convertirse voluntariamente en un teletrabajador, dado que mantiene el mismo grupo profesional y sus retribuciones siguen siendo las pactadas entre ambas partes. El desarrollo de dichas obligaciones no devengará derechos retributivos algunos que no se vinieran percibiendo con anterioridad a la presente fecha. *QUINTA. Propiedad intelectual.* El TT reconoce que los derechos de propiedad intelectual e industrial del resultado de los trabajos encomendados corresponderán en exclusiva a la empresa. *SEXTA. Tratamiento de datos de carácter personal:* El TT se compromete a guardar la máxima reserva y confidencialidad sobre el resultado de cada uno de los encargos encomendados, a no divulgar la información confidencial a la que pueda tener acceso por el desarrollo de su trabajo, ni a ponerla

a disposición de terceros sin el previo consentimiento por escrito de la dirección. De igual modo, el TT se compromete, si llegara a extinguirse la relación laboral por cualquier causa, a no conservar copia alguna de cualquier material, información o documentación derivada de los mismos. *SÉPTIMA. Cese como teletrabajador*: En el caso de que alguna de las partes lo requiera, el TT volverá a prestar sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, siempre que ello sea preavisado con quince días de antelación.

(2) *Modelo de contrato de teletrabajo y/o trabajo a distancia*: EL EMPLEADOR y LA PERSONA TRABAJADORA han convenido de manera voluntaria firmar el presente contrato, denominado “Acuerdo de Teletrabajo”. LA PERSONA TRABAJADORA manifiesta que accede voluntariamente a dicho régimen, y que pasará a ostentar la calidad de Teletrabajador/Trabajador a Distancia, conservando las mismas garantías y derechos establecidos por la legislación vigente. Reconociéndose mutua capacidad de obrar, es interés de ambas partes la estipulación del presente contrato en base a lo establecido en los artículos 13 y 34.8 del ET, y en el artículo () del convenio colectivo (). El presente acuerdo se regirá por las siguientes CLÁUSULAS: 1ª: El/la trabajador/a prestará servicios encuadrados en el grupo profesional () realizando las actividades de (...) durante el período siguiente (). 2ª: Se pacta un período de prueba de (). 3ª: El contrato surtirá efectos desde () teniendo una duración de () días. 4ª: El trabajador fijará libremente el lugar de la prestación de servicios, aunque de forma preponderante se establece la siguiente localización (). Los posibles cambios del lugar preponderante de trabajo deberán ser consensuados por ambas partes contratantes con constancia fehaciente de los mismos. 5ª: El teletrabajador concretará su horario dentro de las siguientes franjas (). La superación de dichas franjas deberá ser comunicada a sus supervisores y aprobadas por los mismos, teniendo la consideración que las partes acuerden al efecto. 6ª: El salario a percibir será de () y sus componentes retributivos atenderán las circunstancias siguientes (). 7ª: El empresario se compromete a facilitar, y en su caso instalar, los medios tecnológicos necesarios para un óptimo desempeño del trabajo distancia. También entregará, con la periodicidad de (), los medios precisos para que el/la trabajador/a ejecute el trabajo contratado; en concreto (). La entrega de dichos medios instrumentales de ejecución del trabajo quedará debidamente acreditada en base a (). 8ª: El trabajador tendrá el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de promoción laboral, recualificación y desarrollo formativo que el conjunto de trabajadores.

(3) *Cláusula de acuerdo de teletrabajo para introducir al régimen contractual*: “El trabajador manifiesta su disposición a prestar servicios en régimen de teletrabajo en el momento en el que por parte de la empresa sea requerido para ello, mediante el preaviso acordado de días. Dadas las características de

la prestación de servicios del trabajador, éste manifiesta expresamente que en ningún caso le supondrá perjuicio de ningún tipo si la empresa le requiere para prestar sus servicios en régimen de teletrabajo.”

(4) *Cláusula reguladora del uso de herramientas informáticas*: “La Empresa facilitará al empleado las herramientas tecnológicas y los sistemas de información necesarios para desarrollar su actividad: teléfono móvil, ordenador portátil, correo electrónico corporativo y acceso a información, base de datos y sistemas. Dichas herramientas son propiedad de la Empresa, por consiguiente el trabajador deberá hacer un uso responsable y adecuado de ellas y de los sistemas facilitados. A estos efectos, el empleado autoriza expresamente a la Empresa a controlar la utilización de dichas herramientas, pudiendo llegar a sancionar el uso inapropiado o abusivo. La dirección de correo electrónico contiene el nombre de la Empresa y, por tanto, todas las comunicaciones a través del e-mail deberán tratarse como si fueran enviadas en papel con membrete o como correspondencia interna”.

(5) *Cláusula de supervisión digital y de prohibición del uso inadecuado de redes sociales*: “El trabajador (...) HACE CONSTAR que ha sido suficientemente informado de la prohibición corporativa de utilizar los materiales informáticos y digitales para fines particulares. También constata que ha sido suficientemente informado de la utilización empresarial de medios no invasivos de supervisión digital de sus actividades profesionales, aceptando dichos extremos. La dirección tomará las medidas legales y disciplinarias pertinentes si los trabajadores utilizan las redes sociales, incluso fuera del horario de trabajo y desde un ordenador o dispositivo personal o ajeno a la empresa, para emitir opiniones, juicios de valor o consideraciones que puedan dañar o menoscabar la imagen corporativa. Esto incluye las actitudes de empleados que viertan rumores, insultos u ofensas hacia otros trabajadores, superiores, clientes o proveedores a través de las redes sociales o de dispositivos de mensajería, tales como WhatsApp, Line, Telegram o similares. La empresa tomará las medidas disciplinarias oportunas si el empleado difunde a través de las redes sociales información confidencial o corporativa. Por información confidencial se entenderá aquella que haga referencia a (...).”

4.3. Bibliografía

ALEMAN PAEZ F (2017.a) “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N° 2016-1088” TyD n° 30; (2017.b) “Digitalización del trabajo, poder de control empresarial y derechos fundamentales de los trabajadores”, en la obra col. “Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo” (Dir. Mella Méndez L. y Serrani L), Vol. 1: “Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)”, Ed. Peter Lang, Suiza; (2016) “Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos

fundamentales de los trabajadores”, Recensión al libro de S. Rodríguez Escanciano, DRL N° 6; (2013) “La sociedad del cansancio y de la infoxicación como elementos propiciadores del hostigamiento en el trabajo”, Comunicación al I Congreso Nacional sobre “Infoxicación. El mercado de la información y la psique”, Sevilla, 21-22 de noviembre; ÁLVAREZ DE LA ROSA M (2011) “El trabajo a domicilio”, en “El trabajo” (Coord. Villa Gil LE), Ed. Ramón Areces, Madrid; BAZ RODRÍGUEZ J (2019) “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, TyD n° 54; BELZUNEGUI ERASO A. (2002) Teletrabajo: estrategias de flexibilidad, CES, Madrid; (2008) “Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración pública”, Revista Internacional de Organizaciones, n° 1 (p. 137); CASTELLS M (2009) “Comunicación y poder”, Alianza Editorial, Madrid; CEDROLA SPREMOLLA G (2017) “El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo, n° 1; CERVILLA GARZÓN MJ (2017) “Efectos del uso de la aplicación “whatsapp” en el marco de las relaciones laborales”, TL n° 136; CES (2018) “El futuro del Trabajo” (Informe, n° 3); (2017) “La Digitalización de la Economía” (Informe, n° 3); DE LA CÁMARA ARILLA C (2000) “El teletrabajo, un indicador de cambio en el mercado de trabajo”, CRL n° 17; DE LAS HERAS GARCÍA A (2016) “El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas”, Ediciones CEF, Madrid; DE VAL ARNAL J (1998) “La necesidad de una regulación del tele-trabajo”, Acciones e Investigaciones Sociales; DE VICENTE PACHÉS F (1998) “El derecho del trabajador al respeto de su intimidad”, CES, Madrid; EREÑAGA DE JESÚS N (2019) “El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo: una visión desde la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, RICRLDE, Vol. 7, n° 2; ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (2005) “El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas” (Coord), La Ley, Madrid; (2000) “Teletrabajo”, en la obra col. “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, X Congreso Nacional de DTSS, Madrid; FABREGAT MONFORT G (2015) “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave”, TyD n° 5; FERREIRO REGUEIRO C (2015) “La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva”, en la obra “Trabajo a Distancia y Teletrabajo...”, infra cit, Aranzadi; GAETA (1996) “Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana”, DL n° 49; GALLARDO MOYA R. (1998) “El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador”, Ibidem Eds, Madrid; GHEZZI G ROMAGNOLI U (1987) “Il rapporto di lavoro”, Ed. Zanichelli, Bologna; GOÑI SEIN JL (2018) “La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)”, Ed. Bomarzo, Albacete; (2007) “La video-vigilancia empresarial y la protección de datos personales”,

Thomsom-Cívitas, Cizur Menor, Navarra; (2005) “Los criterios de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, RDS nº 32; HEIDEGGER M (2012, ed), “Tiempo y ser”, Tecnos, Madrid; LOPEZ DE LA FUENTE G (2018) La digitalización del trabajo y nuevas formas de control empresarial: a propósito de las plataformas virtuales”, en la obra “Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado” (Dir. Todoli Signes A y Hernández Bejarano M), Thomson Aranzadi; LOUSADA AROCHENA/ RON LATAS (2015) “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en la obra col. “Trabajo a Distancia y Teletrabajo...”, infra cit, Aranzadi; LUQUE PARRA M (2019) “Registro de ordenadores”, Ponencia impartida en el III Congreso sobre Videovigilancia, monitorización y Derechos Fundamentales de los trabajadores”, Valencia, 12-13 sept; MARTINEZ FONS D (2002) “El poder de control del empresario en la relación laboral”, CES, Madrid; MELLA MÉNDEZ L (2018) “El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea”, DRL nº 11; (2015) “La seguridad y salud en el teletrabajo”, en la obra col. “Trabajo a distancia y teletrabajo...”, infra cit, Aranzadi; (1998) “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, AS nº 5, (641-666); MELLA MÉNDEZ L y VILLALBA SÁNCHEZ A (2015) (ed y coord.) “Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado, Ed. Aranzadi; MERCADER UGUINA J (2017) “El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica”, Tirant lo Blanch; MIÑARRO YANINI M (2019) “La “Carta de derechos digitales” de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación”, RTSS (CEF) nº 430; MOLINA NAVARRETE C (2016) Prólogo a la obra de De las Heras García, “El teletrabajo en España: un análisis crítico...” supra cit; MONTOYA MELGAR A (1965) “El poder de dirección del empresario”, IEP, Madrid; NILLES J (1994) “Making Telecommuting Happen”, Van Nostrand Reinhold, New York (1976) “The Telecommunications-Transportation Tradeoff”, John Wiley & Sons, Inc. Nueva York; ORTEGA A (2019) “Robot-lución: el gran reto de gobernar y convivir con las máquinas”, Diario El País, 25-9-19; (2018) “Un nuevo contrato social para la robotización”, Claves de Razón Práctica nº 257; PÉREZ DE LOS COBOS F (2018) “El derecho al respeto de la vida privada. Los retos digitales: una perspectiva de derecho comparado”, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Bruselas; PEREZ DE LOS COBOS/ THIBAUT ARANDA (2001) “El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral”, MTAS; PEREZ LÓPEZ JA (2006) “Fundamentos de la Dirección de Empresas”, Rialp, Madrid; PRECIADO DOMENECH CH (2019) “Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales”, Thomson Reuters, Aranzadi; (2018) “Teoría general de los derechos fundamentales en el

contrato de trabajo”, Thomson Reuters; PURCALLA BONILLA M (2018) “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho de desconexión: claves teóricas y prácticas”, Anuario IET (presente y futuro del trabajo”); QUINTANILLA NAVARRO Y (2017) “Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, RMESS, nº 133; REIS DE ARAUJO A (2019) “El poder de control empresarial en la Web 2.0 y la dignidad del trabajador: el uso laboral de los dispositivos móviles y entornos colaborativos”, Ed. Bomarzo, Albacete; RIVAS VALLEJO P (2019) “Discriminación algorítmica”, Proyecto de Investigación presentado al Concurso de Cátedra, Universidad de Barcelona, ejemplar multicopiado; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2019) “Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes”, Aranzadi; (2015) “Poder de dirección, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores”, Tirant lo Blanch, Valencia; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. y ALVAREZ CUESTA H (2019) “Trabajo autónomo y trabajo por cuenta ajena: nuevas formas de precariedad laboral”, Bomarzo, Albacete; ROMÁN DE LA TORRE MD (1992) “Poder de dirección y contrato de trabajo”, Eds. Graphesus, Valladolid; ROMERO BURILLO A (2019) “Las nuevas Tics y el despido disciplinario del trabajador”, RDS nº 85; ROVELLI C (2018) “El orden del tiempo”, Anagrama, Barcelona; SAN MARTIN MAZZUCONI C. y SEMPERE NAVARRO A. (2015) “Las TICs en el ámbito laboral”, Ed. Francis Lefebvre, Madrid; SÁNCHEZ-ANGUITA MUÑOZ A (2009) “Psicopatologías laborales”, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca; SELLAS I VENVIGUT R (2001) “El régimen jurídico del teletrabajo en España”, Aranzadi, Pamplona; (1998) “Teletrabajo: naturaleza jurídica relaciones laborales”, TS nº 92 y 93; SERRANO ARGÜESO (2019) “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, USLabor, nº 2; SERRANO GARCÍA JM (2019) “La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva”, Bomarzo, Albacete; (2009) “El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva”, RDS nº 45; SIERRA BENÍTEZ E. (2011) “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, CES de Andalucía, Sevilla; THIBAUT ARANDA (2000) “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, CES, Madrid; UGT (2019) “El trabajo en las plataformas digitales de reparto”, Col. Estudios nº 1, Madrid; VALDÉS DAL RE F (2019) Prólogo a la obra de Reis de Araujo A “El poder de control empresarial en la Web 2.0...” supra cit; (2018) “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, RDS nº 79; (1992) Prólogo a la obra de Román de la Torre “Poder de dirección y contrato de trabajo...”, supra cit; VILLA GIL LE (1966) “El trabajo a domicilio”, Aranzadi-Fundación Juan March, Pamplona; VILLA GIL LE y GARCÍA NINET I (1985) “Contrato de trabajo a domicilio”, en “Comentarios a las Leyes Laborales” (Dir. Borrajo Dacruz), Tomo III, Edersa, Madrid; WATSON T. (1994) “Trabajo y sociedad. Manual introductorio a la sociología del trabajo, industrial y de la empresa”, Ed. Hacer, Barcelona.

Y TAMBIÉN EN MEDIO DE LA TEMPESTAD...REFORMA CONCURSAL DE 2020 (PROYECCIONES LABORALES)

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Insolvencia, ley concursal, contratos de trabajo, crédito

La Ley Concursal de 2003 incorporó por primera vez las cuestiones laborales dentro del sistema concursal y de insolvencia empresarial, lo que supuso un cambio fundamental de planteamiento en la materia. Tras 16 años de vigencia y 28 reformas, la materia sigue planteando problemas de aplicación y dudas interpretativas.

En este contexto, en 2020 se aprueba un texto refundido, que tiene en principio las limitaciones propias de la legislación delegada, a lo que se añade su carácter efímero, pues de manera inmediata se deberá transponer antes de mediados de 2021 la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019. El texto refundido presenta como virtudes generales su sistemática, orden, claridad y, en particular, para las cuestiones concursales laborales, la coordinación. Se conforma, así, como una buena base para la reforma anunciada que exige la armonización comunitaria. Junto a ello, en el contexto de la crisis sanitaria y económica del Covid-19, se han adoptado modificaciones en materia concursal, de tal modo que durante algún tiempo se aplicarán ambos marcos normativos.

ABSTRACT

Key words: Insolvency, insolvency law, employment contracts, credits

The 2003 Bankruptcy Law incorporated labour issues into the insolvency and business insolvency system for the first time, which was a fundamental change in approach in this area. After 16 years and 28 reforms, the subject continues to raise implementation problems and interpretative doubts.

In this context, a consolidated text, which has in principle the limitations of delegated legislation, is adopted in 2020, to which its short-lived nature is added, since the Restructuring and Insolvency Directive of 2019 must be transposed immediately by mid-2021. The consolidated text presents as general virtues its systematics, order, clarity and, in particular, for labour insolvency issues, coordination. It is thus a good basis for the announced reform required by Community harmonization. In addition, in the context of the Covid-19 health and economic crisis, changes have been made to insolvency matters, so that for some time both policy frameworks will be implemented.

ÍNDICE

1. LA LEY CONCURSAL Y SUS REFORMAS. EL RD LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL
 - 1.1. En el compás de espera de la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia
2. CUESTIONES PROCESALES LABORALES AFECTADAS POR EL RD LEGISLATIVO 1/2020
 - 2.1. Jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso: medidas colectivas, sucesión de empresa, medidas cautelares, procedimientos ejecutivos
 - 2.2. Incidente concursal en materia laboral y recursos
3. CUESTIONES SUSTANTIVAS LABORALES AFECTADAS POR EL RD LEGISLATIVO 1/2020: UNA CUESTIÓN DE ORDEN Y ALGÚN RETOQUE
 - 3.1. Contratos de trabajo y convenios colectivos: Una cuestión de orden y algún retoque
 - 3.2. Transmisión de unidades productivas
 - 3.2. Créditos laborales
4. REGULACIÓN CONCURSAL EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS SANITARIA Y ECONÓMICA DEL COVID-19
 - 4.1. Flexibilización en el presupuesto objetivo y en los instrumentos que viabilizan la continuidad de empresas en dificultades
5. OTRAS NORMAS DE CONTENIDO SOCIAL CON PROYECCIÓN EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA: DESPIDOS TRAS ERTE

1. LA LEY CONCURSAL Y SUS REFORMAS. EL RD LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

La historia de la Ley Concursal, como reza la Exposición de Motivos del Texto refundido (en adelante, TRLC), es una historia de reformas. En muy pocos años, han sido muchas y muy profundas y la lógica aspiración a la estabilidad normativa ante este derecho de nueva planta que entró en vigor en 2004 pronto se desvanecieron, con la continua aprobación de leyes y decretos-leyes. En total, 28 reformas en 16 años (la mayoría de ellas en los últimos diez) para incluir nuevas instituciones y nuevas soluciones, muchas de ellas procedentes de resoluciones de los novedosos juzgados de lo mercantil y también, en el ámbito social, de los Tribunales Superiores de Justicia.

La LC de 2003 supuso una total transformación en la forma tradicional de concebir y tratar la insolvencia y, además, por primera vez en nuestro sistema, un texto normativo ubicaba las cuestiones laborales dentro de la norma concursal. En ella, se recogían fines de conservación en las normas de crisis de empresa a través del convenio concursal, eso sí, de manera subalterna como medio de satisfacción de los acreedores cuando sus intereses pudieran lograrse mejor a través de la continuidad de la explotación. Así, la finalidad de conservación de la actividad empresarial o profesional del concursado podía cumplirse a través de convenio a cuya propuesta habría que acompañar un plan de viabilidad y tal convenio de continuación podría ser un instrumento para salvar las empresas total o parcialmente viables, siempre que ello redundara en beneficio de los acreedores –y no

del deudor-, de los trabajadores y de otros intereses, como la economía nacional. La tensión dialéctica conservación/liquidación se aprecia en la regulación de los diversos institutos concursales y en muchas de las reformas operadas en la materia (2009, 2011, 2013, 2014, 2015) que ponen de manifiesto la complejidad del modelo y, también, el difícil engarce de las diversas medidas de reestructuración laboral en la empresa en concurso a nivel de procedimiento, sujetos, impugnación judicial, posibilidades de subrogación, créditos. Ante ello, ya se cuestionaba si la mejor satisfacción de los intereses en presencia (acreedores no salariales, deudor, trabajadores, interés público) no podría alcanzarse a través de soluciones que, precisamente, evitaran el concurso, esto es, que actuaran antes de la declaración judicial de insolvencia generalizada. Así, en línea, con experiencias de otros países europeos y Directrices comunitarias¹, empiezan a potenciarse soluciones negociadas con los acreedores y toman forma institutos preconcursales (reformas LC 2013, 2014 y 2015)², tendencia que se mantiene y fortalecerá en los próximos años (*vid. infra*).

La referida acumulación de reformas normativas en la LC afectaba incluso a la lógica interna del sistema y hacía el texto de difícil lectura y comprensión, por ello era necesario refundir, armonizar, clarificar y ordenar las distintas disposiciones en materia concursal. Ello motivó que la DF 8ª la Ley 9/2015³, habilitara al Gobierno para aprobar un texto refundido. Finalizado el plazo establecido para la refundición, se fijaría otro en la Ley 1/2019⁴, (DF 3ª). El 7.5.2020, en un escenario de incertidumbre y recesión económica⁵, se publica el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el TRLC que entrará en vigor el

¹ Recomendación de la Comisión europea 12.3.2014, *Un nuevo enfoque para la insolvencia y el fracaso empresarial*.

² Ley 14/2013, de 23 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, Ley 17/2014 sobre reestructuración y refinanciación de deuda empresarial, RD Ley 1/2015 sobre mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (sobre el tema, *vid.*, Pulgar Ezquerro, J., “El nuevo paradigma del Derecho concursal europeo y su incorporación al derecho español”, en AA.VV. *Estudios sobre el futuro Código mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, ps. 253.268).

³ De 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

⁴ De 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

⁵ El Banco de España habla ya de una contracción sin precedentes en la historia reciente, que superará con creces la que se produjo en los años de la crisis financiera iniciada en 2008, estimando que el retroceso del PIB en 2020 podría oscilar entre el 6,6 % y el 8,7 %, pudiendo alcanzar 13,6 % de verificarse las peores previsiones. Por su parte, la OCDE sitúa a España a la cabeza en 2020 del desplome económico mundial con una caída del 14,4% tras el Covid-19.

Tal situación tendrá un claro impacto en el volumen de concursos de acreedores, de 10.000 al año, se podría pasar a 100.000.

1.9.2020 y, entre otras normas, derogará la Ley 22/2003 (LC) y algunas –aunque no todas– de sus disposiciones adicionales y finales⁶.

Afirma el Consejo de Estado que regularizar, aclarar y armonizar textos legales supone, en primer lugar, la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y, en segundo lugar, la posibilidad de modificar la literalidad de los textos para depurarlos en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear⁷. Ahora bien, se impide al Gobierno utilizar la delegación para innovar o derogar implícitamente la legislación a refundir. En este sentido, el TRLC nace con el aval del órgano consultivo aun cuando en algunos puntos el PTRLC debiera modificarse conforme al Dictamen de la Comisión permanente⁸. Para el Consejo de Estado la refundición proyectada era necesaria, en tiempo oportuno y se ha llevado a cabo con una cuidada técnica normativa en la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia (Sección de Derecho Mercantil).

En el TRLC, las bases fundamentales de la LC se mantienen y la norma está mejor estructurada y es más clara. Ahora, la norma concursal dedica un artículo a cada materia, evitando que un mismo precepto incluya cuestiones distintas o heterogéneas y, además, el epígrafe de cada artículo anticipar su objeto⁹. En determinados casos, un solo artículo LC ha dado lugar a todo un capítulo, sección, subsección. Así ocurre, precisamente, con el art. 64 LC, sobre los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de trabajo que pasa

⁶ Hasta que no se lleve a cabo su desarrollo reglamentario, no entrarán en vigor las modificaciones que el TRLC introduce respecto de los arts. 27 (condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales), 34 (retribución de la administración concursal) y 198 LC (Registro Público Concursal), que permanecerán vigentes en su redacción anterior a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial. De igual modo, los artículos 91 a 93 TRLC, relativos a la cuenta de garantía arancelaria, no entrarán en vigor hasta que se apruebe su desarrollo reglamentario.

⁷ En este sentido, el Consejo de Estado, al informar el vigente texto refundido LGSS, sostuvo que aun obrando dentro de una técnica refundidora de respeto obligado a la delegación, esta ha de ser aplicada con buen sentido lo que impone recoger en el texto refundido lo posterior que modifique la materia objeto de la refundición. No puede decirse que se incurra con tal proceder en exceso “ultra vires”, sino que se muestra acatamiento obligado a lo legislado y al propósito insito en la delegación, aparte de servir a exigencias de seguridad jurídica. (Dictámenes 838/2015 y 1013/2015).

⁸ Dictamen al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal, 1.127/2019, 26.3.2020.

⁹ Con ello se responde a las Directrices de técnica normativa, de 28-7.2005 en las que se especificaba que cada artículo tuviera un máximo de cuatro apartados y recogiera un precepto, mandato, instrucción o regla, o varios de ellos, siempre que respondan a una misma unidad temática. Con frecuencia, la escisión en varios artículos permite diferenciar supuestos, normas generales y especiales, o reglas correspondientes a momentos procesales distintos (Consejo de Estado, Dictamen al PTRLC, cit., p. 26).

en el TRLC a ocupar toda una subsección con 17 artículos. Los efectos sobre los contratos de alta dirección, integrarán, por su parte, otra subsección específica con 3 artículos (frente al art. 65 LC). Otras veces, a efectos explicativos, la mera remisión se sustituye por una sucinta descripción de la regulación a la que se hace referencia. Como ejemplo, en el incidente concursal en materia laboral (art. 541.1 TRLC), se precisa brevemente el objeto de las acciones frente a la compleja remisión múltiple del art. 195 LC (al art. 64.8 LC y este a apartados anteriores). El resultado son 752 artículos frente a los 242 de la LC. La sistematización y organización de contenidos en el TRLC es totalmente distinta y ello ha llevado a que la DA 3ª TRLC obligue a la publicación, a efectos meramente informativos, de una tabla de correspondencias de preceptos de la LC y del TRLC. La divulgación se hace en la web de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y Transformación digital y va a ser clave en la transición al nuevo texto refundido¹⁰.

El TRLC se estructura en tres 3 libros (que no existían en la LC). En el Libro I (arts. 1 a 582) se incluyen las reglas del concurso de acreedores (su declaración y efectos, los órganos del concurso, las masas activa y pasiva, el informe de la administración concursal, las soluciones convencional y liquidatoria, el pago a los acreedores, la calificación). En el Libro II (arts. 583 a 720) bajo la denominación de Derecho preconcursal se recogen las reglas sobre comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores del art. 5 bis LC, los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis y DA 4ª LC) y el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 a 242 bis LC) añadiéndose al final un título dedicado a las especialidades del concurso consecutivo que se abre tras el fracaso del acuerdo de refinanciación o del acuerdo extrajudicial de pagos. La autonomía en el tratamiento de las instituciones preconcursales evidencia la importancia que se le quiere dar a la fase preconcursal en esta nueva concepción –ya avanzada– del tratamiento de la insolvencia y las situaciones de crisis de empresa. Por último, el Libro III (arts. 721 a 752) incluye las normas de derecho internacional privado que hasta ahora contenía el Título IX LC que se aplican tanto al concurso de acreedores como a las instituciones preconcursales.

Está fuera de toda duda que el TRLC, clarifica y da seguridad jurídica y presenta una buena técnica normativa pero es una norma que se adopta en un momento que parece poco oportuno. De un lado, nace ya modificado por las reformas en materia concursal que se adoptan vía decretos-leyes como consecuencia de la crisis sanitaria y económica del Covid-19 (legislación excepcional, *vid, infra*, 4) y, de otro, presenta una marcada provisionalidad pues, como máximo, el 17 de julio de 2021, habrá de transponerse la Directiva sobre reestructuración

¹⁰ Ministerio de Justicia, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital [https://ficheros.mjusticia.gob.es/TabladefinitivaequivalenciasLC-TRLC\(2020.06.04\).pdf](https://ficheros.mjusticia.gob.es/TabladefinitivaequivalenciasLC-TRLC(2020.06.04).pdf)

e insolvencia. Además, el RD Legislativo se aprueba en plena pandemia (principios de mayo 2020) y, aun cuando su entrada en vigor, se demora hasta el 1 de septiembre, el aluvión de concursos que tendrá lugar como consecuencia de la crisis económica subsiguiente, se va a producir en un contexto en el que los operadores jurídicos tendrán que aplicar un renovado (extenso y reformulado) texto normativo. Al previsible colapso judicial provocado por los efectos la pandemia se le suma esta otra dificultad aun cuando también podría considerarse que, precisamente, en este contexto, habrán de tenerse claras las reglas y, a esto, sí contribuye el TRLC.

Pese a todo, el Texto refundido, sistematiza y aclara, lo que es importante, sin embargo, en el actual contexto y cumple bien con la función propia de la legislación delegada y los problemas interpretativos que sigue planteando la norma concursal habrán de ser abordados en esa próxima reforma de fondo, sin perjuicio de que el RD legislativo 1/2020, no se haya resistido a entrar en alguno de ellos. Así, resultarán afectados algunos aspectos de la regulación del concurso en general y, también, de las cuestiones laborales en el mismo como se constata específicamente en este trabajo¹¹.

1.1. En el compás de espera de la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia

El proceso de reforma concursal, por tanto, continua, y en este escenario, el TRLC busca la preparación de la norma para su futura actualización con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)¹². Su objetivo es eliminar obstáculos a la libre circulación de capitales, homogeneizando las normativas de los Estados miembros en estas materias y el Texto refundido es la base sobre la que se afrontará la labor de transposición de la Directiva. Es mejor pisar en firme y por eso, el RD Legislativo 1/2020 reordena y clarifica la norma concursal y la prepara para la aquella.

Desde la constatación de que el 90% de los concursos acaban en liquidación, la UE, a través de esta nueva Directiva de insolvencia persigue facilitar la reestructuración de empresas en crisis que, a pesar de sus dificultades financieras, presenten visos de viabilidad. Además, incorpora disposiciones tendentes a

¹¹ *Vid., infra*, 2 y 3.

¹² De 20 de junio de 2019. DOUE 26.6.2019.

aproximar las legislaciones nacionales a efectos de que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas transcurrido un período de tiempo razonable para que así puedan acceder a una segunda oportunidad (*fresh start*)¹³. No establece, sin embargo, un modelo concreto de exoneración de deudas sino que deja libertad a los Estados miembros para que escojan el modelo que consideren oportuno, con lo que la armonización en esta materia va a ser débil. Al margen de tal consideración, la norma comunitaria potencia los instrumentos preventivos y actúa en la simplificación del derecho concursal, el aumento de su eficiencia y en la aligeración de costes¹⁴.

La norma comunitaria refleja ya el cambio de paradigma referido en las reglas que disciplinan el derecho de crisis de empresa que no pivota sobre la esencial satisfacción del interés de los acreedores sino que valora también la posición del deudor y la viabilidad del proyecto empresarial, anticipa el tratamiento de la insolvencia y favorece los acuerdos con los acreedores. Ello supone, en definitiva, una apuesta por fórmulas conservativas que podrán concretarse en la continuación total o parcial de la actividad de la empresa y de los contratos de trabajo¹⁵, aun cuando fuera necesario adoptar medidas de reestructuración laboral (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados, reducciones de jornada, suspensiones, despidos). Ahora bien, en nuestro derecho interno, si nos situamos en un momento preconcurso y sin declaración judicial de concurso, el régimen a aplicar a aquellas medidas laborales será, en todo caso, el común del ET y no el recogido hoy en el TRLC.

La Directiva 2019/1023 pivota en torno a los mecanismos de alerta temprana, los marcos de reestructuración preventiva y los planes de reestructuración.

En relación a los mecanismos de alerta temprana que se habiliten, podrán implicar a terceros que tengan acceso a información pertinente sobre el deudor (contables, administraciones públicas -Agencia tributaria, TGSS-) y le adviertan sobre su evolución negativa (art. 3.2.c Directiva 2019/1023). Del mismo modo, se admite la implicación de los trabajadores a los efectos de detección temprana de las dificultades financieras (arts. 3.3 y 3.4 Directiva). Ahora bien, la detección

¹³ Arts. 20-24 Directiva 2019/1023.

En nuestro derecho, el nuevo TRLC incluye el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en los arts. 486 y ss. (antes art. 178 LC) limitado al deudor persona natural de buena fe.

¹⁴ Como expresa el Considerando 22 de la Directiva 2019/1023, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación.

¹⁵ Sobre tales planteamientos, *vid.*, Alameda Castillo, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Conservación frente a liquidación de empresas en crisis*, Ed. CES, Madrid, 2001.

temprana de estas, no obstante, no se instituye en un fin en sí mismo. Tiene, en realidad, carácter instrumental constituyéndose en presupuesto del régimen de negociación de la reestructuración de la deuda en el ámbito de los correspondientes marcos de reestructuración preventiva que han de habilitar los Estados miembros. Se prevé que tanto al deudor como sus acreedores y representantes de los trabajadores estén habilitados para solicitar el acceso a los marcos de reestructuración, siendo la regla general (que incorpora excepciones), el consentimiento del deudor. Como el objetivo es actuar rápido ante la insolvencia inminente, tratando de garantizar la viabilidad del proyecto empresarial o profesional del deudor, los Estados miembros podrán introducir una prueba de viabilidad, para excluir de una reestructuración a deudores no viables. Así, junto a las dificultades financieras del deudor indiciarias de la inminencia de su insolvencia, el plan de reestructuración ha de poder permitir su viabilidad empresarial (art. 4.3 Directiva 2019/1023)¹⁶.

El plan de reestructuración habrá de tener un contenido mínimo: identidad del deudor, sus activos y pasivos, incluida una valoración de los mismos y la situación económica tanto de aquel como de los trabajadores, partes afectadas por el plan, condiciones y exposición de motivos sobre las razones por las que el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable para evitar la insolvencia¹⁷. En su caso, las categorías en las que las partes afectadas han sido agrupadas a efectos de la adopción del plan de reestructuración y los valores respectivos de los créditos e intereses de cada una de las categorías y, también en su caso, las personas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, que no estén afectadas por el plan de reestructuración, junto con una descripción de los motivos por los cuales se proponen que no lo estén.

En relación a las referidas condiciones del plan de reestructuración, habrán de incluirse, cualquier medida de reestructuración propuesta y su duración, las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los

¹⁶ *Vid.*, Moralejo Menéndez, I., “Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 7, diciembre 2019, p. 293.

¹⁷ En relación a la exposición de motivos, los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado (art. 8.1 Directiva 2019/1023). Además, velarán porque las autoridades judiciales o administrativas puedan negarse a confirmar un plan de reestructuración cuando dicho plan no ofrezca ninguna perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa (art. 10.3 Directiva 2019/1023).

trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional y, en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre jornadas reducidas o medidas similares. Además, los flujos financieros estimados del deudor y toda nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración.

Recordará además, el Considerando 62 Directiva 2019/1023, que cuando un plan de reestructuración suponga la transmisión de una parte de una empresa o negocio, los derechos de los trabajadores que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral, en particular, el derecho a un salario, deben protegerse de conformidad con los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se aplican en caso de procedimiento de insolvencia (art. 5 de dicha Directiva).

Para facilitar la negociación de los planes de reestructuración preventiva, la Directiva 2019/1023 incorpora dos mecanismos, de un lado, la suspensión de las ejecuciones singulares de créditos y, de otra, la conservación de las facultades de gestión del deudor. Como expresa el Considerando 30, para evitar costes innecesarios y como reflejo del carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a su solicitud, tales deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y gestión cotidiana de la actividad empresarial. Junto a ello, en relación a las ejecuciones singulares y para evitar que puedan afectar a activos necesarios para la conservación de la empresa del deudor, se establece su suspensión durante la negociación (de duración inicial no superior 4 meses). Para comprobar la concurrencia de presupuestos que justifiquen esta suspensión de las ejecuciones singulares, se prevé que su eficacia se supervise ya sea por la autoridad judicial o por la autoridad administrativa. En la concreción de las categorías de créditos cuya ejecución es susceptible de ser suspendida en virtud de un plan de reestructuración temprana, la Directiva 2019/1023, reconoce la posibilidad de que la suspensión pueda llegar a afectar a todas las categorías de créditos, también a los garantizados y créditos preferentes (art. 6.2)¹⁸.

Se excepcionan, sin embargo, los créditos que titulen los trabajadores, en relación a estos, establece la Directiva que los Estados miembros deben estar obligados a eximir los créditos impagados de los trabajadores de cualquier suspensión de ejecuciones singulares con independencia de si estos créditos tienen su origen

¹⁸ En todo caso, debe prevalecer la subordinación finalista de las decisiones en materia de suspensión de ejecuciones al objetivo de prevención de la insolvencia del deudor. Se prevé, por lo tanto, que los Estados miembros pueden excluir determinados créditos que se hubieran autorizado (art. 6.4 Directiva 2019/1023) y, también, que las suspensiones autorizadas puedan levantarse cuando no contribuyan a la prevención de la insolvencia del deudor o cuando uno o varios acreedores o varias categorías de acreedores puedan verse injustificadamente perjudicados (art. 6.9 Directiva 2019/1023).

con anterioridad o posterioridad a la concesión de la suspensión. La suspensión de la ejecución de los créditos impagados de los trabajadores solo debe permitirse en las cantidades y durante el período en que el pago de dichos créditos esté eficazmente garantizado a un nivel similar por otros medios con arreglo al Derecho nacional. Ahora bien, cuando el Derecho nacional establezca limitaciones a la responsabilidad de las instituciones de garantía, ya sea en términos de duración de la garantía o del importe abonado a los trabajadores, estos deben poder hacer valer sus créditos adeudados frente al empresario, incluso durante el plazo de suspensión. En esta materia, como puede apreciarse, la norma española habrá de ser objeto de reajuste¹⁹.

Determinados planes de reestructuración exigen confirmación por la correspondiente autoridad judicial o administrativa. Tal es el caso de los planes que tengan eficacia exorbitante por incidir en los intereses de partes afectadas disidentes, de los planes que incorporen nueva financiación o impliquen la pérdida de más del 25% del personal (despidos) si la normativa así lo admitiese (art. 10.1 Directiva 2019/1023). Además, sin despojar a los deudores, los Estados miembros podrán establecer el nombramiento de administradores concursales en las reestructuraciones. Se establecen tres requisitos para ello: que se acuerde la suspensión general de ejecuciones singulares, confirmación del plan de reestructuración por una autoridad, que el deudor o los acreedores lo soliciten.

En relación al interés social en estas situaciones de crisis de empresa (y, sin perjuicio de las referencias ya indicadas), la Directiva declara de forma expresa que a lo largo de todo el procedimiento de reestructuración preventiva, los trabajadores deben disfrutar plenamente de la protección del Derecho laboral (Considerando 60) y recoge disposiciones específicas (art. 13). Así, los Estados miembros deberán garantizar que no se vean afectados por el marco de reestructuración preventiva los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa laboral de la Unión y nacional, tales como: a) el derecho de negociación colectiva y de acción sindical, y b) el derecho de información y consulta de conformidad con las Directivas 2002/14/CE (información y consulta) y 2009/38/CE (comité de empresa europeo), y c) los derechos garantizados por las Directivas 98/59/CE (despidos colectivos), 2001/23/CE (transmisión de empresas) y 2008/94/CE (insolvencia del empresario). En particular, en relación a la información y consulta:

- Información a los representantes de los trabajadores sobre la evolución reciente y probable de la empresa o la creación de actividades y la situación económica, que les permita comunicar al deudor la preocupación por la situación

¹⁹ Sobre el régimen vigente en materia de ejecuciones laborales en el concurso, *vid. infra*, 2.1.

de la empresa y la necesidad de estudiar mecanismos de reestructuración. En esta línea, el Considerando 23 Directiva 2019/1023 indica que Estados miembros deben velar porque se permita a los representantes de los trabajadores acceder a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana –como ya avanzamos- y también deben tener la posibilidad de prestar asistencia a los representantes de los trabajadores a la hora de evaluar la situación económica del deudor.

- Información a los representantes de los trabajadores sobre cualquier procedimiento de reestructuración preventiva que pueda repercutir tanto en el empleo, como en la capacidad de los trabajadores de cobrar sus salarios y cualquier pago futuro.

- Información y consulta a los representantes de los trabajadores sobre planes de reestructuración, a fin de permitirles efectuar una evaluación en profundidad de las distintas posibilidades, antes de que se presenten para su adopción de conformidad con el art. 9, o para su confirmación por una autoridad judicial o administrativa de conformidad con el art. 10.

Junto a ello, el nº 2 del art. 13 establece que cuando el plan de reestructuración incluya medidas que conduzcan a modificar la organización del trabajo o las relaciones contractuales con los trabajadores, tales medidas serán aprobadas por estos, cuando la normativa nacional o los convenios colectivos prevean tal aprobación en esos casos. Esta última previsión permitirá que la transposición de la Directiva no exija alterar el marco normativo vigente que, en determinados supuestos (colectivos), incluye intervención de los representantes de los trabajadores en las medidas de reestructuración laboral en situaciones de crisis de empresa pero no aprobación individual.

De forma alternativa, los Estados miembros deben poder excluir los créditos de los trabajadores del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva y disponer su protección con arreglo a la normativa nacional. Por su parte, los trabajadores cuyos créditos se vean afectados por un plan de reestructuración deben tener derecho de voto en relación con dicho plan. A efectos de la votación en relación con un plan de reestructuración, los Estados miembros -en línea con lo ya indicado- deben poder decidir clasificar a los trabajadores en una categoría separada de otras categorías de acreedores²⁰.

²⁰El art. 9 Directiva 2019/1023, recoge las reglas sobre la adopción del plan de reestructuración y establece que los Estados miembros velarán porque las partes afectadas tengan derecho de voto sobre el mismo. En sentido contrario, las partes no afectadas por el plan de reestructuración no tendrán derecho de voto.

Dejamos ya a un lado, las disposiciones de la norma de armonización para centrarnos en las cuestiones laborales en el concurso afectadas por el RD Legislativo 1/2020 y por la normativa excepcional adoptada en el contexto de la pandemia del Covid-19.

2. CUESTIONES PROCESALES LABORALES AFECTADAS POR EL RD LEGISLATIVO 1/2020

2.1. Jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso: medidas colectivas, sucesión de empresa, medidas cautelares, procedimientos ejecutivos

El art. 53 TRLC, bajo la rúbrica *Jurisdicción del juez del concurso en materia laboral* establece (nº 1) que la jurisdicción del juez del concurso en materia laboral es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en esta ley, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección. En su nº 2 aclara que la suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

Varias cuestiones a considerar, de un lado, se dedica un precepto separado a las cuestiones laborales objeto de conocimiento por el juez del concurso (antes art. 8.2º LC) y de otro, se aclara cuáles son las medidas contractuales colectivas afectadas (suspensión y reducción de jornada, traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo y despidos). Además, se elimina aquí la referencia a la modificación sustancial de condiciones establecidas en convenio colectivo pero se mantiene en el lugar correspondiente (art. 189 TRLC). Es importante resaltar que el nuevo precepto incorpora claridad y orden²¹ y despeja dudas en relación

²¹ El precedente, (art. 8.2.º LC) presentaba peor redacción al aludir a las acciones sociales que tuvieran por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que fuera empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supusiera modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requeriría el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Añadía, además, que en el enjuiciamiento de estas materias y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberían tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral y que por

a las suspensiones y reducciones de jornada que, pese a tenor literal del art. 8.2º LC, venían siendo conocidas por el juez del concurso en todo caso, fueran individuales, plurales o colectivas.

La cuestión había generado dudas y diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales²² que parecían haberse disipado con la nueva redacción dada por la Ley 9/2015 al art. 64.1.1 LC. Allí quedaba claro que los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarían ante el juez del concurso por las reglas establecidas en aquel precepto²³. Por tanto, la competencia del juez del concurso en materia de suspensión de contratos y de reducción de la jornada, se extendía a las medidas a adoptar, cualquiera que fuera la plantilla de la empresa y el número de trabajadores afectados. Ello suponía unidad de criterio del régimen concursal y del régimen común para situaciones no concursales (art. 47.1 párr. 4º ET). Ahora, esta unidad se rompe, manteniendo la LC un criterio propio que extiende la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso solo a las suspensiones y reducciones de jornada colectivas. Así, las individuales y las plurales, aun adoptadas tras la declaración del concurso seguirán el régimen laboral (art. 47 ET) y no el procedimiento de los arts. 169 y ss. TRLC.

De igual modo, conforme al art. 8.2º LC (hoy, art. 53 TRLC) venía siendo claro que las demandas en ejercicio de otras acciones sociales distintas a las allí previstas deberían presentarse ante el juez o tribunal del orden social correspondiente aun tratándose de cuestiones conectadas con el concurso. Aun siendo este el criterio, ahora, los arts. 221.2 y 224.1.3ª TRLC establecen la competencia del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa y para

suspensión colectiva se entenderían las medidas previstas en el art. 47 ET, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

²² *Vid.*, Alameda Castillo, M.T., “La regulación judicial de empleo: puntos críticos”, REDT, nº 149, 2011, ps. 110-111.

²³ De igual modo, conocerá el juez del concurso (incidente concursal laboral) de la impugnación individual del trabajador efectuada tras la extinción colectiva acordada en el proceso concursal (STS 8.3.2018 [RJ 2018/1472], indemnización). Ahora bien, no le corresponderá conocer de las acciones sociales del art. 8.2ª cuando estas se hubieren ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso de la empleadora siendo irrelevante, en orden a la atribución competencial, que la demanda (individual) solicitando la condena de la empleadora se interpusiera con posterioridad a que la empresa fuera declarada en concurso y ello sin perjuicio del preceptivo emplazamiento de la administración concursal si las acciones que se ejercitaran pudieran tener transcendencia para el patrimonio del deudor –actuación como parte en defensa de la masa- (STS 18.10.2016 [RJ 2016/5599]).

determinar los efectos de esta sobre los créditos pendientes de pago, en caso de enajenación de una unidad productiva.

La singularidad de la sucesión de empresa *intra* concurso, no es una novedad y buena prueba de ello es que el propio ET, en su art. 57 bis dispone que en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC. Pese a no existir indicación alguna en los preceptos que recogen las reglas de competencia generales del juez del concurso (arts. 44, 52 y 53 TRLC [previo, art. 8 LC]), ya se ha apuntado (CGPJ) la razón de la regla jurídica que contiene el art. 221.2 TRLC y la función a la que responde, que se enmarca en el conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación y enajenación de los elementos que componen la masa activa del concurso y a la determinación de las condiciones de realización de dichos elementos en interés del concurso, teniendo en cuenta, por lo demás, la incidencia de la decisión que se adopte en los créditos, ya concursales, ya contra la masa. Así, correspondería al juez del concurso fijar el perímetro de los efectos de la transmisión de unidades productivas y, de ese modo concretar hasta dónde alcanza el efecto de la sucesión, integración que resulta coherente con la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y con las concretas competencias en materia de transmisión de unidades productivas empresariales²⁴.

No obstante, esta competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresas (art. 221.2 TRLC), a la que precede la concepción laboral de la misma (“*en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa*” [previo, art. 149.4 LC])²⁵, por mucho que resulte coherente y redunde, posiblemente, en eficacia procedimental evitando el peregrinaje de jurisdicciones, parece traspasar los límites constitucionales y requeriría modificación legislativa²⁶. No obstante, la opinión mayoritaria es la otra, amparada en la cláusula residual de competencia contenida en el art. 86 ter LOPJ²⁷ en base a la cual también

²⁴ Para el CGPJ, el texto refundido opera una adecuada «*función armonizadora ínsita en la labor de refundición*» (Informe sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, 26.9.2019).

²⁵ *Vid., infra*, 3.2.

²⁶ En esta línea, Martínez Moya, que no considera adecuada la habilitación normativa seguida y muy discutible que la aclaración postulada en el Proyecto tenga cabida en los límites constitucionales de la delegación y no incurra en *ultra vires*, por razonables que puedan ser los argumentos vertidos (Voto Particular concurrente que formula el vocal Juan Martínez Moya al Acuerdo adoptado por el pleno del CGPJ en sesión celebrada el 26 de septiembre con relación al Punto I-23º que aprueba el Informe al Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal, ps. 4-5).

²⁷ «*Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal,*

entiende el Consejo de Estado que la previsión del 221.2 TRLC resulta adecuada y no excede de las facultades conferidas al Gobierno en la delegación legislativa.

En cualquier caso, la ley se pronuncia ahora de forma clara sobre una cuestión en absoluto pacífica que llevaría a la Sala especial de Conflictos del TS a concluir, sin embargo (y apartándose, por tanto, de lo que dispone ahora el TRLC), que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso. En estos casos, la acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada, como deudora y los acreedores²⁸. En la jurisdicción social la línea interpretativa también era esa, tanto del TS²⁹ como de TSJ, llegando a afirmarse que la competencia única de la jurisdicción social para declarar la existencia de sucesión de empresa en el contexto de la liquidación concursal, era ya algo indiscutible³⁰. En esta línea, el STSJ Castilla y León 29.10.2014 afirmaría que sean cuales fueran las circunstancias en las que se hubiera desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de esta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial es competencia de la jurisdicción social³¹. La competencia para resolver esa cuestión es de la jurisdicción social, porque la resolución implica a quien no fue parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa³².

Con carácter general, la enajenación de unidades productivas se llevará a cabo (modo ordinario, art. 215 TRLC), en cualquier fase del concurso, en subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica, salvo que el juez autorice otro

en los términos previstos en su ley reguladora (...). El todo caso la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en...».

²⁸ ATS 6.7.2011 (Conflicto 23/2011), 9.12.2015 (Conflicto 25/2015) y 9.3.2016 (Conflicto 1/2016).

²⁹ STS 29.10.2014 (R° 1573/2013) 18.5, 5.7.2017 y 11.1.2018 (R° 1645/2015, R° 563/2016 y R° 3290/2015, respectivamente)

³⁰ STSJ Castilla-La Mancha 31.1.2019 (AS 2019/1306).

³¹ R° 1573/2013.

³² STSJ Castilla y León (Burgos) 11.1.2018. En estos casos, el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de despido (objetivo) comienza desde la fecha de conocimiento del verdadero empresario.

Previamente, STS 11.1, 18.5 y 5.7.2017 (R° 1689/2015, R° 1645/2015 y R° 563/2015, respectivamente).

modo de realización de entre los previstos en esta ley. Ahora, los arts. 215-225 TRLC aportan sistemática y claridad expositiva en la materia y el art. 220 TRLC, bajo la rúbrica *Audiencia de los representantes de los trabajadores* recoge que las resoluciones que adopte el juez en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, si existieran. Además, en el caso de que las operaciones de enajenación implicaran la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contrato o la reducción de jornada de carácter colectivo, se estará a lo dispuesto en esta ley en materia de contratos de trabajo³³.

Por otro lado, conforme al art. 54 TRLC, la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso también se extiende a cualquier medida cautelar que afecte o pudiera afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera acordado, excepto las que se adopten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, así como de cualquiera de las adoptadas por los árbitros en el procedimiento arbitral³⁴. En el nº 2 se precisa que si el juez del concurso considerase que las medidas adoptadas por otros tribunales o autoridades administrativas pueden suponer un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso de acreedores, acordará la suspensión de las mismas, cualquiera que sea el órgano que las hubiera decretado, y podrá requerirle para que proceda al levantamiento de las medidas adoptadas. Si el requerido no atendiera de inmediato al requerimiento, el juez del concurso planteará conflicto de jurisdicción, conflicto de competencia o cuestión de competencia, según proceda. Nos encontramos ante una atribución competencial importante que, sin embargo, como ya se ha señalado a nivel doctrinal, queda sumamente desdibujada, pues su inciso final, al obligar al juez del concurso a plantear conflicto de jurisdicción o de competencia, ante la no atención inmediata al requerimiento, nos sitúa ante el mismo escenario anterior al TRLC³⁵.

En otro orden de cuestiones, los efectos de la declaración de concurso en los procedimientos ejecutivos se recogen ahora en los arts. 142 a 151 TRLC (reglas generales y especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados). Parte el art. 142 de la regla general de la prohibición de inicio

³³ *Vid., infra*, 3.2.

³⁴ Sobre la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso en la adopción y alzamiento de medidas cautelares, ASTS Sala especial de Conflictos 19.2 y 11.10.2019 (RJ 2020/408 y RJ 2020/228).

³⁵ Prendes Carril, P., “Novedades del Texto refundido de la Ley Concursal”, Aranzadi Digital 1/2020, BIB 2020/12108, p. 4.

de ejecuciones singulares -judiciales o extrajudiciales-, así como de apremios administrativos, incluidos los tributarios, contra los bienes o derechos de la masa activa. Si los procedimientos de ejecución se hallaran en tramitación a la fecha de la declaración de concurso será procedente su suspensión, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 143.1). El TRLC recupera, además, dotando de seguridad jurídica a la materia, la sanción de nulidad de las actuaciones de ejecución que se hubieran realizado desde la declaración de concurso (previsión que aparecía en la LC 2003 y que fue suprimida por la Ley 38/2011³⁶).

Ahora bien, el art. 144 TRLC (*Excepciones a la suspensión de las actuaciones y de los procedimientos de ejecución*).faculta a los acreedores públicos y laborales para proseguir las actuaciones y procedimientos de ejecución cuando concurren los presupuestos que ahora se enuncian en el art. 144 TRCL (art. 55.1 parr. 2º LC). Este art. aclara cuáles son las condiciones para el privilegio de ejecución separada de acreedores públicos y laborales: en todo caso, para que puedan reanudarse estas actuaciones y procedimientos de ejecución deberá aportarse a las actuaciones un testimonio de la resolución del juez del concurso que se pronuncie sobre el carácter no necesario del bien o derecho, lo que implica que tanto las ejecuciones laborales como los procedimientos administrativos de apremio habrán de suspenderse tras la declaración de concurso del deudor y sólo podrán proseguirse, reactivarse, una vez que se haya obtenido una resolución que califique el bien o derecho como no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Se incorpora así en la norma el criterio de la Sala especial de Conflictos³⁷ en virtud de la cual corresponde al juez del concurso declarar el carácter no necesario de un bien o derecho para poder continuar las ejecuciones laborales en las que el embargo fuese anterior a la declaración de concurso y las ejecuciones administrativas cuya diligencia de embargo fuera también anterior a la declaración de concurso³⁸.

2.2. Incidente concursal en materia laboral y recursos

En el TRLC el incidente concursal en materia laboral se recoge en el art. 541, más didáctico que su precedente (art. 195 LC). Frente a la mera remisión

³⁶ De 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, Concursal.

³⁷ ASTS 26.6.2014 y (1ª) 30.5.2018 y 13.2.2019.

³⁸ En esta línea, la Sala especial de Conflictos en resolución 22.12.2006, (RJ 2007/8690) mantendría, que las facultades de autotutela reconocidas a los acreedores públicos precisaban que, una vez declarado el concurso, la Administración Pública se dirigiese al órgano jurisdiccional (juzgado de lo mercantil) a fin de que este pudiera decidir si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretendía hacer efectivo el apremio eran o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Sobre las dos excepciones SSTs (1ª) 30.5.2018 (RJ 2014/2018) y 13.2.2019 (RJ 388/2019).

que hacía el precepto de 2003, el nuevo, explica que se dilucidarán por el trámite del incidente concursal en materia laboral las acciones que los trabajadores o el FOGASA ejerciten contra el auto que decida sobre cuestiones laborales de carácter colectivo (modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslado, despido, suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción)³⁹, así como las de trabajadores que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender sus contratos⁴⁰. Precisa, además, el nº 2 que los trabajadores deberán presentar la demanda, conforme a lo establecido en la legislación procesal civil en el plazo de un mes desde que conocieron o pudieron conocer la resolución judicial, el FOGASA desde que se le notifique la resolución y el personal de alta dirección deberá presentar la demanda en el mismo plazo desde que la administración concursal le notifique la decisión adoptada⁴¹.

Por su parte, y finalizando ya las cuestiones procesales, en relación a los *recursos en materia laboral*, las previsiones en la materia que contenía el art. 64.8 LC (regulación judicial de empleo) se llevan ahora al art. 551 TRLC. Establece este precepto (nº 1), con mejor sistemática, que contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo y contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley reguladora de la jurisdicción social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden

³⁹ Así, por ejemplo, se impugna vía incidente concursal en materia laboral, la inclusión en la lista de afectados por la regulación judicial de empleo concursal alegando razones discriminatorias (SSJM Bilbao, 30.4.2019 (SS. nº 193 y nº 195/2019).

⁴⁰ Tras la entrada en vigor de la LC en 2004 se planteó si el personal de alta dirección habría de impugnar por la vía del incidente concursal común o del incidente concursal laboral pues la norma entonces no lo precisaba. Desde el principio, se mantuvo que el cauce natural e idóneo habría de ser el incidente concursal laboral (Mercader Uguina, J.R., Alameda Castillo, M.T., “Artículo 65. Contratos del personal de alta dirección”, en AA.VV., [dir, Rojo, A y Beltrán, E.], *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, Vol. 2, p. 3188).

⁴¹ Dados los estrictos términos en los que está planteado el incidente concursal en materia laboral en la ley, la Sala especial de Conflictos precisaría (ASTS 6.7.2011 [Conflictos 23/2010 y 19/2011]) que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales y subjetivos, el (objeto) contemplado en el 64.10 LC (también, previamente, ASTS 21.6 y 30.11.2007 [Conflictos 11/2007 y 3/2007, respectivamente]).

social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas. Además, en el nº 2 se atribuye legitimación para recurrir en suplicación, además de a la administración concursal, concursado, trabajadores a través de sus representantes y al FOGASA, en caso de declaración de existencia de grupo laboral de empresas, a aquellas entidades que lo integren. Precisión esta que no se recogía hasta ahora en la norma y que conecta con la posibilidad de que la administración concursal o los representantes de los trabajadores puedan solicitar del juez la participación en el período de consultas de otras personas naturales o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada (art. 174. 2).

3. CUESTIONES SUSTANTIVAS LABORALES AFECTADAS POR EL RD LEGISLATIVO 1/2020

3.1. Contratos de trabajo y convenios colectivos: una cuestión de orden y algún retoque

En el TRLC, los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos se llevan a una sección específica (4ª) comprensiva de los arts. 169 a 189 TRLC. Los arts. 64 a 66 LC se dividen ahora en 21 artículos encabezados por rúbricas que indican su contenido, lo que redundará en una mejor sistemática y, además, se gana en coherencia interna al coordinarse con otras referencias concursales laborales sustantivas del Texto refundido, con los preceptos procesales que expusimos *supra* (arts. 53 y 54 TRLC) y con la normativa laboral extraconcursal. Es importante destacar esta labor de orden y coordinación que lleva a cabo el RD Legislativo 1/2020 pues el Derecho concursal laboral ha venido sufriendo importantes desajustes con las sucesivas reformas de la legislación concursal y de la legislación laboral con impacto en aquella.

Como es conocido, la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor y, además, no es causa de resolución de los contratos, teniéndose por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes (*Principio general de vigencia de los contratos*, art. 156 TRLC). Pese a ello (conforme al art. 114 TRLC, antes art. 44 LC mejorando la redacción y la coordinación referida) el juez, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia del concursado y, si existieran, de los representantes de los trabajadores, podrá acordar, mediante auto, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el concursado, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta. Si estas

medidas supusieran la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, siempre que tengan carácter colectivo, la administración concursal deberá solicitar al juez del concurso la adopción de la decisión, que se tramitará conforme a lo establecido en los arts. 169 y ss. TRLC.

Estos artículos recogen el procedimiento de adopción de medidas contractuales laborales tras la declaración de concurso que se aplicará tanto en los supuestos referidos de cierre de la empresa y cese como en los de continuación de la actividad productiva. Todas las referencias al secretario judicial que contenía el art. 64 LC ha sido sustituidas oportunamente por el Letrado de la Administración de Justicia⁴². Las medidas que se concreten en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se tramitarán por las reglas de los art. 169 y ss. cuando (en todos los casos) tengan carácter colectivo. Lógicamente, en todo lo no previsto en esta Sección 4ª se aplicará la legislación laboral y los representantes de los trabajadores tendrán cuantas facultades les atribuya la misma. Incorpora ahora el art. 170 TRLC el régimen de las medidas colectivas en tramitación, de forma mucha más clara a como lo hacía el art. 64.1 párrs. segundo y tercero LC⁴³ que quedó, además, desfasado tras la aprobación de la reforma del mercado de trabajo de 2012⁴⁴. Al

⁴² A partir del 1 de octubre de 2015, los antiguos secretarios judiciales pasan a denominarse Letrados de la Administración de Justicia (LO 7/2015, de 21 de julio que modifica la LOPJ).

⁴³ Ordena ahora el precepto las reglas de la forma siguiente: 1. Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario hubiera iniciado los trámites para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, de carácter colectivo, el concursado lo pondrá inmediatamente en conocimiento del juez del concurso. En el caso de que aún no se hubiera alcanzado un acuerdo o no se hubiera notificado la decisión empresarial, dentro de los tres días siguientes al de la comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia citará a comparecencia a los legitimados previstos en el artículo siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en esta Subsección. Las actuaciones practicadas hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado. 2. Si a la fecha de la declaración del concurso ya se hubiera alcanzado un acuerdo o se hubiera notificado a la decisión adoptada con relación a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al traslado, al despido, a la suspensión de contratos o la reducción de jornada, de carácter colectivo, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. 3. Si al tiempo de la declaración de concurso, el acuerdo o la decisión empresarial hubieran sido impugnados ante la jurisdicción social, el procedimiento continuará ante los órganos de esta jurisdicción hasta la firmeza de la correspondiente resolución. 4. En los casos a que se refiere este artículo, la declaración de concurso habrá de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

⁴⁴ RD Ley 3/2012, de 10 de febrero y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

margen del procedimiento de regulación judicial de empleo de TRLC quedarán, por tanto, otras medidas contractuales laborales que no sean las referidas en el art. 169 y también aquellas que, aun siendo, no tengan carácter colectivo (individual, plural)⁴⁵. En estos casos, aun en concurso, se aplicará el régimen común del ET⁴⁶ y ello sin perjuicio de la ejecución en los términos ya vistos⁴⁷.

Centrándonos ya en el procedimiento del TRLC, la legitimación activa corresponde, como en la LC -tras la modificación operada por la Ley 38/2011-, al empleador concursado, a la administración concursal o a los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales que serán los sujetos indicados en el art. 41 ET (precisando ahora la norma que será el Texto refundido aprobado por RD Legislativo 2/2015). Se mantiene, además, intacta la previsión relativa a que transcurridos los plazos allí indicados sin que los trabajadores hubieran designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca (art. 171.2 TRLC).

En relación a la presentación de la solicitud el art. 172 TRLC se mantiene en términos idénticos al art. 64.3 LC. Así, la adopción de las medidas solo podrá solicitarse del juez del concurso una vez presentado el informe de la administración concursal, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la solicitud al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso. En cuanto al contenido de la solicitud, el art. 173 TRLC establece que en ella se deberán exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con estas, acompañando los documentos necesarios para su acreditación. Con buen criterio, se ha eliminado la anterior referencia al objetivo de asegurar «en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo». Ahora, se indican, de forma más general, causas motivadoras de las medidas y objetivos que se proponen alcanzar lo cual nos conduce a una razón económica (dificultades económicas de la empresa constatadas por la declaración de concurso y, sin perjuicio de que pudieran confluir

⁴⁵ Así, por ejemplo, en el AJM Cádiz 25.5.2012 (AC 2012/2304) se declararía la falta de competencia del juez del concurso en un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afectaba solo a 5 trabajadores.

⁴⁶ Como recuerda la STSJ Asturias 14.12.2012 (AS 2013/64) el legislador del concurso no quiso atribuir al juez mercantil competencia para el conocimiento de cuantas acciones sociales o laborales pudieran comportar material repercusión sobre el patrimonio del deudor o concursado.

⁴⁷ *Supra*, 2.1.

técnicas, organizativas o de producción) que legitimaría la adopción de medidas contractuales diversas y a dos posibles objetivos –aunque ya no se recojan expresamente en el TRLC-, viabilidad de la empresa y del empleo o, por el contrario, la extinción colectiva conectada con el cierre de la empresa y el cese de la actividad empresarial ante su inviabilidad económica y, también, el perjuicio para los acreedores que supondría seguir generando créditos contra la masa⁴⁸. Al igual que en situaciones no concursales, en la revisión judicial de las medidas contractuales conectadas a dificultades económicas (y aun cuando la referencia legal expresa fuera eliminada), sigue presente el criterio de razonabilidad y la conexión de funcionalidad/instrumentalidad y, en sede concursal tales criterios significan que lo razonable es, en base a algo: mantenimiento de empresa y empleo en condiciones de viabilidad, en el primer caso⁴⁹, y cese de actividad y desaparición de la actividad productiva, en el segundo⁵⁰.

Así, la revisión judicial buscará un control de la concurrencia de las causas y del alcance de las facultades de la decisión concretadas en medidas contractuales, pretendiendo una exigencia de razonabilidad o función de conexión. Esto es, comprobación de si las medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, donde el despido debe ser una medida idónea en términos de eficacia de la organización productiva y no de incremento del beneficio empresarial⁵¹.

Una precisión adicional, en el concurso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas, se identifican con dificultades, situaciones económicas negativas, en todos los casos (sean modificaciones, traslados, reducciones de jornada, suspensiones o despidos). La lógica del concurso se proyecta sobre la causa y nos sitúa en supuestos en los que la viabilidad futura de la empresa y el empleo están realmente amenazados quizás por ello en la norma concursal se

⁴⁸ En este sentido, STSJ Galicia 29.7.2014 (R° 2087/2014) y AJM Barcelona 30.7.2012 (Proc. 411/2012).

⁴⁹ STSJ Aragón, 15.5.2013 (R° 123/2013), STSJ Comunidad Valenciana 14.10.2014 (R° 1991/201, modificación sustancial de condiciones de trabajo en concurso).

En esta línea también, en el AJM Granada 13.1.2014 (AC 2014/4) la causa sería la situación de descenso de la cifra de negocios, manteniendo la misma estructura de costes y la necesidad de redimensionar la plantilla a la dicha situación económica. Se concreta en reducciones de cuantías salariales por encima del convenio de aplicación individual o colectiva como modificación sustancial del contrato de trabajo.

⁵⁰ Sobre esta construcción, tras las reformas en la LC 2011-2015, Alameda Castillo, M.T., “Las relaciones laborales en las empresas en concurso tras 10 años de vigencia de la Ley Concursal”, Anuario de Derecho Concursal, n° 37, 2016, p. 129. En línea similar, Desdentado Bonete, A., “Sobre los despidos colectivos en el concurso. Algunas reflexiones críticas a propósito del libro Despido colectivo y concurso de acreedores de José María Ríos Mestre”, Justicia Laboral, n° 52, 2012, p. 2.

⁵¹ STSJ País Vasco 23.6.2015 (AS 2015/1845) (despido colectivo en empresa en concurso).

unifique la causa (a diferencia de lo que ocurre en el régimen laboral común del ET donde se incluyen diferencias causales en los arts. 40-41, 47 y 51 ET). Pese a ello, el escalonamiento de las medidas sigue presente y serán prioritarios –de ser posibles- instrumentos de reordenación de plantillas menos traumático (modificaciones, suspensiones) que la extinción de los contratos de trabajo⁵². Así, por ejemplo, se considera que la suspensión ha de obedecer a la necesidad de superar una situación económica negativa y a favorecer la viabilidad empresarial respondiendo a circunstancias coyunturales que pueden ser salvadas sin necesidad de acudir a las extinciones⁵³.

Se lleva también al art. 173 (nº 2), la previsión que antes contenía el art. 64.5 párr. 4 LC en relación a que si la medida afectase a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Sorprende que tal previsión se siga manteniendo porque su referente laboral (art. 51.4 ET) fue eliminado y, únicamente, el art. 8 RD 1483/2012⁵⁴, incluye, a título ejemplificativo y no obligatorio una serie de medidas que podrán dar contenido al periodo de consultas pero que no se perfilan como contenido mínimo del plan⁵⁵. En cualquier caso, aquellas medidas tendrán sentido, en supuestos en los que quepa mantener la viabilidad de la empresa y del empleo, no así cuando se haya decretado el cierre de la empresa y cese de la actividad productiva (art. 114 TRLC).

El TRLC recogerá ahora en los arts. 174 a 179 el contenido de los apartados 4, 5 y 6 del art. 64 LC que incluye: el periodo de consultas (no superior a 30 o a 15 días naturales –empresas de menos de 50 trabajadores-)⁵⁶, el deber

⁵² Alameda Castillo, M.T., “Las relaciones laborales en las empresas en concurso...”, *op. cit.*, p. 126.

⁵³ AJM Santander 31.1.2007. En AJM Granada 13.1.2014 (AC 2014/4) la causa sería la situación de descenso de la cifra de negocios, manteniendo la misma estructura de costes y la necesidad de redimensionar la plantilla a la dicha situación económica. Se concreta en reducciones de cuantías salariales por encima del convenio de aplicación individual o colectiva como modificación sustancial del contrato de trabajo.

⁵⁴ De 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión y reducción de jornada.

⁵⁵ Mercader Uguina, J.R., “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales de concurso”, ADC, nº 31, 2014, p. 104.

⁵⁶ Se ha venido entendiendo que el plazo opera como límite en su duración máxima. No obstante, se admite la prolongación en aras a alcanzar el acuerdo y para el TS esto será cuando exista un contenido real en las negociaciones (STS 15.4.2014 [Rº 188/2013]. También en esta línea favorable a la flexibilidad del plazo máximo del periodo de consultas, STSJ Cataluña 6.5.2015 [AS 2015/1328]).

En la doctrina apoya tal interpretación, Taléns Visconti que lo condiciona a la superación del límite legal para negociar siempre de mutuo acuerdo de las partes y con el objetivo de alcanzar

de colaboración y auxilio judicial, la sustitución del periodo de consultas (por acuerdo entre la administración judicial y los representantes de los trabajadores previo al periodo de consultas o por mediación/arbitraje), el acuerdo⁵⁷, la comunicación al juez (finalizado el plazo o alcanzado el acuerdo) y el informe de la autoridad laboral. Los términos son prácticamente idénticos, solo precisar que se ha eliminado –por obvia- la indicación que contenía el art. 64.5 párr. segundo LC relativa a que en caso de intervención (y no de sustitución, por tanto) de las facultades de administración y disposición de deudor, el juez podría autorizar la participación del concursado en el período de consultas. Por su parte, el art. 175.1 TRLC en relación al deber de colaboración y auxilio judicial incorpora ahora que la administración concursal podrá requerir la colaboración del concursado y el auxilio del juzgado que estime necesarios para la comprobación de las causas de la solicitud y de la exactitud de los documentos que la acompañen⁵⁸.

Durante el período de consultas, al igual que en supuestos no concursales habrá de negociarse de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo y ello alcanza a la administración concursal, a los representantes de los trabajadores y al concursado, si participara en el mismo (art. 174.3 TRLC). Serán manifestaciones de buena fe en el periodo de consultas en el concurso, la entrega de documentación suficiente y la presentación de un plan de viabilidad con un menor número de despidos, que no fue aceptado por la representación de los trabajadores⁵⁹ y no

un acuerdo pese a que, finalmente, este pudiera no alcanzarse, debiendo en todo caso persistir una negociación de buena fe (“El periodo de consultas en el ERE concursal: legitimación, duración y buena fe en la negociación”, DL, nº 11, 2017, p. 15).

⁵⁷ Conforme al art. 177.2 TRLC –y en idénticos términos al art. 64.6 párr. tercero LC-, en el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores. La posibilidad de pactar indemnizaciones superiores generó una fuerte controversia judicial tras la entrada en vigor de la LC 2003 que sería saldada con la reforma operada en la LC por la Ley 38/2011. Admitirían previamente esa posibilidad, STSJ País Vasco 12.9.2006 (AS 2006/2284) y STSJ Asturias 16.4.2010 (Rº 3455/2009), entre otras.

⁵⁸ Junto a ello, y en línea con la previsión del art. 174.2 TRLC que establece (al igual que hacía el 64.5 párr. tercero LC) que la administración concursal o los representantes de los trabajadores podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas naturales o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada, el art. 175.2. TRLC indica que podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para esa comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas. Sobre los problemas que plantea la integración en un grupo de la empresa concursada de cara a la adopción de las medidas contractuales laborales, vid., Alameda Castillo, M.T., “Las relaciones laborales en las empresas en concurso...”, *op. cit.*, ps. 152-158).

⁵⁹ SAN 9.7.2014 (AS 2014/1309).

lo será un período de consulta de un día⁶⁰. Ahora bien, no obraría con mala fe el administrador concursal que mantuviera una postura inmovilista, por ejemplo, que no acepte rebajas en el número de contratos a extinguir cuando la salida al concurso sea el cierre o cuando la empresa se encuentre en fase de liquidación o, incluso, esta circunstancia se encuentre muy próxima, es decir, cuando se atisbe que la amortización de puestos de trabajo no vaya a contribuir a la viabilidad de la empresa⁶¹. Ello evidencia que en contexto concursal, la buena fe ha de interpretarse y contextualizarse conforme al doble juego de causas y objetivos referidos previamente (continuación actividad empresa y empleo/cierre, desaparición de la empresa y extinción de contratos de trabajo).

El juez del concurso resolverá, finalizados los trámites anteriores, en un plazo máximo de cinco días sobre las medidas propuestas⁶² dedicando el TRLC los arts. 181-183 (antes art. 64.7 LC) a la resolución en caso de acuerdo, al supuesto de inexistencia de acuerdo y a la eficacia de la resolución que acuerde la suspensión y el despido colectivo, en términos prácticamente idénticos a su precedente.

Lo normal será que el acuerdo lo firmen la administración concursal, los representantes de los trabajadores y el concursado, si participó en el período de consultas aun cuando también sería admisible jurídicamente que el juez legitimara un acuerdo firmado sólo por los dos primeros sujetos⁶³. Téngase en cuenta, además, que la administración concursal actúa en interés del concurso y su interés será lógico que pueda no coincidir con el del deudor concursado⁶⁴. En caso de desacuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el periodo de consultas para lo cual, el Letrado de la Administración de Justicia los convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un

⁶⁰ STSJ Andalucía (Granada) 9.5.2013 (AS 2013/2077).

⁶¹ Así lo entendería la SAN 20.3.2013 (JUR 2013, 110228) al considerar que era tan mala la situación de empresa que su única salida era la liquidación y, por ello, no constituiría expresión de mala fe defender que la única alternativa era el cierre y consiguientemente el despido de todos los trabajadores.

⁶² A nivel doctrinal, ya se ha planteado qué ocurrirá si, pasado el plazo, no ha recaído resolución. Esto es, cómo interpretar el silencio judicial. Con buen criterio, entiende Taléns Visconti, que habrá que esperar a la resolución mediante auto por parte del juez del concurso, puesto que este órgano es el único capaz, *ex lege*, de acordar las medidas contractuales propuestas (“El auto del juez del concurso que resuelve sobre el despido colectivo por causas económicas: problemas prácticos”, DL, nº 101, 2014, p. 6).

⁶³ En este sentido, Taléns Visconti, E., “El período de consultas en el ERE concursal..., *op. cit.*, p. 62.

⁶⁴ Cruz Villalón, J., “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, RL, nº. 23-24. 2003, p. 25.

trámite escrito de alegaciones de tres días. La LC 2003 no contemplaba esta fase contradictoria, necesaria, dada la naturaleza judicial de la regulación judicial de empleo concursal⁶⁵ pero la reforma operada por la Ley 38/2011 lo incorpora de forma insuficiente⁶⁶ y se mantiene de esta forma en el TRLC (art. 182.1) Solo cabe aportación de prueba documental (con exclusión de la pericial, muy importante en los despidos colectivos) y la comparecencia puede ser sustituida por simples alegaciones escritas, a voluntad del juez.

Junto a ello, de forma más clara a como lo hacía el art. 64.7 párrafo tercero LC, el art. 183 TRLC establece que en caso de acordarse la suspensión de los contratos de trabajo de carácter colectivo o el despido colectivo, el auto surtirá efectos constitutivos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y originará la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados. De singular importancia es la referencia a los efectos constitutivos que ahora incorpora la norma al dejar ya clara la naturaleza del auto del juez del concurso que es ejecutivo (no autorizatorio). Además, se mantiene la posibilidad incorporada por la Ley 38/2011 de posponer los efectos del auto a una fecha posterior a aquella en que se dicte, lo que veta posibles efectos retroactivos.

La suspensión del derecho de rescisión del contrato con indemnización que contemplaba el art. 64.9 LC (modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva y traslado colectivo) se contiene ahora en el art. 184 TRLC. De igual forma, y también con mejora sistemática, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador del art. 64.10 LC se lleva ahora al art. 185 LC pero en este caso la nueva ubicación se acompaña de una mejora en la redacción que era necesaria y que en los términos en que estaba planteada en la LC tras la reforma de la Ley 38/2011, carecía de sentido. El art. 64.10 LC comenzaba afirmando que las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del art. 50 ET, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrían la consideración «de extinciones de carácter colectivo», desde que se acordara la iniciación del procedimiento previsto en el art. 64 LC, para la extinción de los contratos. Ello obedecía a un error por haberse mantenido la previsión inicial del artículo en la redacción de 2003, ya que las acciones no se colectivizan sino

⁶⁵ La STC 187/2014, de 17 de noviembre, entendería, sin embargo, que aquellas limitaciones legales precedentes en materia de proposición y práctica de prueba en los procedimientos concursales ante la ausencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores, no vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

⁶⁶ Desdentado Bonete, A., “Sobre los despidos colectivos en el concurso...”, *op. cit.*, p. 24., Alameda Castillo, M.T., “Las relaciones laborales en las empresas en concurso...”, *op. cit.*, p. 135.

en realidad, se paralizan y ceden el paso a la extinción colectiva que sigue la regulación judicial de empleo concursal⁶⁷.

No es que los juicios individuales fueran atraídos por el procedimiento concursal colectivo integrándose en él (que era lo que ocurría con la anterior regulación) sino que este los desplaza y, se mantienen al margen del mismo en su originario orden social pero queda su tramitación en situación de pendencia, hasta tanto recaiga el auto firme del juez del concurso que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. La nueva redacción ya sí es clara en este sentido. Desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en esta Subsección para el despido colectivo, los jueces del orden social suspenderán la tramitación de la totalidad de los procesos individuales posteriores a la solicitud del concurso pendientes de resolución firme en los que se hubieran ejercitado contra el concursado acciones resolutorias individuales con fundamento en las causas que determinan la extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo de la legislación laboral motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado. La suspensión de los procesos individuales subsistirá hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin a dicho procedimiento y la resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, si fuera alzada la suspensión. El auto que acuerde el despido colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos, que se archivarán sin más trámites.

Los artículos siguientes (186 a 188 TRLC) se dedican a los efectos del concurso en los contratos del personal de alta dirección (previstos anteriormente en el art. 65 LC). Ahora, el texto refundido separa en tres artículos diferentes la extinción y suspensión de los contratos de trabajo, la extinción por voluntad del alto directivo (previa suspensión contractual) y el aplazamiento del pago de la indemnización a solicitud de la administración concursal hasta que sea firme la sentencia de calificación. El contenido sustantivo es idéntico (y mejor sistematizado) al precepto precedente pero las cuestiones procesales –al igual que ocurre con los contratos de trabajo comunes⁶⁸ se sacan de aquí⁶⁹ y se llevan a los preceptos correspondientes (art. 541.1 TRLC para el incidente concursal laboral, -impugnación de la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con el personal de alta

⁶⁷ Montoya Melgar, A, *Derecho Concursal laboral*, Ed, Civitas, Madrid, 2013, p. 269.

⁶⁸ *Vid. supra*, 2.2.

⁶⁹ Se elimina la previsión que contenía el art. 65.1 LC relativa a que la decisión de la administración concursal podría ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral y la sentencia recaída sería recurrible en suplicación.

dirección- y 551.1 TRLC para los recursos contra las sentencias que resuelvan los incidentes).

Termina la sección relativa a los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos⁷⁰ con la Subsección 3º sobre modificación de las condiciones establecidas en estos que no aclara las dudas de su precedente (art. 66 LC) e incorpora algún interrogante más. Este precepto adolecía de descoordinación con el régimen laboral aplicable al que se remitía porque no fue objeto de modificación tras las reformas laborales 2010-2012 y, por ello, requería de una reinterpretación coherente de acuerdo con el régimen laboral en vigor. Así, podrían ser objeto de modificación los convenios colectivos del Título III del ET en relación a las materias del art. 82.3 ET (*numerus clausus*) pero no en todo caso se requeriría acuerdo con los representantes de los trabajadores pues este precepto también admite la entrada en escena de los medios de solución extrajudicial de conflictos, incluido el arbitraje ante la CCNCC.

Ahora, el art. 189 TRLC establece que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos que sean aplicables solo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores. Se elimina, por tanto, la referencia a los convenios colectivos estatutarios lo cual no tiene mucho sentido, porque la modificación de las condiciones establecidos en aquellos convenios colectivos que no lo sean (al igual que acuerdos o pactos colectivos) seguirá el régimen de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, si tienen carácter colectivo (número de trabajadores afectados) el cauce será el de la regulación judicial de empleo concursal de los arts. 169⁷¹-185 TRLC.

3.2. Transmisión de unidades productivas

También pueden producirse vicisitudes contractuales en el seno de la fase de liquidación del concurso y si el plan y las operaciones de liquidación supusieran modificación, traslado, reducción de jornada, suspensión o extinción de contratos de trabajo –colectivos- habría de seguirse, igualmente, el procedimiento de los arts. 169 y ss. TRLC. La causa de las medidas contractuales sería, en principio, la dificultad económica empresarial constatada por la declaración de concurso y el cese de la actividad, en un contexto de liquidación. Ahora bien, la apertura de la fase de liquidación no impide –también en esta sede- la continuación de la

⁷⁰ Sección 4º del Capítulo IV del Título III TRLC.

⁷¹ Así lo entendería el ya citado AJM Granada 13.1.2014 (Proc. 372/2013) que consideró aplicable el art. 64 LC en conexión con el art. 41 ET (y no el art. 66 LC) en un supuesto de reducción de las cuantías salariales fijadas por encima del convenio colectivo de aplicación.

actividad empresarial⁷². El principio de conservación de la empresa se manifiesta también aquí de modo que se considerarán ofertas preferentes las que garanticen la continuidad de la empresa o, en su caso, de las unidades productivas y de los puestos de trabajo, sin olvidar la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, siempre con audiencia de los representantes de los trabajadores. En estos supuestos, cuando como consecuencia de la enajenación, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará que, a efectos laborales y de seguridad social, existe sucesión de empresa. Esta era la redacción del art. 149.4 LC tras la reforma de la Ley 9/2015⁷³, muy similar a la del art. 44.1 ET que alude a la subrogación en “*derechos y obligaciones laborales y de seguridad social*” lo cual ha venido dificultando significativamente la venta de la unidad productiva en el concurso de acreedores y la continuidad de la actividad y del empleo. Aquí –como también en otros supuestos de transmisión- el instituto de la sucesión de empresa, diseñado para proteger al trabajador afectado por la transmisión de unidades productivas, estaría provocando el efecto contrario. En base a ello, en el concurso, en aquella subrogación en la posición del anterior empresario (deudor concursado) se introduce cierta flexibilización en este régimen de asunción de responsabilidades para facilitar la conservación de las unidades productivas y de los empleos, por tanto (art. 149.4 LC).

Así, si procedía la sucesión de empresa del art. 44 ET y el nuevo adquirente había de asumir las obligaciones laborales y de seguridad social del anterior, el juez del concurso podía decidir acodar que el adquirente no se subrogara en la parte de la cuantía de salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que fuera asumida por el FOGASA. Este precepto era el resultado de la transposición de la Directiva 2001/23⁷⁴ (art. 5.2) que además de contemplar la sucesión de empresa solo a efectos laborales, permite la liberación del adquirente del pago de dicho pasivo laboral, siempre que se otorgara una protección equivalente –en España el Fondo-, con el objetivo de incentivar las operaciones de transmisión de empresa. Ahora bien, como indicamos arriba tras la modificación normativa de 2015, la sucesión de empresa en el concurso se extiende a los efectos

⁷² En tal caso, las medidas contractuales laborales que pudieran adoptarse, aun teniendo como causa, de igual modo, la dificultad económica constatada por la declaración del concurso, se conectarían con el objetivo de la viabilidad de la empresa y del empleo en sede de liquidación y seguirían, de igual modo, el procedimiento de regulación judicial de empleo de los arts. 169 y ss. TRLC.

⁷³ Previo RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

⁷⁴ De 12 de marzo, sobre 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 centros de actividad.

de seguridad social, esto es, más allá de los efectos laborales, en los supuestos en los que la unidad transmitida mantenga su identidad, dando prioridad a la mayor satisfacción del crédito público, en lugar de optar por medidas que incentiven a futuros adquirentes a asumir la continuidad de la actividad empresarial⁷⁵.

Los problemas aplicativos de estas reglas sobre la transmisión de unidades productivas en la fase de liquidación llevaron a que el JM nº 3 de Barcelona planteara cuestión prejudicial ante el TJUE a efectos de clarificar si es conforme a la Directiva 2001/23 que en situación de concurso pueda declararse que el adquirente no se subroga en las deudas de seguridad social. En Auto de 28.1.2015, el Tribunal de Justicia declararía que la Directiva ha de interpretarse en el sentido de que el Estado miembro que se haya acogido al sistema previsto en su art. 5.2 a) podrá exonerar del pago de los créditos laborales, incluidos los de la seguridad social, a la empresa adquirente de una unidad productiva autónoma, inmersa en un procedimiento de insolvencia, siempre que exista una entidad que garantice los créditos de los trabajadores conforme a la Directiva 80/987⁷⁶. España se acogió a aquella previsión de la Directiva y tiene implantado un organismo de protección de créditos, por lo que el legislador podría haber optado por exonerar a la empresa adquirente del pago de los créditos laborales y de la seguridad social. También declara el Auto que la Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente, resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

Así las cosas, ahora, el TRLC regula en los arts. 215 y ss las *Especialidades de la enajenación de unidades productivas*⁷⁷ aplicables en cualquier estado del concurso⁷⁸. El concepto de unidad productiva se recoge en el art. 200.2, conjunto de medios organizados (sin especificación relativa a si son materiales o humanos) para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorias (en términos prácticamente idénticos al art. 44.2 ET). Si en la masa activa existieran uno o varios establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades

⁷⁵ Ortiz Márquez, M., "La transmisión de empresa en el concurso", Anuario de Derecho Concursal, nº 34, 2015, p. 323y ss.

⁷⁶ De 20 de octubre, de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.

⁷⁷ Subsección 2ª Capítulo III del Título IV (De la masa activa).

⁷⁸ Como avanzamos, el TRLC contempla como modo ordinario para la enajenación de las unidades productivas la subasta (judicial, extrajudicial, electrónica [art. 215]), si bien, en cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar mediante auto la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas o la enajenación a través de persona o entidad especializada.

productivas de bienes o de servicios, se describirán como anejo del inventario, con expresión de los bienes y derechos de la masa activa que las integren (art. 200.1 TRLC).

Como ya hemos afirmado, la enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, sucesión de empresa (art. 221.1), las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, si existieran (art. 220.1) y la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y para determinar sus efectos sobre los créditos pendientes de pago corresponde en exclusiva al juez del concurso. En relación a la segunda cuestión, el precepto de referencia será el art. 224 TRLC⁷⁹, que parte de la afirmación de que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en determinados supuestos:

1. Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación.
2. Cuando así lo establezca una disposición legal.
3. Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el ET.

Queda ya claro, por tanto, que en la transmisión de una unidad productiva cuando se produzca sucesión de empresa, el adquirente habrá de asumir únicamente la deuda laboral y de seguridad social que hubiese contraído el concursado referida a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado. Es decir, no serán los créditos laborales y de seguridad social que se adeuden por la totalidad de los trabajadores de la plantilla de la concursada, sino solo los correspondientes a los trabajadores de la unidad productiva efectivamente adquirida⁸⁰. Ello supone la traslación a la ley de la llamada “teoría

⁷⁹ *Efectos sobre los créditos pendientes de pago.*

⁸⁰ Para el Consejo de Estado, la modificación que opera el TRLC en la materia se alinea, plenamente con la jurisprudencia comunitaria (entre otras, STJUE 16.5.2019, Plessers, C-509/17), gana en seguridad jurídica y, además, no excede de los límites de la delegación legislativa, constituyendo un adecuado ejercicio de la facultad de armonización conferida. En este sentido, la STC 166/2007, de 4 de julio, afirmaría que la labor refundidora que el legislador encomienda

del perímetro” de la unidad productiva mantenida por algunos juzgados de lo mercantil en las transmisiones en contexto concursal que suponía la limitación de las obligaciones laborales y de seguridad social a las que se circunscribía la subrogación del adquirente⁸¹. El argumento nuclear en defensa de esta teoría es, lógicamente, el favorecimiento de la continuidad de la actividad empresarial y la conservación de puestos de trabajo que se anudaba a una enajenación verificada en estas condiciones. No obstante, chocaba con frecuencia con pronunciamientos del orden social que, en sentido contrario, aplicaban la sucesión de empresa del art. 44 ET en el concurso en toda su extensión. Práctica, además, facilitada por las reglas procesales que daban a la declaración del juez del concurso sobre sucesión de empresa y sus efectos un valor meramente prejudicial⁸² (a diferencia de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso en la materia del TRLC).

No obstante, sólo se resuelven parte de las dificultades para la enajenación de unidades productivas en el concurso. Ya no hay duda de que la sucesión de empresa sólo operará respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de la unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. Es esta una excepción a la regla general de que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión (art. 224.1 TRLC). Respecto a aquellos créditos el juez del concurso podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA. La posibilidad de exoneración se sigue limitando, por tanto (pese a lo ya expuesto y a la interpretación comunitaria), a los créditos laborales y, en materia de seguridad social, la obligación de subrogación persiste en toda su

al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa.

⁸¹ Así, AJM nº 9 Barcelona 9.4.2015.

⁸² Para la jurisprudencia social, el pronunciamiento que pudiese realizar el juez del concurso sobre la venta de la unidad productiva era meramente prejudicial, lo que no impedía el ulterior examen de la concurrencia de sucesión de empresa ante los órganos de la jurisdicción social (STS 11.9.2019 [RJ 2019/3670]). En esta línea también, STS 27.11.2018 (Stcia. 981/2018) estimaría la competencia exclusiva de la jurisdicción social en la declaración de existencia de sucesión de empresa declarando ineficaz la declaración que en tal sentido había incluido el juez del concurso en el auto de adjudicación según el que no existía obligación laboral respecto de los trabajadores de los que no se había hecho cargo la adquirente de la unidad productiva. Por tanto, los eventuales pronunciamientos que haya efectuado el juez del concurso acerca de la existencia o inexistencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social no desplazan la competencia de la jurisdicción social (STS 3.10.2018 [RJ 2018/4987]).

extensión respecto a los trabajadores de la unidad transmitida y las deudas se mantienen.

3.3. Créditos laborales

El diseño crediticio de la norma concursal divide los créditos en créditos contra la masa y créditos concursales. Esta materia fue objeto de modificación por la Ley 38/2011 y, ahora, en el TRLC, se orden y sistematiza y se modifica alguna cuestión puntual. El texto refundido mantiene el llamado principio de tipicidad de los privilegios, estableciendo el art. 269.2 *in fine* (prácticamente idéntico al artículo 89.2 *in fine* LC) que no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la ley:

- Los créditos contra la masa no son créditos concursales y, por tanto, no integran la masa pasiva. Tienen tal condición los créditos por los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo, anteriores a la declaración de concurso, hasta el doble del salario mínimo interprofesional (nº 1 art. 245 TRLC) y los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso. Quedan comprendidos aquí los créditos laborales correspondientes a ese período, incluidas las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo que se hubiesen producido con posterioridad a aquella declaración⁸³, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso. Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento (nº 8 art. 245 TRLC, previo, art. 84.2.5º LC).

En relación al pago, los créditos por salarios que tengan la consideración de créditos contra la masa se pagarán de forma inmediata. Incorpora aquí el TRLC una novedad relevante porque, ahora, el deber de pago inmediato no se limita a los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores al concurso (art. 84.3 LC) (art. 84.3 y 84.2.1º LC) sino a todos los créditos contra la masa salariales. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. Ahora bien, la administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso, siempre que presuma que la masa activa

⁸³ Así, la STS 28.6.2017 (RJ 2017/3062) calificaría como crédito contra la masa la indemnización por despido improcedente por la no readmisión del trabajador, posterior a la declaración del concurso del empleador. El devengo de aquella resarce los daños provocados por tal extinción en base a una decisión adoptada en interés del concurso.

resultará suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa aun cuando esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, a los créditos tributarios, ni a los créditos de la seguridad social (art. 245 TRLC)⁸⁴.

- Los créditos concursales, por su parte, son todos aquellos que constituyen la masa pasiva del concurso y pueden ser privilegiados, ordinarios o subordinados. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos de la masa activa y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad de esa masa. Por su parte, se clasificarán como créditos ordinarios aquellos que, conforme a la norma concursal no tengan la consideración de créditos privilegiados o subordinados (art. 269 TRLC).

Los créditos con privilegio especial pueden hacerse efectivos sobre determinados bienes y derechos del deudor (afectos). Dentro de estos se incluyen los refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado (art. 270. 3ª TRLC).

Los créditos con privilegio general son aquellos que gozan de preferencia con relación al conjunto de los bienes y derechos del concursado, sin que -a diferencia de los créditos con privilegio especial- dicha preferencia recaiga sobre bienes concretos. En la preferencia general, la ley busca proteger un determinado crédito por sus peculiares características y sin que pueda relacionarse directamente con bienes o derechos específicos del deudor. El pago de los créditos con privilegio general se lleva a cabo, una vez deducidos de la masa activa, los créditos contra la masa y los bienes y derechos afectos a los créditos con privilegio especial, en la parte necesaria para su abono. Esta norma establece un orden prelativo, por lo que los créditos con privilegio general se satisfarán por el orden establecido en el art. 280 TRLC y, en su caso, a prorrata dentro de cada apartado. En el nº 1 se sitúan los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes

⁸⁴ En supuestos de insuficiencia de la masa activa, desde que la administración concursal comunique al juez del concurso que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, el pago de esos créditos vencidos o que venzan después de la comunicación se realizará conforme al orden establecido en el art. 250 TRLC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Los situados en primer lugar son los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional y, en segundo lugar, los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

de pago; las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso; los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

Los créditos ordinarios son los que no son privilegiados ni subordinados. Todos los créditos laborales que no puedan encuadrarse en ninguna de las categorías crediticias indicadas, esto es, los que no tengan la consideración ni de créditos contra la masa, ni de créditos con privilegio especial, ni de créditos con privilegio general y, además, los que no merezcan la consideración de créditos subordinados, serán créditos ordinarios⁸⁵.

Por otra parte, el art. 243 TRLC recoge ahora de un modo más amplio y clarificador que la subrogación del FOGASA en la titularidad de cualesquiera créditos contra la masa o concursales no afectará al carácter y a la clasificación de esos créditos.

4. REGULACIÓN CONCURSAL EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS SANITARIA Y ECONÓMICA DEL COVID-19

La publicación del TRLC ha tenido lugar en un escenario particularmente convulso. La crisis sanitaria provocada por el Covid-19, como afirma la Exposición de Motivos del RD Legislativo 1/2020, carece de precedentes y su gravedad condujo al Gobierno a declarar el estado de alarma por medio del RD 463/2020⁸⁶ con el objeto de gestionar esta situación. Finalizado el estado de alarma, la crisis económica y financiera será grave y en los próximos meses se avista una oleada de concursos de acreedores que amenazan con colapsar los juzgados de lo mercantil. Ante ello (y junto a las normas de Derecho concursal recientemente aprobadas con vocación de permanencia [TRLC]), en los últimos meses también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal. La aplicación temporal de estas medidas es limitada, pues tratan de atender de manera extraordinaria y urgente las situaciones de insolvencia tras la finalización del estado de alarma, de modo que durante un

⁸⁵ *Vid.*, Taléns Visconti, E., *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁸⁶ De 14 de marzo.

cierto período de tiempo ambas normas, TRLC y normas excepcionales, coincidirán en su aplicación, cada una en su respectivo ámbito.

Reseñamos a continuación las cuestiones concursales que han sido objeto de modificación por el RD Ley 16/2020⁸⁷ dentro de su Capítulo II sobre Medidas concursales y societarias (arts. 8-18). Se trata de medidas de gran calado, aun de aplicación contingente que, por razones de espacio, sólo serán esbozadas. Como punto de partida es importante retener que aquellas se dirigen, en todos los casos, a facilitar la supervivencia y continuidad de las empresas en situación de insolvencia a través de la flexibilización de las reglas contenidas en la norma concursal (LC y después, TRLC tras su entrada en vigor -1.9.2020-). Esto es, a evitar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de riqueza y empleo.

4.1. Flexibilización en el presupuesto objetivo y en los instrumentos que viabilizan la continuidad de empresas en dificultades

La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor y esta podrá ser actual o inminente. Será actual si implica que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y será inminente cuando prevea que no podrá cumplir de forma regular y puntual aquellas. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual (art. 5.1 TRLC). Si la solicitud de la declaración de concurso fuera solicitada por un acreedor, habría de fundarse en alguno de los hechos de insolvencia del art. 2.4 TRLC, entre los que se incluyen impagos por salarios e indemnizaciones⁸⁸. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado (art. 5.2. TRLC).

Siendo este el régimen general, el art. 11 RD 16/2020 incorpora el régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores estableciendo

⁸⁷ De 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

⁸⁸ Entre estos (nº 5), el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

que hasta el 31.12.2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este, la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Además, hasta esa misma fecha los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma⁸⁹. Este plazo se perfila como un paraguas que da mayor margen al deudor para que puede barajar distintas alternativas de gestión de su situación de insolvencia. Ya se ha apuntado, además, que aliviará la carga de trabajo de los juzgados de lo mercantil tras el estado de alarma y la suspensión de plazos y términos procesales. No obstante, el colapso, previsiblemente, se producirá después de aquella fecha.

La referida flexibilización en las reglas generales del concurso se concreta, además, en un tratamiento favorable para aquellos deudores que, con anterioridad al estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado. En concreto, en relación al convenio con los acreedores, la novedad que incorpora el art. 8 RD Ley 16/2020 se concreta en la posibilidad de presentar propuesta de modificación del convenio con los acreedores –entre ellos, trabajadores- aprobado en sede judicial que se encuentre en periodo de cumplimiento. A la solicitud deberá acompañarse una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos. Se altera, por tanto, el régimen general contenido en el art. 407 TRLC (previo, art. 142 LC) que obligaría al deudor a pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conociera la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación⁹⁰.

También incorpora el RD Ley 16/2020 otras reglas importantes como la tramitación preferente, hasta que transcurra un año a contar desde la declaración del estado de alarma, de los incidentes concursales en materia laboral, de las

⁸⁹ Si antes 31.12.2020 el deudor hubiera presentando solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario y si el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley.

⁹⁰ También en el régimen general, si el concursado no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podría hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso

actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas, de las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento y de la admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente (art. 14). Asimismo, el art. 17 prevé la agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos y el art. 18 la suspensión de la causa de disolución por pérdidas (art. 363.1 e] RD Legislativo 1/2010⁹¹). A estos efectos, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020 y se incorpora un margen de flexibilidad en relación a las pérdidas que pudiera arrojar el ejercicio 2121.

5. OTRAS NORMAS DE CONTENIDO SOCIAL CON PROYECCIÓN EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA: DESPIDOS TRAS ERTE

Para finalizar, únicamente referir que otra norma excepcional también adoptada durante el estado de alarma -el RD Ley 18/2020⁹² que modifica el anterior RD Ley 8/2020⁹³- excepciona (dando una nueva redacción a la DA 6^a.4), en caso de adopción de medidas extraordinarias en el ámbito laboral (ERTE), la exigencia del compromiso de mantenimiento de empleo en los seis meses posteriores⁹⁴, a aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del art. 5.2 LC (arts. 2.4 y 5.2 TRLC, ya vistos). Para las empresas a las que sí se aplique, el incumplimiento de tal compromiso supondrá la obligación de reintegro de la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago que resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

La excepción que se aplica a las empresas en riesgo de concurso también encaja, si la empresa en dificultad fuera viable, en la línea apuntada de flexibilización de las reglas generales de cara a facilitar su continuación, en este caso, mediante la posibilidad de realizar ajustes de plantilla posteriores a los expedientes temporales de suspensión de contratos o reducciones de jornada. Ello supondrá, de un lado, reducir costes de personal vía flexibilidad externa y, de otro lado, no perder (con las consecuencias legales indicadas) el beneficio de cotización que se hubiera conseguido con los ERTES durante esta situación excepcional aunque tales decisiones pasen por la pérdida de empleos. Aquí, como en muchos aspectos

⁹¹ De 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁹² De 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

⁹³ De 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

⁹⁴ A la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

del derecho laboral de insolvencia, se aprecia una confrontación de intereses de complicado encaje, a saber, continuación/conservación de la empresa en crisis a través mecanismos de reestructuración-interés laboral en el mantenimiento de los puestos de trabajo⁹⁵.

⁹⁵ Otro ejemplo sería la ejecución separada laboral: mantenimiento-conservación de la empresa *versus* satisfacción de créditos laborales.

SOBRE LA EFICIENCIA ACTUAL DEL MODELO NORMATIVO ESPAÑOL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. EN ESPECIAL A LA LUZ DE LOS NUEVOS RETOS 4.0

MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras Clave: prevención de riesgos laborales, ineficacia normativa, empresa 4.0, retos normativos

Si por algo se ha caracterizado significativamente la nueva regulación preventiva española, ha sido por la auténtica metamorfosis operada en la manera de percibir el riesgo laboral, convirtiéndola, sin duda, en un revulsivo desde el punto de vista conceptual. Sin embargo, no parece que haya corrido la misma suerte desde la perspectiva de los resultados obtenidos. Los vicios de regulación que, pese a las múltiples reformas sufridas siguen existiendo, así como una alta siniestralidad sostenida en el tiempo, ponen en tela de juicio la calidad y eficacia jurídica de nuestro ordenamiento preventivo. A incrementar esta incertidumbre se suma el efecto transformador que la Industria 4.0, la demografía cambiante, el cambio climático y la economía sostenible, están irradiando sobre la seguridad y la salud de los trabajadores. Todo sumado, sitúa a *los poderes públicos frente a un ambicioso y decisivo* desafío legislativo en orden a afrontar el aquilatamiento de la normativa preventiva, las nuevas realidades de flexibilidad y conectividad, así como a integrar los efectos de las nuevas tecnologías en los marcos legales actuales.

ABSTRACT

Key words: prevention of occupational hazards, normative inefficiency, company 4.0, regulatory challenges

If there is one thing that has significantly characterized the new Spanish preventive regulation, it has been the authentic metamorphosis operated in the way of perceiving occupational risk, making it, without a doubt, a revulsive from the conceptual point of view. However, it does not seem to have met the same fate from the perspective of the results obtained. The regulatory flaws which, despite the many reforms suffered, still exist, as well as a high level of accidents rate that have been sustained over time, call into question the quality and legal effectiveness of our preventive system. Added to this uncertainty is the transforming effect that Industry 4.0, changing demographics, climate change and sustainable economy, are having on the safety and health of workers. All in all, it places the public authorities in front of an ambitious and decisive legislative challenge in order to face up to the evaluation of the preventive regulations, the new realities of flexibility and connectivity, as well as to integrate the effects of the new technologies in the current legal frameworks.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO
2. DÓNDE ESTAMOS?: STATUS QUAESTIONIS DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN ESPAÑA
 - 2.1. Principales debilidades del sistema regulador preventivo laboral
3. HACIA DÓNDE VAMOS?: LA EMPRESA 4.0 COMO MARCO DISRUPTIVO Y SU INCIDENCIA EN EL REPLANTEAMIENTO NORMATIVO DEL RIESGO LABORAL
 - 3.1. Tipología de riesgos emergentes en la empresa 4.0
4. NUEVE PROPUESTAS PARA INCITAR A LA REFLEXIÓN Y PROPICIAR EL CAMBIO
5. BIBLIOGRAFÍA

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

A la zaga de las tendencias normativas internacionales más innovadoras y humanistas en la disciplina¹, la Prevención de Riesgos Laborales (PRL) en España se ha visto envuelta en un proceso de renovación conceptual y normativo muy profundo. Fue en este escenario donde se aprobó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales² (LPRL, en lo sucesivo), de la que podría decirse que constituye el acto legislativo más importante de nuestra historia reciente por crear y vertebrar un nuevo sistema jurídico que, no obstante, y como cada día se hace más patente, significa el inicio de un proceso y no la conclusión del mismo.

Con todo, a lo largo de estos cinco lustros, se han producido cambios muy significativos en nuestra estructura productiva. Y así, aun reconociendo que todo lo expuesto convierte a la ley *de iure* en precursora de un cambio legal esperado, necesario, genuino y sin precedentes en el cosmos preventivo, contribuyendo a la penetración de nuevas pautas o criterios conceptuales y nuevas categorías interpretativas³, cabe decir que, *de facto*, su consolidación material y técnica arroja a día de hoy, y en cómputo global, un saldo desfavorable o, al menos, no tan óptimo como cabría esperar. En concreto, de su relativa eficacia dan testimonio las cifras de siniestralidad y enfermedades profesionales (EP) que se siguen registrando a nivel interno y, comparativamente, con relación al resto de países de la UE⁴;

¹ Fernández Ramírez, M., “Trabajo Decente y Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV., El Trabajo Decente, (Coords. Monereo Pérez, Gorelli Hernández, De Val Tena), ed. Comares, 2017, p. 285 y sgs.

² BOE de 10 de noviembre. Para un estudio en profundidad de la misma, vid, entre otros, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., “Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios”, COMARES, 2004.

³ Mercader Uguina, J. R., “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después”, Revista de Información Laboral nº 7/2015 parte Artículos doctrinales, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015, p. 4.

⁴ El año 2015 dejó una cifra de 449.223 AT, un 5,8% más que en 2014. Cabe destacar que la

asimismo, la notoria devaluación de la normativa preventiva es un proceso constatable por las propias deficiencias de la LPRL⁵ y el “parcheado” casi incesante que ha sufrido desde su aprobación; ello, sin olvidarnos del impacto que, sobre la seguridad y salud en el trabajo (SST), ha tenido el proceso flexibilizador y desregulador de las relaciones laborales, y que parecen haber convertido a la prevención de riesgos laborales (PRL) en un bloque normativo prematuramente caduco.

A mayor abundamiento, las tendencias que impulsan los cambios en el mundo del trabajo (demografía, desarrollo sostenible -que incluye el cambio climático-, tecnología, y organización del trabajo), así como la expansión *creciente de la digitalización* en el ámbito empresarial, añaden un importante plus de relevancia a determinados aspectos preventivos que anteriormente no existían en las planificaciones de riesgos, con lo que las vulnerabilidades de la SST asociadas a ellas siempre representan un nuevo ataque potencial. En este sentido, la globalización del trabajo junto con el creciente uso de estas nuevas tecnologías y los sistemas automatizados, dirigidos principalmente a la optimización de la productividad, están suponiendo cambios organizativos en la prestación laboral (nuevos ritmos, extensión de jornadas, horarios)⁶. También cambios singulares en la forma de trabajar producidos no sólo por la disponibilidad de los nuevos instrumentos tecnológicos, sino también por la reorganización de las formas de producción

cifra de 2014 ya supuso un aumento del 5% respecto al 2013. En relación a los datos de accidentes de trabajo con baja en jornada para asalariados, en el periodo enero-noviembre 2019 se registraron 343.717 accidentes en varones y 137.865 en mujeres, lo que supone un incremento del 2,3% y un descenso del 1,1%, respectivamente, en relación al mismo periodo del año anterior 2018. En cuanto a accidentes mortales en jornada en asalariados, en el periodo enero-noviembre 2019 se produjeron 410 accidentes mortales en varones y 31 en mujeres, lo que supone una disminución de 42 casos en varones y un aumento de 3 casos en mujeres, respecto al mismo periodo del año anterior. Vid. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, “Estadística de accidentes de trabajo” avance enero-noviembre 2019. (Consultar en: <http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>). Cfr. asimismo, Comisiones Obreras (CC.OO.), “Evolución de los accidentes de trabajo en España (2012-2018)”, abril, 2019. UGT, informe “Uno es demasiado”, de 2019, sobre los sectores y colectivos con mayor incidencia y/o número de accidentes laborales en España. En el ámbito comunitario, Portugal, Francia y España siguen encabezando el ranking de países de la UE con mayor siniestralidad. Con relación a las EP, vid. las estadísticas del Observatorio de EP de la Seguridad Social (CEPROSS), según la cual, la evolución de enfermedades causadas por el trabajo ha sido de 20.600 en 2016 y 21.049 en 2017. Desde 2012 hasta 2018 las bajas laborales por EP se han disparado un 35% -de 7.466 a 11.382-, cifras que van en consonancia con la evolución de las solicitudes.

⁵ Como ponen de relieve García Gómez, M., Cárcoba, A., Menéndez-Navarro, A., Morón, R., Vogel, L., “Qué hacemos con el deterioro de la salud laboral y cómo avanzar en la igualdad y los derechos de los trabajadores en tiempos de crisis”. Madrid, Ediciones AKAL, 2015, p. 45.

⁶ Vid. Calvo Gallego, F.J., “Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo”, CREATIVIDAD Y SOCIEDAD, monográfico sobre Derecho, Trabajo y Creatividad, nº 26, 2016, pp. 200-238.

que éstos han provocado. La robótica colaborativa, el uso de drones, o los objetos interconectados (hiperconectividad), son un ejemplo de las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral y que traen consigo diferentes formas de organizar el trabajo, alteraciones en las relaciones personales y jerarquías profesionales o formas de contratación distintas, así como nuevas fuentes de riesgos⁷ asociadas a las energías e instrumentos con los que interactúa el trabajador. En buena parte de los casos, totalmente desconocidas.

Con esta sensación de velocidad frenética, de cambio, de disrupción constante⁸ y con alta capacidad transformadora de lo social, hemos asumido que la impermanencia y en cierto modo el caos, son lo que define la nueva era en la que estamos entrando. Un paradigma al que se conoce como tendencia VUCA, acrónimo formado por las iniciales en inglés de los términos Volatilidad, Incertidumbre, Complejidad y Ambigüedad⁹ y que viene a definir cuatro conceptos que tienen un gran impacto en un mundo tan cambiante, especialmente en lo que a SST se refiere. Esto justifica que, en los últimos años, se haya desarrollado un interés creciente por parte de distintos organismos y entidades de relevancia, tanto públicas como privadas, en el estudio de los denominados riesgos nuevos y emergentes (RNE) del ámbito profesional. En concreto, es en el Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo 2014-2020¹⁰, donde se recoge como uno de sus tres grandes retos mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo haciendo frente a los RNE, sin descuidar los que ya existen. En la misma línea de actuación, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 (EESST)¹¹, -principal herramienta que posee la Administración con el objetivo de mejorar las condiciones de SST y reforzar las políticas públicas relacionadas con ellas- prevé entre sus objetivos específicos el de estudiar los riesgos emergentes, sus causas

⁷ Tremps Roso, S., “Qué significa la digitalización para la seguridad y salud laboral”. Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención, N°. 181, 2020, págs. 60-61.

⁸ Pedrero, J. M., “Revolución en la disrupción: el momento y el método para una transformación efectiva hacia la industria 4.0”, Metalindustria, N°. 29, 2020, pp. 68-76.

⁹ (Consultar: PWC’s Strategy+business, leading in an increasingly VUCA world. Eric J. McNulty).

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (2014).

(Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11828&langId=es>).

¹¹ Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020. INSSST; 2015. (Disponible en: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/ESTRATEGIA%20SST%2015_20.pdf).

e impacto en la seguridad y salud de los trabajadores, en particular los derivados de las nuevas tecnologías.

En suma, considerando la incidencia que sobre la PRL están teniendo todas estas variables, la especialidad de esta transformación en relación con los procesos anteriores, la virulencia y velocidad sin precedentes con la que esos procesos se instalan ahora en nuestros sistemas productivos¹² y que, la forma en la que la inminente llegada de la cuarta revolución industrial (CRI) afectará a la seguridad y salud de los trabajadores, aún no se ha estudiado en profundidad, la panoplia de incógnitas es colosal¹³. Y dado que, según parece, todo apunta a un cambio de modelo productivo y a la necesidad de buscar alternativas legales e institucionales al concepto tradicional de trabajo y, por ende, al de seguridad y salud laboral, nos centraremos aquí en reflexionar sobre si contamos actualmente en España con un marco jurídico adecuado para combatir la siniestralidad del trabajo, las razones por las que las funcionalidades de este marco podrían haberse quedado a medio camino, y las claves que, a nuestro juicio, serían necesarias para revertir una tendencia descendente en este ámbito a tenor.

2. DÓNDE ESTAMOS?: STATUS QUAESTIONIS DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN ESPAÑA

A lo largo de los años, la SST se ha ido manifestado de distintas maneras en el convencimiento de que era necesario buscar alternativas al concepto tradicional. Y, aunque ciertamente, este proceso no ha sido homogéneo en todos los países ni conceptual, ni legal, ni materialmente¹⁴, un común denominador en todos ha radicado en la necesidad de evolucionar desde una seguridad por coerción a otra por convicción. Precisamente en España, aunque algo tarde, desde la aprobación de la LPRL nos hemos adentrado en una nueva categoría interpretativa

¹²Mercader Uguina, J. R., “El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital”, REVISTA DE INFORMACIÓN LABORAL nº 11/2018 parte Artículos de fondo Editorial Aranzadi, 2018, p. 1; Montoro, E.M., *et altri*, “La PRL y la digitalización de la industria”, Avances en la investigación en ciencia e ingeniería / Beltrán Custodio (ed.), Ángel, M.F. (ed.), 2019, pp. 177-186; Dans Pérez, E., “Viviendo en el futuro: Claves sobre cómo la tecnología está cambiando nuestro mundo”, ed. *Deusto*, 2019, p. 15 y sgs.

¹³ Brocal Fernández, F., “Incertidumbres y retos ante los riesgos laborales nuevos y emergentes”, ARCHIVO PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, vol. 19, nº 1; Barcelona ene/mar 2016, p. 35; Fernández-Costales Muñiz, J y Fernández Fernández, R., “Actas de las jornadas sobre riesgos inherentes a la digitalización del trabajo: nuevos horizontes para la prevención de riesgos laborales”, en REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN, nº 5, 2018, pp. 165 y 166.

¹⁴Vid. (OIT), “Seguridad y Salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia”, Ginebra, 2019, p. 4 y sgs.

del riesgo laboral. Hemos pasado de una “cultura de la inseguridad” de tipo reactivo, basada en la mera subsanación de las situaciones de riesgo por temor a las sanciones administrativas o penales, a una “cultura de la prevención”¹⁵ en el marco de un enfoque preventivo proactivo. La implantación de un sistema de PRL ha comenzado a ser necesaria para las empresas no sólo por razones legales, sino también por otras de carácter comercial o de competencia, ligadas a la propia supervivencia o a la mera optimización de los resultados de producción. Partiendo de la consideración de la empresa como unidad económica¹⁶ la SST empieza a adquirir una significación económica y a ser interpretada como un valor en alza que condiciona el rendimiento empresarial, de manera que aquellas organizaciones que no establecen las medidas preventivas oportunas más allá del estricto cumplimiento legal, disminuyen sus estándares de calidad y deterioran su propia imagen frente a trabajadores, proveedores, clientes y sociedad en general cada vez más sensibilizada frente a estos problemas.

El criterio de que la prevención no está asociada a un gasto sino a una inversión surge ahora más que nunca como un axioma irrefutable¹⁷, y ya no se discute que la disminución del coste de los siniestros laborales es directamente proporcional al aumento de la productividad nacional, de modo que una política social comprometida con la mejora de la salud laboral es un factor de competitividad.

La superación en nuestro sistema jurídico del enfoque de la prevención como gasto secundario, innecesario o imposible de afrontar según las prioridades empresariales en cada momento, se sustenta en dos razones:

Una, de índole legal, dado que la empresa no puede exonerarse de una eventual responsabilidad preventiva aduciendo insuficiencia de recursos económicos.

Y otra, de carácter ético a consecuencia del clarísimo solapamiento de la disciplina preventiva con un concepto de cuño moderno, como es el de la “Responsabilidad Social Corporativa” (RSC) de las empresas, que las induce a crear no sólo valor económico sino también social, ético y ambiental. Aunque el

¹⁵ Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., “Las razones de la Ley: ¿qué fué de la “cultura de la Prevención”?”, AA.VV., Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios, (Coords. Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida), COMARES, 2004, p. 9.

¹⁶ De esta opinión, Ripert, G., “Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno”, Estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, ed. COMARES, Granada, 2001, p. 259.

¹⁷ Las investigaciones demuestran que cada euro invertido en prevención obtiene una rentabilidad de la inversión de entre 2,5 y 4,8 euros, ya que generan un descenso del absentismo; una mayor motivación; una mejora de la productividad; una mayor facilidad para la contratación; una menor rotación del personal y logra transmitir una imagen de empresa positiva. Vid. Fernández García, R., “Integración de la SST en la gestión de las empresas”, en GESTIÓN PRÁCTICA DE RIESGOS LABORALES, nº 77, 2010, p. 41.

ámbito de actuación de la RSC trasciende del perímetro puramente empresarial al de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores, sin embargo en su “dimensión interna” parte, *prima facie*, del respeto y la defensa de la salud y seguridad de todos aquellos trabajadores que forman parte de una misma organización, rigiéndose por directrices de carácter ético¹⁸.

Además, con la RSC, la legitimación de la empresa ante la sociedad desarrolla un nuevo discurso sobre “gestión de calidad” (orientada a la satisfacción del cliente), dotándolas de identidad, legitimación y diferenciación frente a otras, e indispensables para alcanzar la excelencia empresarial¹⁹ en el marco de un desarrollo global económicamente eficiente, ecológicamente sostenible, políticamente democrático y socialmente justo²⁰.

En consecuencia, aun siendo obligada la existencia de una legislación que interprete de forma más o menos precisa el valor que ha de tener la herramienta económica en la adopción final de las decisiones sobre seguridad, no es decisiva²¹; todo dependerá de los patrones de conducta por los que se rija una empresa al respecto y, por tanto, de la labor que cada estado desarrolle en orden a infundir una concienciación colectiva a través de la cual, la actuación del tejido social en su conjunto responda no sólo a imposiciones normativas sino, fundamentalmente, a juicios morales pues sobre ellos se sustenta la legalidad²².

Con todo, la realidad parece ser otra. Y si bien hemos conseguido construir conceptual y legalmente un modelo de prevención laboral como conjunto de pautas y conductas éticas de un grupo social, circunscrito no sólo a la gestión empresarial sino a la sociedad en su conjunto y de acuerdo a los estándares de protección frente al riesgo laboral imperantes en los países más avanzados de nuestro entorno, sin embargo, no parece que la aplicación práctica del mismo

¹⁸ Desde el Libro Verde de la Comisión Europea, (en relación al fomento de “Un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, de 18 de julio de 2001 [COM (2001) 366 final, hasta la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre “Responsabilidad Social de las Empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible”, (2012/2098(INI)).

¹⁹ Lorenzo Veiga, B., “La RSC se consolida como motor de la reputación de las empresas”, INTELLIGENCE Y CAPITAL NEWS REPORT, nº 699, 2011, p. 2.

²⁰ Vid. Asamblea General de la ONU, “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 2015. La importancia del trabajo decente para realizar el desarrollo sostenible recogido en su Objetivo 8 cuya finalidad es “*promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*”.

²¹ Bestratén Belloví, M., Real Arias, P., Rodríguez Fernández, J.J., “Hacia una cultura preventiva y de excelencia: conversaciones”, REVISTA DIGITAL DE SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO, nº. 1, 2009, p. 3.

²² Radbruch, G., “Filosofía del Derecho”, ed. Marcial Pons, 2019, p. 49.

haya sido satisfactoria²³. Y esto es así, en esencia, porque se ha tratado de un cambio radical para el que no estábamos preparados ni estructural, ni económica, ni culturalmente y que ha provocado la clara disociación de dos realidades paralelas, la socio-laboral y la legal²⁴.

La fuerte inercia de los hábitos adquiridos con el modelo precedente, la crisis y la falta de recursos económicos de las empresas (circunstancias difícilmente conciliables con la idea de seguridad y aún menos con la de calidad de vida laboral), sumadas a la visión cortoplacista del empresario español, vienen determinando una pertinaz resistencia a invertir en gestión preventiva; especialmente reacias se muestran las pequeñas y medianas empresas (PYMES) y microempresas, cuya percepción de la inversión preventiva como gasto o “impuesto extra”, provoca que intenten eludirla o inhibirse de su aplicación.

Además, hoy por hoy, la implantación de estándares de seguridad y salud laboral ligados a la ética, a objetivos comerciales de calidad, de competencia en el mercado, de sostenibilidad o de mejora de la imagen empresarial frente a trabajadores, proveedores, clientes y sociedad, suelen ser metas propias de las grandes empresas. Básicamente porque son ellas las que tienen presupuesto para crecer, para poner en marcha estrategias de innovación, crecimiento o internacionalización²⁵, y porque es para ellas, para las que alcanzar o no la excelencia empresarial sí que tiene una incidencia determinante en su cuota de mercado. *Sensu contrario*, las PYMES, microempresas y autónomos se tienen que conformar con unos objetivos mucho más limitados pues, aun siendo paradójicamente el núcleo económico imperante en nuestro país y pese a su gran potencial de generación de empleo e innovación, continúan teniendo grandes debilidades estructurales, un grave hándicap por falta de financiación y, en base a ello, serias dificultades para desarrollarse sin traspasar la línea roja del incumplimiento normativo.

Lo mejor que nos ha traído probablemente este, todavía, matrimonio preventivo-empresarial por obligación que no por devoción, ha sido la reducción

²³ Nos remitimos a los datos publicados por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA), en su “Encuesta Europea a Empresas sobre Riesgos Nuevos y Emergentes (ESENER-2), 2015. En ella se pone de manifiesto que, de las razones que motivan la gestión de la SST, el 85% de las empresas encuestadas ve como una de las principales el cumplimiento de las exigencias legales en la materia, satisfacer las expectativas de los trabajadores y su representación (79%), y evitar las sanciones económicas de los organismos inspectores (78%).

²⁴ Vid. en este sentido, Fernández Ramírez, M., “Los servicios de prevención. Régimen jurídico y estudio crítico del modelo normativo”, ed. Comares, 2011, p. 188 y sgs.

²⁵ En esta línea de opinión, cfr. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, “Innovación en Seguridad y Salud Laboral como estrategia de competitividad de las empresas”. (Se puede consultar en: <https://prl.ceoe.es/innovacion-en-seguridad-y-salud-laboral-como-estrategia-de-competitividad-de-las-empresas/>).

del número de accidentes mortales cuyo índice de incidencia (número de muertos por cada 100.000 trabajadores), se ha reducido un 66,3% en estos 20 años²⁶. Se destaca también, en términos generales, una mayor sensibilización, formación e información en esta materia²⁷. No obstante, y sin perjuicio de los buenos resultados puntuales que se hayan obtenido cabe recordar, de un lado, que la evolución a largo plazo de la siniestralidad laboral en España muestra claramente una fuerte asociación con el crecimiento económico de modo que, cuando el PIB se estanca o incluso decrece, la siniestralidad disminuye apreciablemente; y de otro, que existen todavía actividades y sectores que, a pesar de los esfuerzos realizados, presentan elevados índices de siniestralidad²⁸ y, por tanto, exigen potenciar y mejorar la respuesta institucional acometiendo acciones de sensibilización, promoción, asesoramiento técnico, vigilancia y control o cualesquiera otras que se consideren adecuadas. La SST en nuestro país aún puede y debe mejorar mucho, para lo que deben corregirse las importantes deficiencias que se siguen detectando.

2.1. Principales debilidades del sistema regulador preventivo laboral

Contar con un marco normativo muy moderno y avanzado, reformado y retocado en numerosas ocasiones, no ha propiciado que la PRL mejore sino que se haya visto agravada a causa, principalmente, de un creciente número de incongruencias, incertidumbres, sombras, vacíos legales y otros “vicios jurídicos” que lastran notablemente la calidad jurídica del sistema normativo español pues, sostenidos en el tiempo, se muestran más preocupantes por su incapacidad para adaptarse a nuevas realidades del mundo del trabajo contemporáneo²⁹. Y aunque ciertamente se han aumentado de forma significativa los recursos y el volumen de actividades preventivas, e incluso hemos asistido a descensos puntuales de la

²⁶ En el año 1995 este índice de AT mortales era de 10,1 mientras que en 2014 fue de 3,4. En el periodo enero–noviembre 2019 se produjeron 410 accidentes mortales en varones y 31 en mujeres, lo que supone una disminución de 42 casos en varones y un aumento de 3 casos en mujeres, respecto al mismo periodo del 2018. Cfr. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MISTRAMISS), ESTADÍSTICA DE ACCIDENTES DE TRABAJO. Avance enero-noviembre 2019, p. 6 y sgs.

²⁷ Mercader Uguina, J. R., “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales...”, *op. cit.*, p. 6.

²⁸ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), “Informe anual...”, *op. cit.*, p. 6 y sgs.

²⁹ Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, “Guía. Propuestas para la mejora del Marco Normativo de la P.R.L.: Razones para una necesaria reforma”, 2016, p. 16.

siniestralidad laboral, no hemos conseguido mejorar las condiciones de trabajo y salud de nuestros trabajadores³⁰.

Que la SST en España aún puede y debe mejorar mucho es un hecho que corrobora la EESST 2015-2020 cuando, para mantener y reafirmar una tendencia ascendente en este ámbito incide, singularmente, en aquellos aspectos que deben rectificarse tales como la normativa preventiva y su aplicación, las entidades con responsabilidad en seguridad y salud en el trabajo, los órganos consultivos y de participación institucional y los sistemas de investigación, formación e información, que de manera indirecta se integran en el sistema preventivo.

- En efecto, con un perfil de alta complejidad técnica, extrema amplitud y gran profusión, el marco normativo sobre SST viene provocando todavía dispersión, confusión, falta de seguridad jurídica y homogeneidad aplicativa a nivel estatal, así como una clara dificultad en su cumplimiento. Recordemos que no sólo se compone por la LPRL y un gran número de reglamentos de desarrollo, sino también por “normas jurídico-técnicas” (art. 9.1 LPRL), “normas técnicas certificadas” (ISO), y se multiplican las guías técnicas del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), así como las guías de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) que, configuradas inicialmente como instrumentos de apoyo, vienen introduciendo por vía de la interpretación técnica obligaciones nuevas. El resultado de este proceso, como se ha visto, ha sido el de irradiar mucha más complejidad así como un claro riesgo de prescripciones *ultra vires* entre unas y otras normas, habida cuenta la existencia de disposiciones emanadas de diversas instancias reguladoras sobre un mismo supuesto de hecho³¹.

Por su parte, la transferencia a las Comunidades Autónomas (CC.AA.) de las competencias de gestión y aplicación de la normativa de PRL han creado diecisiete modelos de aplicar e interpretar la normativa. Precisamente el programa REFIT³² contempla entre las técnicas de pretendida mejora de la calidad de la regulación el referido desplazamiento desde las “legislaciones coactivas” hacia

³⁰ Como se ponía de manifiesto en la EESST 2007-2012, “*Los logros en materia de prevención de riesgos laborales están aún lejos de cumplir las expectativas que generó en su momento la aprobación de la Ley 31/1995. La intensa actividad desplegada por los poderes públicos y los sujetos privados no se ha visto siempre respaldada por los índices de siniestralidad laboral existentes en España, pese a existir en los últimos años una tendencia afianzada de ligera disminución de los índices de incidencia de los accidentes de trabajo*”, p. 13.

³¹ Tal y como ya señalara en su día Sempere Navarro, A.V., “Aspectos jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales”, *Aranzadi Social*, vol-V, 1997, p. 572.

³² La plataforma REFIT, creada en 2015 dentro del programa “Legislar mejor” de la Comisión, apoya el proceso de simplificación de la legislación de la UE y de reducción de la carga normativa, en beneficio de la sociedad civil, las empresas y las autoridades públicas.

“vías de progreso” más “ligeras” (*Soft Law*)³³. El Programa se ha incorporado al Acuerdo Interinstitucional de 13 de abril de 2016 sobre mejora de la legislación³⁴, teniendo algunas de las principales reformas parciales sufridas en los últimos años como principal referencia, la identificación de la obligación legal con carga administrativa excesiva.

- Un caballo de batalla determinante en este proceso de desglose crítico ha sido la priorización legislativa del SPA por encima del servicio de prevención propio (SPP)³⁵. Aún más grave es que, la práctica habitual de contratar SPA haya sido alentada desde las administraciones y adoptada por la mayoría de las empresas españolas³⁶, en detrimento de una prevención intraempresarial.

En 2016 el Grupo Parlamentario Socialista presentó a la Mesa del Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley en la que argumentaba que la implicación de las PYMES en la PRL desde la aprobación de la Ley es insuficiente por dos motivos básicamente. Uno, por la insuficiente disponibilidad de recursos en la empresa con formación preventiva que dificulta en algunas ocasiones el cumplimiento de sus objetivos. Y dos, porque de forma paralela a la externalización mayoritaria de la gestión de la actividad preventiva hacia los servicios de prevención, la empresa ha dejado de ver la gestión de la actividad preventiva como algo propio para trasladarlo a los SPA, como las entidades especializadas con las que las empresas han concertado de forma sistemática la actividad preventiva.

³³ Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, “Guía. Propuestas...”, *op. cit.*, p. 27.

³⁴ DOCE L 123/1 2016.

³⁵ Vid. Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. (BOE núm. 27, de 31/01/1997).

³⁶ Según datos ofrecidos por la Encuesta Nacional de Gestión de la Seguridad y Salud en las Empresas (ENGE) realizada por el INSHT en 2009, (p. 28), el recurso para gestionar la prevención de riesgos laborales adoptado mayoritariamente en las empresas es el servicio de prevención ajeno (72,8%). Y según el informe “*La Gestión Preventiva en las Empresas en España. Análisis del módulo de prevención de riesgos laborales de la Encuesta Anual Laboral 2016*”, realizada por el INSHT, (p. 31), el porcentaje total de empresas que recurren a SPA se incrementa pasando a un 90,7%. Aunque la mayoría de las empresas encuestadas en la Europa de los 28 y que realizan evaluaciones de riesgo periódicas conciben éstas como una herramienta de gran utilidad para gestionar la seguridad y la salud en el seno de su empresa (90%), existen diferencias notables en referencia a la proporción de empresas en las que la evaluación de riesgos es realizada por personal interno. Los resultados de los países varía de manera significativa, con Dinamarca (76% de las empresas), Reino Unido (68%) y Suecia (66%) a la cabeza. Los porcentajes más bajos se encuentran en Eslovenia (7%), Croacia (9%) y España (11%), según datos de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA), su “Encuesta Europea a Empresas...”, *op. cit.*, p. 3.

A esta posibilidad recurren, aproximadamente, el 70% de las empresas³⁷. *Una actuación prioritaria en materia preventiva (continuaba diciendo), debe pasar necesariamente por una modificación de la LPRL y el RSP, teniendo en cuenta que esta situación viene ya provocada por una inadecuada trasposición de la DM que impone al empresario una obligación principal consistente en designar uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales, y la obligación de recurrir a competencias ajenas a la empresa, que es subsidiaria en la medida en que sólo existe(sic) “si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención”. Asimismo, se instaba al Gobierno (sic) “A realizar las modificaciones legales oportunas, de los artículos 30 y siguientes de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre por la que se aprobó la ley de Prevención de Riesgos Laborales, y el artículo 10 y siguientes del Real Decreto 39/1997 de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, para que la prevención se desarrolle en la empresa.”.*

El 26 de enero de 2017 el PSOE intentó de nuevo modificar la LPRL para integrar la prevención en las empresas, y presentó una segunda proposición no de Ley³⁸ en la que proponía imputar penalmente a los SPA además de a los técnicos, que *“en ocasiones no pueden realizar su actividad en las condiciones debidas”*. Esta proposición estaba en consonancia con su programa electoral que la concretaba en el punto que decía que *“Nuestro objetivo es que, en el plazo de una legislatura, todas las empresas con una plantilla de más de 100 personas tengan integrada alguna de las especialidades preventivas.”*

Es interesante la exposición de motivos por cuanto que hacía un breve y conciso repaso de la situación de la PRL en España y de la falta de cumplimiento de la EESST 2015-2020. Destacamos el siguiente párrafo: *“Sólo el 1% de las empresas han evaluado las 4 tipologías de riesgo de manera específica y la mayoría de las empresas que lo han hecho, son de más de 500 trabajadores/as”*. Y, como ya constaba en su anterior proposición, el origen de los problemas se achacaba a la mala trasposición de la DM: *“La reforma de la legislación debe pasar necesariamente por una modificación de la LPRL y RSP, teniendo en cuenta que está situación viene ya provocada por una inadecuada trasposición de la DM, que imponía al empresario una obligación principal que consiste en*

³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados, Serie D Núm. 5720, de 20 de abril de 2016, p. 75, Propuesta 161/000441.

³⁸ Registro General de Entrada del Congreso de los Diputados, con fecha de 26/01/2017. (Consultar: <https://www.aepsal.com/wp-content/uploads/2017/02/Propuesta-no-de-Ley-PSOE-PRL.pdf>).

designar uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales y la obligación de recurrir a competencias ajenas a la empresa es subsidiaria en la medida en que sólo existe -si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención-”.

Destacaba el reconocimiento a: “*los SPA como un agente fundamental para la prevención de riesgos laborales” si bien, también se detectaba un “... deficiente cumplimiento por parte del servicio de prevención de sus obligaciones, debido entre otras cosas al deficiente control de los mismos y a la cada vez mayor mercantilización del sistema.”.* En fin, este asunto, pese a ser un objetivo de máxima prioridad, sigue en el aire y lo que aún no sabemos es si, el PSOE, seguirá defendiendo lo mismo ahora que está en el Gobierno o cambiará de opinión.

- El incremento de la siniestralidad durante un periodo continuado de 6 años (2012-2018) en el marco de un modelo de relaciones laborales cada vez más caracterizado por la precarización del empleo³⁹, demuestra que el diseño y aplicación de políticas preventivas no basta *per se*, si no se trabaja sobre aspectos tales como la economía sumergida, la desregulación laboral, la entrada de un mayor número de inmigrantes, incremento de la mano de obra femenina, (con la consiguiente necesidad de introducir la variable de género dentro de las políticas de salud), reestructuraciones y dispersión de los colectivos laborales (incremento de subcontratación del trabajo independiente y del trabajo a distancia), apertura exterior de los lugares de trabajo, así como el envejecimiento de la población empleada, etc.

En este orden de ideas, la segmentación del mercado de trabajo, caracterizada por la generalización de las formas de organización del trabajo reticulares y descentralizadas, implica una dificultad extraordinaria a la hora de aplicar con garantías la normativa preventiva. Y, asimismo, la subcontratación llevada a cabo por las grandes empresas está conllevando que las de menor tamaño se encuentren en el foco de los accidentes laborales, mientras que el aumento de la temporalidad, la alta parcialidad existente y los empleos cada vez más precarios están produciendo un incremento exponencial de la siniestralidad laboral⁴⁰. Pero el dato más significativo es la evolución de estos índices desde 2012, ya que a

³⁹ Comisiones Obreras (CCOO), “Evolución de los accidentes de trabajo en España (2012-2018)”, ed. CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO, abril, 2019, p. 29.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 31 y sgs.

medida que aumenta la precariedad en la contratación se dispara el incremento acumulado durante estos años.

- La necesidad de adaptar la normativa a la realidad de las pequeñas, medianas empresas (PYMES) y microempresas es clamorosa, si bien continúa siendo un problema de enjundia sin resolver y un parámetro de limitación serio, tanto en términos de gestión preventiva efectiva como de concienciación social. Son el motor económico de nuestro país y mayoría las que conforman el tejido empresarial español, tanto por volumen de producción como por generación de empleo y economía. Los datos así lo ponen de manifiesto⁴¹, de modo que el 95,55% de las empresas emplea de 0 a 9 empleados (denominadas microempresas), mientras que las que emplean de 10 a 49 personas (pequeñas empresas) son un 3,8 % más. Pero también son heterogéneas y carecen de una representación cohesionada lo que plantea dificultades en lo que atañe al seguimiento de las condiciones de trabajo, la sensibilización y la aplicación de la SST.

Igualmente, la implantación de sistemas efectivos en materia de PRL en las PYMES no siempre es tarea fácil, entre otras cosas por la limitación de los medios con que cuentan, de modo que es complicado que, sin ayuda ni financiación externa, lleguen a estar más concienciadas respecto a estas cuestiones⁴². De nada sirven los planes estratégicos o los estudios de viabilidad si no existe capital suficiente para hacerlos realidad. Dadas las circunstancias, no resulta sorprendente -aunque sí muy preocupante- el grado de desapego que, a estas alturas, muestran las PYMES y microempresas por la normativa preventiva⁴³.

Atención porque un tercio de las PYMES considera que en su empresa no se controla ningún riesgo laboral de forma completa, lo que evidencia que las contingencias profesionales siguen siendo una asignatura pendiente en los pequeños negocios. Cuanto menor es el tamaño de la empresa más percepción

⁴¹ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), “NTP 676, Bases de la acción preventiva en Pymes”, 2017. Los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEySS) sobre las empresas inscritas en la Seguridad Social con asalariados, actualizados a finales de diciembre 2019, es la siguiente: 1.153.277 microempresas; 157.113 pequeñas empresas; 25.154 medianas empresas; 1.539.708 autónomos (sin asalariados); frente a las grandes empresas cuya cantidad es simbólica, 4.871.

⁴² Tanto es así, que el pasado febrero 2017 la mayoría de los grupos parlamentarios instaron al Gobierno a incrementar las partidas presupuestarias destinadas a esta actuación, con el fin de reducir la siniestralidad laboral. Y es que, a excepción de Comunidades como Madrid, Valencia, Cataluña o Andalucía, la partida de los presupuestos autonómicos dedicados a la prevención de este tipo de accidentes es muy escasa.

⁴³ Por este motivo, dos de las principales asociaciones del mundo de los seguros y de las PYMES, Unespa y Cepyme, acaban de firmar un acuerdo de colaboración con el que se comprometen a poner en marcha iniciativas conjuntas para promover la cultura de la prevención y la concienciación frente al riesgo en este tipo de compañías.

negativa hay sobre la adecuación de la normativa preventiva y mayor el desconocimiento que se tiene de aspectos que deberían ser básicos en esta materia.

Esta percepción negativa es especialmente significativa en las microempresas de 5 a 9 trabajadores y, entre éstas, las de los sectores de Industria y de Construcción son las que más contrarias se muestran a esta adecuación de la normativa preventiva⁴⁴. Así, las pequeñas empresas no saben nada acerca de las nociones más elementales en relación a esta materia en el 53,9% de los casos. Las empresas de 10 a 499 trabajadores se encuentran en esta situación en el 48,1% de los casos y ese índice desciende hasta el 30,2% en el caso de las de más de 500 asalariados⁴⁵.

Además, en materia de organización de la prevención, ha sido el propio legislador el que, con su regulación, ha promovido la falta de efectividad y de integración preventiva en este segmento empresarial; mientras que las grandes empresas desarrollan principalmente un SPP, el 88,75% de las pymes contrata SPA, y sólo un 4,2% constituye un servicio propio⁴⁶ pasa, por decisión legislativa, a un claro segundo plano en pos de una gestión preventiva externa, estandarizada y absolutamente ajena a las necesidades reales de las PYMES. La situación, aparte de llamativa y sorprendente, es profundamente grave.

- Pese a ser un colectivo extraordinariamente numeroso⁴⁷, el trabajador autónomo ha sido el otro gran olvidado en este ámbito⁴⁸. Cuando hablamos de siniestralidad laboral del autónomo, se produce una discordancia entre lo legal y lo real en tanto que se parte de que el trabajador por cuenta propia no sufre accidentes de trabajo (AT). De hecho, en las estadísticas de siniestralidad laboral no se han reflejado tradicionalmente los accidentes de los autónomos.

Semejante entelequia es fruto de la histórica configuración del Sistema de Seguridad Social, que ha encuadrado al autónomo dentro de un Régimen Especial que no ha reconocido ni el AT ni la EP como contingencias protegibles. La falta de reconocimiento de la contingencia profesional en este trabajador, más allá de

⁴⁴ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, “La gestión preventiva en las empresas en España: Análisis del módulo de PRL”, de la “Encuesta Anual Laboral 2016”, 2018, p. 23.

⁴⁵ Informe realizado por el Colegio Profesional de Politólogos y Sociólogos de la Comunidad de Madrid que forma parte de la Unión Interprofesional y de su Comisión de Prevención de Riesgos Laborales.

⁴⁶ Tal y como se deduce del IV Observatorio de siniestralidad realizado por ASEPEYO.

⁴⁷ Según los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre las empresas inscritas en la Seguridad Social sin asalariados, actualizados a finales de diciembre 2019, hay 1.539.708 autónomos registrados.

⁴⁸ Rodríguez Egío, M. M., “La protección de la seguridad y la salud en el trabajo autónomo común desde la vertiente preventiva”, Tesis doctoral dirigida por López Aniorte (dir), y Cavas Martínez (dir). Universidad de Murcia, 2017, p. 219 y sgs.

la desprotección social apuntada anteriormente, ha provocado que las políticas preventivas hayan dejado al margen de sus actuaciones a este colectivo.

Esta falta de promoción y apoyo de la actividad preventiva por parte de los poderes públicos ha generado a su vez, una escasa sensibilización de los autónomos hacia la PRL, considerando que están al margen de los derechos y obligaciones que en esta materia establece la legislación nacional, creencia avivada tal vez por la insuficiencia de programas de formación e información de riesgos laborales dirigidos a estos colectivos.

En este contexto, un tercio de los autónomos no sabe cómo debería organizar todo lo que tiene que ver con la siniestralidad en el lugar de trabajo y tampoco conocen los aspectos básicos que tienen contraídos por obligación legal en un 35,6% de las situaciones.

Un importantísimo avance en la protección del autónomo ha sido la universalización de la prestación por AT y EP, así como el reconocimiento en 2018 del accidente in itinere⁴⁹, e incluso en 2019 todos los autónomos cotizan ya por esta prestación⁵⁰ con lo cual, en breve, tendremos los primeros datos reales y oficiales de todo el colectivo. De este modo se descubre la necesidad de una regulación normativa con relación a este colectivo en materia de PRL pues, como hemos conocido, los autónomos sufren más accidentes graves y muy graves que los asalariados⁵¹.

Sin embargo, salvo aquellos autónomos que tienen trabajadores a su cargo y cuentan con las mismas obligaciones legales recogidas para cualquier empresario, cuando no tiene empleados a su cargo, no existe obligación alguna de contratar a una sociedad que se encargue de la prevención, ni siquiera de evaluar ni prevenir los riesgos derivados del lugar donde desarrolla su actividad. En este caso la PRL depende de la voluntad del sujeto. La obligación de informar sobre los riesgos de

⁴⁹ Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

⁵⁰ Vid. Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y empleo.

⁵¹ Porcentualmente, el 97,15% de los accidentes de los autónomos en la jornada de trabajo son de grado leve, frente al 98,69% de los que tienen los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, el 2,59% de los autónomos han tenido en 2018 un accidente grave frente al 1,15 % de los trabajadores por cuenta ajena y el 0,18% sufrieron un accidente muy grave, frente al 0,05% de los de los asalariados. En 2018, un total de 20 autónomos perdieron la vida en AT, cifra superior a la registrada en 2017, donde fueron 13 los fallecidos por la misma causa. Datos obtenidos del “Informe sobre siniestralidad de los autónomos 2018”, realizado por la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA) y Mutua Universal.

su actividad, así como el derecho a ser informado sólo se exigirá al autónomo que concurra con otros profesionales en un mismo centro de trabajo⁵².

- La vigilancia de la salud es un componente esencial de la PRL y, sin embargo, las EP siguen subiendo alarmantemente, de modo que las registradas durante el año 2019 ascienden hasta 27.343, siendo esta cifra un 13,54% más alta que la registrada en 2018. En consecuencia, los datos evidencian que el desarrollo de este derecho no ha dado plena satisfacción a las previsiones contenidas en el artículo 22 LPRL y que el modelo normativo actual de la salud de los trabajadores, como valor en sí mismo considerado y como elemento positivo para la competitividad de las empresas, continúa relegado a un segundo plano. Prueba de ello es que en España la crisis económica ha casi eliminado la salud laboral del debate público, en contraste con las amplias discusiones que en décadas anteriores se habían suscitado con motivo de la promulgación y efectos de la LPRL y la presunta homologación de las prácticas españolas con las del resto de la UE⁵³.

Puede decirse que la vigilancia de la salud, ni se integra en el diseño interdisciplinar de los servicios de prevención que prevé la LPRL y su RSP, ni ha pasado del paradigma reactivo (causas de los daños), al paradigma proactivo (factores de riesgo) en el trabajo.

Asimismo, el cambio imparable de las formas de empleo consideradas tradicionales a nuevos modelos de trabajo y la transformación en las relaciones laborales, con trabajadores ocupando puestos en los que el diseño clásico de PRL no está adaptado, les expone patológicamente a los riesgos derivados de la pérdida del control sobre el tiempo y lugar de trabajo y a una mayor inseguridad sobre la continuidad laboral que afecta a su bienestar. Además, veremos cómo los nuevos materiales utilizados en el lugar de trabajo o los riesgos físicos emergentes, generan malas condiciones ergonómicas en el trabajo, radiaciones electromagnéticas y fuertes exigencias y limitaciones de carácter psicológico y mental. En suma, y como ha señalado la EESST, la prevención de las EP es uno

⁵² Vid. art. 24 LPRL; Capítulo II del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la LPRL; RD 1627/1997, de 24 de octubre, para el sector de la construcción, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, en la que se imponen obligaciones a los trabajadores autónomos de este sector; Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado por la Ley 20/2007, de 11 julio, en concreto, los artículos: 5, sobre, “deberes profesionales básicos” y 8, sobre “prevención de riesgos laborales”.

⁵³ García Gómez, M., Cárcoba, A., Menéndez-Navarro, A., Morón, R., Vogel, L., “Qué hacemos con el deterioro de la salud laboral...”, *op. cit.*, p. 34.

de los ámbitos sobre los que se debe trabajar de manera más intensa, especialmente en los sectores y actividades con mayores índices de incidencia.

- La formación permanente en PRL es, en este momento, más esencial que nunca por ser el entorno de trabajo un lugar en el que los nuevos avances tecnológicos, hacen necesaria una actualización casi inmediata de los conocimientos. Los entornos VUCA (volatilidad, incertidumbre, complejidad y ambigüedad) van a ser uno de los factores que más influencia van a tener en la forma en la que trabajamos. Conocimiento y predecibilidad serán claves para adaptarse a este tipo de entorno, así como el uso de “metodologías ágiles”⁵⁴ que son aquellas que permiten adaptar la forma de trabajo a las condiciones del proyecto, consiguiendo flexibilidad e inmediatez en la respuesta para amoldar el proyecto y su desarrollo a las circunstancias específicas del entorno. Pero las siglas VUCA no solo recogen la transformación empresarial sino también la del perfil de los candidatos.

De modo que, en un entorno como el actual, la inserción y reinserción en el mercado de trabajo dependen más que nunca de la capacidad para reciclarse y formarse en nuevas ocupaciones, en el marco de una sociedad de la innovación y el conocimiento. Ello ha provocado que el actual proceso de modernización del sistema de empleo español se asiente necesariamente en la urgente necesidad de transformarlo en un agente dinámico de recualificación profesional⁵⁵, en el que las habilidades transferibles son elementos clave tanto para el proceso de aprendizaje como para el incremento de la empleabilidad.

- Como destaca la EESST, la investigación científica en materia de PRL ha sido claramente deficiente en estos años de rodaje normativo⁵⁶. Y ello, pese a su constatada contribución al desarrollo de la economía y la competitividad tecnológica de las empresas y a que, para poder anticiparse a los riesgos nuevos y emergentes que puedan surgir de este contexto de profundos cambios, es fundamental mantener una política activa de investigación en SST.

En el ámbito científico, las palabras I+D+I (investigación, desarrollo, innovación) van necesariamente unidas en cualquier área del conocimiento, de modo que investigación e innovación, sobre todo en PRL, son indisociables. La escasa investigación que se realiza en España en SST puede ser explicada principalmente, primero, por la ausencia de una línea estratégica de investigación en esta materia en el Plan Nacional I+D+I y, segundo, por la ausencia de un Organismo

⁵⁴ Las herramientas más utilizadas son: SCRUM, KANBAN, LEAN y XP.

⁵⁵ Fernández Ramírez, M., “La modernización del Sistema Nacional de Empleo español: un reto en ciernes”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SS, nº 4, 2015, p. 1.

⁵⁶ Objetivo 2.F de la EESST, p. 20 y sgs.

Público de Investigación que lidere una investigación competitiva en PRL, junto con otros centros de investigación.

El nivel de potencia en I+D+I en un país se suele medir por la ratio entre la inversión realizada en I+D+I y el PIB, separando claramente la inversión pública y privada en esta área. Por tanto, aunque depende de muchos factores, el económico es determinante y en este sentido la fatídica crisis ha hecho mucho daño a la investigación en general y en nuestro país en particular. Asimismo, la transferencia de conocimientos (I+D+I+T) resulta enriquecedora para las empresas dado que, junto con la tecnología, puede convertirse en una fuente importante de innovaciones y de mejora de la competitividad; de hecho, las nuevas tecnologías y la formación experimental están cambiando el paradigma en la transferencia de conocimientos en PRL.

Pese a que la transferencia de conocimiento y tecnología en PRL debería constituir una prioridad de nuestra actual política de I+D+I, sensu contrario sigue siendo una de las grandes debilidades del sistema preventivo. En transferencia es necesario hacer un esfuerzo relacional y comercial muy importante, un gasto en protección del conocimiento que es caro.

Por tanto, no parece que pueda vislumbrarse un cambio significativo al respecto en tanto no se cuente con instituciones especializadas dedicadas a este fin, y no se disponga de una partida específica en los Planes Nacionales de I+D+I⁵⁷. Inmersos en la que va camino de ser una de las más largas y profundas crisis económicas de la historia contemporánea, promover la investigación y la innovación, en ciencia y en tecnología, se convierte en algo irrenunciable.

3. HACIA DÓNDE VAMOS?: LA EMPRESA 4.0 COMO MARCO DISRUPTIVO Y SU INCIDENCIA EN EL REPLANTEAMIENTO NORMATIVO DEL RIESGO LABORAL

Las nuevas tecnologías (NT) que han emergido a lo largo de la historia – desde la máquina de vapor a internet– han transformado la naturaleza del trabajo. Es más, la transformación digital de la economía está reconfigurando la manera de vivir y hacer negocios en nuestras sociedades, tanto que podría decirse sin ambages que andamos inmersos en la “Cuarta Revolución Industrial” (CRI)⁵⁸. Inevitablemente, las NT proporcionan la base de un nuevo sistema económico cuyo elemento más distintivo es la conexión entre el conocimiento y la información como base de la economía, pero también cambios hacia un mayor carácter

⁵⁷ Mercader Uguina, J. R., “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales...”, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁸ Así lo bautiza el informe del World Economic Forum: *The Future... op. cit.*

global, y cambios en las formas de organización empresarial hacia fórmulas de organización en red. Esto ha provocado una transformación en el modo en el que consumimos y nos relacionamos con los datos, propiciando un marco “disruptivo” dentro del cual la tecnología suplanta las viejas maneras de hacer las cosas⁵⁹. El entorno empresarial es cada día más partícipe de esta r-evolución tecnológica constante, siendo el sector industrial el que ha ido incorporando paulatinamente mayores usos de automatización y conectividad de modo que, antes, la tecnología era una herramienta y ahora es parte de la creación y transformación de negocio.

En consecuencia, a las puertas de la CRI, miles de empresas están lanzándose apresuradamente a implementar las innovaciones tecnológicas más avanzadas para ser más digitales, versátiles y competitivas. La robótica colaborativa, el uso de drones, o los objetos interconectados (hiperconectividad), son un ejemplo de las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral dado que, precisamente, la implantación masiva de robots y sistemas automáticos de trabajo en la industria (y progresivamente en los servicios), es un rasgo característico de las economías tecnológicas avanzadas, lo que las convierte en empresas inteligentes o 4.0⁶⁰. En este sentido, la Estrategia 2020 de la UE para la robótica⁶¹ define la evolución actual del modo siguiente: *“La tecnología robótica llegará a ser dominante durante la próxima década. Influirá sobre todos los aspectos del trabajo y del hogar. La robótica tiene el potencial necesario para transformar las vidas y las prácticas laborales, para elevar los niveles de eficiencia y de seguridad, para ofrecer mejores servicios y para crear empleo. Su impacto será cada vez mayor, a medida que se multipliquen las interacciones entre los robots y las personas”*.

Con todo, el creciente protagonismo de la robótica, la digitalización y algoritmización de los procesos y la inteligencia artificial, es un hecho que abre un sinfín de dudas e interrogantes que afectan a múltiples aspectos jurídicos, algunos de los cuales poseen una indudable proyección en el campo laboral, si bien no existe un consenso sobre los efectos que ello irradiará al empleo y a nuestros futuros mercados de trabajo⁶². Asimismo, y en lo que a nosotros interesa,

⁵⁹ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, “Disruptive Technologies: Advances that will transform Life, Business, and the Global Economy”, May, MCKINSEY & COMPANY, 2013.

⁶⁰ Las denominadas empresas 4.0 y fábricas inteligentes tienen como característica principal la personalización de los productos a demanda del cliente final, pero sin abandonar el concepto de utilización total y eficiente.

⁶¹ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Inteligencia artificial para Europa [SWD(2018)137final].

⁶² Mercader Uguina, J. R., “La robotización y el futuro del trabajo”, TRABAJO Y DERECHO, n° 27, 2017, pp. 13-24.

la aparición de estos nuevos escenarios también quedará sujeta a la eclosión de riesgos laborales emergentes, muchos de ellos conocidos y que se verán incrementados, y otros, hasta ahora desconocidos e inexplorados⁶³.

Como no podía ser de otro modo, la incertidumbre sobre cómo la digitalización está cambiando rápidamente el mundo del trabajo y la búsqueda de respuestas, ha alcanzado dimensiones internacionales⁶⁴, y a ello responde el interesante programa de investigación de la EU-OSHA (2019) denominado “Digitalización y Seguridad y Salud en el trabajo”⁶⁵. Este estudio, referente en la materia, resume las conclusiones a las que llega la EU-OSHA sobre digitalización y SST, explora el potencial que ofrece la digitalización, y cómo está configurando la vida laboral y la SST. También considera los retos en este ámbito, y cómo pueden abordarse para maximizar las oportunidades de las tecnologías digitales, entre otras cosas para mejorar las condiciones de trabajo. Con él, se pretende aportar a los responsables de las políticas, los investigadores y los lugares de trabajo información fiable sobre los potenciales impactos de la digitalización sobre la SST, de forma que puedan tomar medidas oportunas y eficaces para garantizar la SST.

Por lo tanto, podría decirse que las tecnologías emergentes están r-evolucionando la PRL y que, ante esta nueva realidad, toca hacer frente a retos normativos y conceptuales de calado. La digitalización ha sacudido los esquemas tradicionales de la prestación laboral y está generando un cambio en las estructuras empresariales, así como cambios en los hábitos y en la organización del trabajo. De hecho, para completar su transformación tecnológica, las empresas recurren cada vez más a profesionales en línea, desplazados, digitalizados, independientes, altamente cualificados y especializados en el sector de las nuevas tecnologías (*freelancers*); pero también acuden a nuevas formas de trabajo atípico como la deslocalización del trabajo, la “economía colaborativa” (*sharing economy*) y las plataformas digitales⁶⁶.

En esencia, se ha pasado de la sustitución de empleados internos por individuos subcontratados para cada tarea, planteándose además relaciones nuevas entre empresas, prestadores y clientes, que desafían las reglas tradicionales de una legislación laboral todavía anclada en patrones cada vez más obsoletos. Y

⁶³ Fernández-Costales Muñiz, J y Fernández Fernández, R., “Actas de las jornadas sobre riesgos inherentes a la digitalización del trabajo...”, *op. cit.*, pp. 165 y sgs.

⁶⁴ Badri, A., Boudreau-Trudel, B., y Souissi, A. S., “Occupational health and safety in the industry 4.0 era: A cause for major concern?”, *Safety Science*, 109, 2018, pp. 403-411.

⁶⁵ “Digitalisation and occupational safety and health (OSH) An EU-OSHA research programme”.

⁶⁶ Cfr. (OIT), “El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas”, Ginebra, 2016.

a la zaga de esta realidad, han aparecido una serie de riesgos emergentes que demandan⁶⁷ medidas preventivas y legales todavía por definir y para los que la legislación actual no tiene, de momento, respuestas adecuadas⁶⁸. Ello, en buena parte debido -aunque no exclusivamente-, a dos debates legales no resueltos.

En primer lugar, porque seguimos enredados en discutir si el centro de imputación normativa en materia de PRL se circunscribe solo al trabajo subordinado; y ello, en el más amplio debate sobre el propio contenido de la relación laboral estatutaria y convencionalmente establecida, pero también sobre el control de la prestación laboral. Aferrarnos a esta postura supone, si el marco regulador no lo soluciona y los tribunales no se ponen de acuerdo⁶⁹, discriminar en términos preventivos a quienes ya representan un tercio de la fuerza laboral en Europa⁷⁰ y expulsarlos del perímetro de protección legal del que claramente forman parte.

La situación impele al pensamiento jurídico a diseñar nuevos instrumentos de análisis y marcos conceptuales, para adaptarse con rapidez a las exigencias de esta sociedad en transformación⁷¹, en la que los derechos y deberes de los diferentes actores en el mundo laboral se diluyen, no sólo por las cambiantes formas

⁶⁷ Orviz Martínez, N., “El reto de la Seguridad y Salud en el Trabajo en la digitalización”. *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, N.º. 172, 2019, pp. 26-31.

⁶⁸ Brocal Fernández, F., “Incertidumbres y retos ante los riesgos laborales...”, *op. cit.*, p. 35 y sg.

⁶⁹ Las plataformas digitales han defendido en las diferentes batallas judiciales que no son empleadoras, sino que son meras herramientas para poner en contacto al cliente que pide comida a domicilio con el “rider”. La Inspección de Trabajo no lo cree así y ha fijado un criterio que ha mantenido en todas las actas que ha ido levantando en buena parte de las ciudades donde operan (Madrid, Barcelona, Valencia...): son empleados a todos los efectos. Más de una veintena de procedimientos se irán abriendo en los próximos meses, como consecuencia de las actas de liquidación levantadas por la Inspección de Trabajo. El caos jurídico continúa y mientras se pronuncian los distintos TSJ a favor de la ajenidad (de Madrid de 3 de febrero de 2020; de Madrid de 17 de enero de 2020; de Castilla y León de 17 de febrero de 2020; Cataluña de 21 de febrero de 2020), el TJUE (auto 22-04-2020), estima que no.

⁷⁰ Según dispone el Foro Europeo de Profesionales Independientes (FEPI). Son una tendencia al alza en España y, en unos años, podrían llegar a superar al número de trabajadores por cuenta ajena.

⁷¹ En esta idea, Pérez Luño, A. E., “El derecho ante las nuevas tecnologías”, *Revista el Notario del siglo XXI*, núm. 41, 2012; Kaplan, Jerry: “Artificial Intelligence”, Oxford University Press, 2016; Mercader Uguina, Jesús R. (2017): “El futuro del trabajo...”, *op. cit.*, cfr. pp. 19-50.

de trabajo y de prestación de la actividad, sino también por la convergencia entre lo profesional y lo personal⁷².

En segundo lugar, porque el modelo preventivo español sigue anclado, *de facto*, y prioritariamente, en la seguridad y la higiene industrial, prestando escasa atención a la psicología y a la ergonomía que, aunque difíciles de medir y gestionar, son clave en el trabajo digital⁷³.

Es cierto que, en los últimos veinticinco años, se ha producido un gran aumento del número de nuevos productos químicos utilizados en el entorno laboral, de muchos de los cuales se ignoran todavía sus efectos sobre la salud; bien porque no han sido investigados, bien, porque se necesita tiempo para reunir los conocimientos y experiencia sobre las que establecer diagnósticos y sacar conclusiones referida a su etiología. Según la OIT⁷⁴ las exposiciones a agentes dañinos de tipo físico (radiaciones electromagnéticas), químico y biológico tradicionales y conocidos siguen produciéndose a gran escala, y queda mucho camino por recorrer antes de que se invierta a nivel mundial la tendencia de los niveles crecientes de exposición a este tipo de factores de riesgo laboral.

Pero, es igualmente cierto que, el cambio imparable de las formas de empleo consideradas tradicionales a nuevos modelos de trabajo y la transformación en las relaciones laborales, con empleados ocupando puestos en los que el diseño clásico de PRL no está adaptado, les expone patológicamente a los riesgos asociados con la pérdida del control sobre el tiempo y lugar de trabajo, así como a una mayor inseguridad sobre la continuidad laboral que afecta a su bienestar. Además, cómo veremos *infra*, los nuevos procesos utilizados en el lugar de trabajo generan malas condiciones ergonómicas en el trabajo y fuertes exigencias y limitaciones de carácter psicológico y mental⁷⁵.

La onda expansiva de los riesgos digitales alcanza también a la eficiencia de los equipos y los procesos en relación con las nuevas capacidades y los nuevos perfiles profesionales que demandan las empresas 4.0. Todo ello conduce a una nueva posición del trabajador en el mercado de trabajo, dado que ésta dependerá principalmente de sus habilidades en relación con estas tecnologías⁷⁶. Por ello, las

⁷² Vega Ruiz, M. L. (2019). “Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo”, *IUSLabor* 2/2019, p. 157.

⁷³ Sabadell i Bosch, M. M. y Rimbau Gilabert, E., “La prevención de riesgos laborales ante la digitalización”, *Capital Humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, N° 352, 2020, p. 15 y sgs.

⁷⁴ (OIT), “Seguridad y Salud en el centro del futuro...”, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁵ Vid. Fernández Avilés, J. A., “NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *DSL*, n° 2, 2017, pp. 70-72.

⁷⁶ Vid. Quintero Lima, M. G., “Las nuevas necesidades formativas en el marco de la digitali-

personas que no sean capaces de aprender o de adaptarse a las mismas, quedarán expuestas a riesgos de tipo psicosocial cuyos efectos van desde la fatiga, ansiedad, insomnio, dolores de cabeza y tensiones musculares, depresión, hasta, en el caso más extremo, burnout o síndrome del quemado.

3.1. Tipología de riesgos emergentes en la empresa 4.0

- Como se ha expuesto *supra*, en el nuevo mercado laboral trabajar desde casa se convertirá prácticamente en la regla y se prevé además que las empresas recurran más a *freelancers* (profesionales independientes) que realizan tareas especializadas, cuenten con personal a distancia⁷⁷ y modifiquen las ubicaciones donde opera su organización para garantizar el acceso al talento⁷⁸.

En concreto, y con relación a los teletrabajadores, es el empresario el responsable de su salud y su seguridad independientemente del lugar donde se realiza el trabajo. Se hace necesario, pues, adoptar medidas para prevenir los riesgos y realizar controles en el caso de trabajadores móviles o que trabajan en sus domicilios, lo que supone una dificultad probablemente insalvable y un incremento de incidentes y exposiciones por falta de evaluaciones de los riesgos en lugares de trabajo alejados de las instalaciones del empleador, en particular espacios públicos (café, medios de transporte, etc.)⁷⁹.

En este marco, debe considerarse además la desaparición de las fronteras entre la actividad profesional y la vida privada del trabajador, al que se le sitúa en una tesitura de localización permanente, se le invade el hogar con medios técnicos de la empresa, y se le alarga la jornada laboral⁸⁰. Los límites entre la vida de trabajo y la vida personal son cada vez más permeables y ya no separaremos

zación y demás avatares 4.0 (la agenda 2030 y los Objetivos del Desarrollo Sostenible como herramientas docentes)”, Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Nº Extra 37, 2017 (Ejemplar dedicado a: Innovación educativa en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos), pp. 128-149; y Landeta, A., “Un modelo de plan de formación interna adaptado a la estrategia digital de la empresa en el marco de la Industria 4.0”, Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos, Nº. 434, 2019, pp. 255-286.

⁷⁷ Cfr. (OIT), “Seguridad y Salud en el centro del...”. *op. cit.*, p. 30 y sgs.

⁷⁸ Vid. The Future of Jobs, *op. cit.*...p.

⁷⁹ Cfr. (OIT), “Seguridad y Salud en el centro del...”. *op. cit.*, p. 32 y sgs.

⁸⁰ Rodríguez-Piñero Royo, M., “Las nuevas tecnologías en la empresa. Guías de negociación”, ed. CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2006, p. 14.

rígidamente nuestro tiempo entre horas de trabajo y horas no laborales⁸¹, imponiéndose la tendencia de trabajar incluso durante las vacaciones⁸².

Con lo cual, el teletrabajo se incorpora a la actividad empresarial con su acervo de posibilidades, pero también aparece acompañado de riesgos laborales emergentes, principalmente, psicosociales; entre ellos, se introducen conceptos como tecnoestrés, tecnoadicción o tecnofobia, provocados por el trabajo nómada sin límites, incremento del ritmo de trabajo y exigencia en la rapidez de respuesta, despersonalización, dificultad de desconexión mental por hiperconectividad constante, vulnerabilidad, aislamiento social, o inseguridad laboral⁸³.

También un mayor riesgo ergonómico, como el aumento de la utilización de dispositivos móviles y del trabajo sedentario asociado con obesidad, que a su vez aumenta el riesgo de contraer afecciones de salud relacionadas (trastornos musculoesqueléticos, fatiga visual, obesidad, cardiopatías, entre otras)⁸⁴.

Y problemas éticos por el acceso ilimitado a información, así como una invasión del ámbito personal o un fuerte rechazo inicial por miedo a lo desconocido o por verse en la obligación de salir de la zona de confort por parte del personal de más edad o menos formado en tecnologías digitales⁸⁵.

- Asimismo, otra amenaza del mundo tecnológico sobre el trabajador viene dada por la mayor interacción del ser humano con las máquinas en relación con la aparición de los llamados espacios colaborativos, en los que robots y personas compartirán el espacio de trabajo⁸⁶. Las tecnologías emergentes de la Industria 4.0 como los cobots, fabricación aditiva, Realidad Virtual y Realidad Aumentada, exoesqueletos, IoT y drones y sus potenciales riesgos, nos acercarán a los movimientos repetidos por ritmos impuestos, reducción de descansos, carga mental, fatiga visual, compresión de músculos o nervios, exposición a sustancias nocivas, tóxicas o campos electromagnéticos, estrés y adicción, entre otros.

La normativa de la UE obliga a dotar a toda el área de alcance de un robot industrial de un perímetro de seguridad lo suficientemente dimensionado como para que el trabajador no pueda llegar hasta él cuando está en funcionamiento. ¿Pero qué pasa con los robots pensados para funcionar en un espacio de trabajo

⁸¹ Esto es lo que el futurista Ayelet Barron define como “LiveWorking”.

⁸² También acuñado como “trabacaciones” o “workation” en inglés.

⁸³ Fernández Avilés, J. A., “NTC y riesgos psicosociales...”, *op. cit.*

⁸⁴ Cfr. (OIT), “Seguridad y Salud en el centro del...”. *op. cit.*, p. 32 y sgs.

⁸⁵ Luque Parra, M. y Ginés Fabrellas, A., “Teletrabajo y Prevención de Riesgos Laborales”, CEOE, 2016, pp. 41-44.

⁸⁶ Fernández Arias, T., “Cuando tu compañero de trabajo es un robot”, en DIARIO EXPANSIÓN, 17 de octubre de 2014. (En: <http://www.expansion.com/2014/10/17/emprendedores-empleo/1413567616.html>).

compartido con los trabajadores, los denominados robots colaborativos?; ya se han diseñado para que resulten seguros para las personas a través de la norma ISO/TS 15066:2016. En su momento se redactó con la idea de que, si llegara a haber cualquier contacto entre un robot y un humano, no diera lugar a lesión para este último. Esta norma especifica algunos requisitos de seguridad: geometrías redondeadas, superficies lisas, componentes deformables o elásticos, etc. Pero la velocidad a la que se están produciendo los cambios también supone un reto para los legisladores incapaces de anticiparse y la legislación, en este contexto, va por detrás. Todo un reto para los técnicos en prevención de riesgos laborales.

La DM₂ contiene una legislación mínima en materia de PRL. Por su parte, las Directivas específicas de desarrollo no abordan de forma directa los riesgos y las medidas preventivas asociados a la robótica. Tan solo la Directiva 2006/42/CE, relativa a las máquinas, recoge medidas preventivas que, en principio, serían extrapolables a este tipo de tecnología. Más detalles encontramos en las normas técnicas sobre robótica que, como se sabe, son normas privadas y, en principio, derecho blando o no vinculante. En este sentido, existen dos normas técnicas de ámbito internacional que concretan las medidas de seguridad respecto de los robots industriales de primera generación (ISO 10218-1:2011, Requisitos de seguridad para robots industriales, e ISO 10218-2:2011, Requisitos de seguridad para robots industriales).

También, la especificación técnica ISO/TS 15066:2016 dedicada, en particular, a las aplicaciones con robots colaborativos, que son aquellos diseñados para interactuar directamente con un humano dentro de un espacio de trabajo colaborativo. La lectura de las normas ISO advierte que focalizan su atención en los riesgos físicos que se pueden derivar del uso de robots en la empresa. Si bien en las normas técnicas se listan peligros pertenecientes a diferente categoría (aplastamiento, cortes, choque eléctrico, quemadura, fatiga, posiciones no saludables, entre otros), el contenido técnico de las normas técnicas se centra básicamente en la seguridad del trabajador⁸⁷.

En suma, parece evidente la clara necesidad de ahondar en una visión de la prevención más amplia, para asegurar que la investigación de la seguridad y salud en el trabajo se integre en el diseño y en el desarrollo de los nuevos procesos y tecnologías, realizando prevención a través del propio diseño.

- Ahora bien, por todas las razones que se han ido exponiendo *supra*, las medidas preventivas no pueden limitarse a la reducción de los riesgos mecánicos

⁸⁷ El British Standards Institute (BSI) ha elaborado una nueva guía para el diseño ético y aplicación de robots (BS 8611:2016) y el Ministerio de Trabajo francés, en 2017, ha publicado la “Guía para la prevención en relación con las aplicaciones colaborativas robóticas”.

debido a la posible colisión entre robot y persona dentro del espacio compartido, sino que se precisa de un enfoque multidisciplinar que tenga en cuenta los aspectos técnicos, pero, también, los ambientales, ergonómicos y, sobre todo, psicosociales. Concretamente, en la actual situación organizacional y del mercado del trabajo los riesgos psicosociales, representan uno de sus grandes problemas por cuanto que su naturaleza es dinámica y cambiante y no han sido solucionados de forma adecuada⁸⁸. Una de las primeras referencias oficiales al tema ya aparece en 1984 en el trabajo “Los factores psicosociales en el trabajo: reconocimiento y control” en un documento publicado por la OIT⁸⁹. Desde el primer momento de su formulación se insiste en la importancia de sus efectos reales⁹⁰, en la dificultad de su formulación objetiva y en su complejidad.

Los factores psicosociales en el trabajo son complejos y difíciles de entender, dado que representan el conjunto de las percepciones y experiencias del trabajador y abarcan muchos aspectos. Se pueden definir como situaciones laborales que tienen una alta probabilidad de dañar gravemente la salud de los trabajadores, física, social o mentalmente⁹¹. Las primeras listas de riesgos psicosociales son amplias y abarcan gran cantidad de aspectos: la sobrecarga en el trabajo, la falta de control, el conflicto de autoridad, la desigualdad en el salario, la falta de seguridad en el trabajo, los problemas de las relaciones laborales y el trabajo por turnos⁹². En la actualidad, estos riesgos se sofistican al ritmo de los cambios del modelo productivo y así, entre los riesgos psicosociales emergentes que la industria 4.0 puede provocar en los trabajadores debe destacarse de manera significativa el tecnoestrés, que aparece cuando el uso de las tecnologías plantea unas exigencias que el trabajador es incapaz de asumir, bien por falta de recursos, de apoyo o de capacidades personales. que se define como: “*una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable*”⁹³.

El Acuerdo Marco Europeo sobre estrés laboral (2013) que lo define como “*un estado que viene acompañado de quejas o disfunciones físicas, psicológicas*

⁸⁸ Lo demuestra la inexistente regulación específica en nuestro país que recoja con claridad y de manera unificada la distintas formas de protección frente a este tipo de riesgos.

⁸⁹ (OIT), “Factores psicosociales en el trabajo: reconocimiento y control”. Ginebra: OIT; 1986.

⁹⁰ Los suicidios registrados, entre otras, en la empresa France Tele-com, añaden un elemento más al amplio abanico de consecuencias sobre la salud que pueden resultar del estrés laboral. Diecinueve trabajadores que, entre 2007 y 2010, decidieron suicidarse debido a la presión sufrida en el trabajo.

⁹¹ Moreno Jiménez, B., “Factores y riesgos laborales psicosociales:....”, *op. cit.*, p. 8.

⁹² (OIT), “Factores psicosociales en el trabajo....”, *op. cit.*

⁹³ Como señala el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo en su NTP 730, “Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial”, p. 1; vid. Macías García, M. C., “El modelo

o sociales y que resulta del sentimiento de incapacidad de los individuos para cumplir los requisitos o expectativas depositados en ellos”, puede ser una buena senda a recorrer; a modo de refuerzo, en el informe de la Agencia Europea sobre las prioridades de investigación en materia de SST, uno de los objetivos es lograr que estos temas reciban mayor atención dentro del Séptimo Programa Marco de Investigación (FP7) de la Comisión.

En cualquier caso, la evaluación psicosocial a partir del concepto amplio de bienestar y confort, debería exigirse, en principio, a todas las empresas cualquiera que fuese su actividad, ya que uno de los principios preventivos recogidos en el art. 15.1 d) y g) de la LPRL lo justifica sobradamente.

Como necesidades prioritarias, desarrollar y poner a prueba intervenciones organizativas derivadas de la investigación previa, al objeto de mejorar el entorno psicosocial de trabajo, con especial énfasis en la prevención del estrés laboral y de la violencia física y psicológica (acoso laboral, también conocido como *mobbing* o *bullying*). Asimismo, es importante investigar el papel de los factores psicosociales en la aparición de errores y accidentes, y en la etiología de los trastornos osteomusculares.

- No podemos olvidarnos en este desglose, del rol que ocupan los nuevos materiales de esta era tecnológica tales como las nanopartículas y nanoestructuras, toda vez que suponen otro reto a la hora de realizar las evaluaciones de riesgos y aplicar medidas de prevención y control, y dadas las lagunas de conocimiento aún existentes. Su rápido crecimiento (que conlleva el desarrollo no solo de nuevos materiales, sino también de nuevos dispositivos y procesos), sobrepasa la actual comprensión y conocimiento de los riesgos de salud ocupacional relativos a la fabricación y utilización de estos productos. Recordemos que, aunque los nanomateriales tienen propiedades específicas, principalmente como consecuencia de su pequeño tamaño, su gran superficie y su naturaleza química, que traen consigo variados beneficios para numerosas aplicaciones, sin embargo, debido a estas características, tienen también una amplia gama de posibles efectos tóxicos. De hecho, el incremento de la producción de nanomateriales en estos últimos años ha originado la aparición de patologías frecuentemente pulmonares asociadas a su exposición, ya sean liberadas de forma natural o en procesos industriales. A mayor abundamiento, las propiedades de estas novedosas nanopartículas son

decente de seguridad y salud laboral: Estrés y tecnoestrés derivados de los riesgos psicosociales como nueva forma de siniestralidad laboral”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 7, N° 4, 2019, pp. 64-91.

todavía, en gran parte, desconocidas y la información disponible sobre rutas de exposición, niveles potenciales de exposición y toxicidad es mínima.

Actualmente, la nanotecnología forma parte de una de las seis tecnologías facilitadoras esenciales o KET (Key Enabling Technologies), como un elemento clave en la política industrial de la UE. El Programa Marco de Investigación e Innovación de la Unión Europea, Horizonte 2020⁹⁴, prevé que para el año 2020, *“las nanotecnologías ya estarán completamente integradas en nuestra vida diaria, proporcionando beneficios para los consumidores en diversas áreas, como la alimentación y la salud, y generando nuevas soluciones industriales”*.

En fin, lo que parece claro es que no es posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas máquinas, aplicándose en todo caso las normas genéricas o deuda de seguridad. Una muestra clara son los daños que sufre un trabajador por atrapamiento por un robot en un caso español⁹⁵. En la argumentación jurídica de la Sentencia que resuelve el supuesto se explica que se omitieron las medidas de seguridad adecuadas, ya que hubo falta de puesta a disposición del trabajador de unos adecuados sistemas de aviso, coordinación y comunicación, lo que era obligado dadas las características del trabajo, así como también de la ausencia de evaluación del riesgo.

4. NUEVE PROPUESTAS PARA INCITAR A LA REFLEXIÓN Y PROPICIAR EL CAMBIO

Como pone de manifiesto un interesantísimo artículo publicado en 2001 en la revista *Safety Science*⁹⁶, podría concluirse que las políticas de prevención son una manifestación del grado de madurez de las empresas mucho más que una cuestión de cálculo económico. En España, este “medidor” indica que, aunque hemos superado la etapa en la que la trivialización de la SST era un hecho, de modo que, en la actualidad, asistimos a un cambio que intenta responder a la demanda empresarial existente en este ámbito, nos encontramos, no obstante, en el primer estadio, esto es, ante una realidad que ha de seguir madurando y mucho.

⁹⁴ Comisión Europea, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. (https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_ES_KI0213413ESN.pdf).

⁹⁵ Precisamente, sobre los daños producidos a los trabajadores por robots convencionales ya existen algunos pronunciamientos judiciales tanto en España como fuera de él. Cfr. STSJ Galicia 28-11-2009 (JUR\2009\144698). Uno de los casos más recientes es la STSJ Cataluña 18-12-2017 (AS 2018\594).

⁹⁶ Smallman, C. y John, G., “British directors, perspectives on the impact of health and safety on corporate performance”, *SAFETY SCIENCE* n° 38, 2001, pp. 227-239.

España necesita un cambio de calado, pues todavía dista mucho de los niveles de desarrollo jurídico, social y económico exigibles, como demuestra por si solo el hecho de que la recuperación de la actividad productiva a partir de 2014 y hasta la fecha actual, no haya ido aparejada de una mejora de los niveles de seguridad⁹⁷.

Básicamente porque, en nuestro caso, ni siquiera la presión comunitaria o internacional ha generado una dinámica de cumplimiento estricto de la ley; la prueba de lo que decimos reposa (como se ha visto *supra*) sobre los actuales índices de siniestralidad que siguen situados en unos niveles inaceptables, muy por encima de los valores medios de la UE, y sobre el hecho constatado de que tampoco hemos conseguido mejorar las condiciones de trabajo y salud de nuestros trabajadores, de modo que el objetivo más tradicional en cualquier política preventiva, sigue estando fuertemente en entredicho.

La lucha contra la siniestralidad es una prioridad que exige sobre todo un enfoque multidisciplinar y holístico de la SST por parte de los poderes públicos, con incidencia sobre la legislación (política pública y legislación laboral); el diseño de las tareas (ingeniería, ergonomía, programas informáticos y automatización); las herramientas (tecnología, Healthtech o tecnología de la salud); el medio ambiente; los efectos físicos y sociales (salud pública, nutrición, actividad física y demografía); la naturaleza de las personas (psicología, sociología y economía); la medicina y la neurociencia, además de la organización del trabajo, el diseño organizativo de las empresas y las prácticas en materia de recursos humanos. Analizada pues la situación actual y vistas las deficiencias y carencias del sistema preventivo en su conjunto, proponemos una actuación sobre los siguientes aspectos:

1- Rectificar la legislación preventiva actual en múltiples aspectos. Nuestro marco jurídico necesita de una racionalización dada su complejidad, extensión y difícil lectura, que lo hace impenetrable para las empresas dificultando su comprensión y cumplimiento; sobre todo, para la empresa de menor dimensión, que carece de conocimientos técnicos. En este orden de ideas, señalar que las medidas de simplificación normativa deberían complementarse con actuaciones favorecedoras de su cumplimiento, buscando un tratamiento que considere las especificidades de las microempresas y autónomos, por ejemplo, así como eliminando la excesiva burocratización del conjunto normativo impuesto a las

⁹⁷ Según recoge el Informe de Comisiones Obreras (CCOO), “Evolución de los accidentes de trabajo en España (2012-2018)”, ed. CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO, abril, 2019, p. 29.

empresas y que las ha venido alentando a un cumplimiento de sus obligaciones más formal que eficiente.

Determinante en este desglose crítico es reordenar el papel de los SPP, dando un definitivo viraje al tratamiento de su régimen jurídico. Es necesario llevar a cabo una reforma legislativa que, acorde con los postulados comunitarios y con la EESST, priorice obligatoriamente los recursos propios por encima de los externos. La responsabilidad de las administraciones aquí, en orden a dinamizar ese proceso de cambio es decisiva, sin olvidar, una vez más, que es necesario establecer incentivos económicos suficientemente atractivos, así como dotar a las empresas del apoyo técnico necesario.

Sumado a lo anterior, la aparición de nuevos escenarios digitalizados sujetos a riesgos laborales completamente desconocidos requiere reflexionar, y mucho, primero, sobre la efectividad real de la normativa actual de PRL en relación a las nuevas condiciones laborales introducidas por la industria 4.0.; y segundo, sobre la necesidad de actualizar las regulaciones existentes y proponer los cambios necesarios para adaptarlas, a las peculiaridades de estas nuevas formas de trabajo que han ido apareciendo⁹⁸.

De otra manera, no hay garantía de que el Derecho del Trabajo se mantenga fiel a su tradicional función de proteger a los trabajadores frente a los nuevos desafíos laborales y, por ende, preventivos⁹⁹. Es preciso orientarlo hacia la garantía de los derechos sociales, en especial los laborales, en el marco de un nuevo contrato social¹⁰⁰. Ello supone igualmente redefinir los conceptos de empresario y trabajador y, en relación con el segundo, cabe atender de manera especial a una nueva forma de trabajo que requiere una regulación específica, adaptada y alejada (en parte) de la legislación laboral clásica.

Ahora más que nunca el legislador y las instituciones deben realizar un esfuerzo ímprobo para lograr que el cataclismo de la tecnología y los nuevos usos sociales no arrastren el núcleo esencial del Derecho del Trabajo, como es la conformación, mantenimiento y custodia de un trabajo decente¹⁰¹.

Estamos abocados a crear empresas inteligentes y humanistas que superen la digitalización y sean socialmente ejemplares, en el contexto de un modelo de

⁹⁸ Orviz Martínez, N., “El reto de la Seguridad y Salud...”, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁹ Rifkin, J., “El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era”, ed. G. P. PUTNAM’S SONS, 1995, pp. 23 y 277.

¹⁰⁰ Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, A., “El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019, p. 9.

¹⁰¹ Dado el vínculo entre el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 3 sobre “salud y bienestar” y el ODS 8 sobre “trabajo decente y crecimiento económico” de la “Agenda 2030 para el

negocio responsable basado en la gestión de las personas. Empresas cuya proyección jurídica se base en el mantenimiento de la identidad humana¹⁰², su dignidad y la aportación a la comunidad mediante la creación de empleo y la difusión constante de innovación y buenas prácticas. A esto solo puede aspirarse mediante un trabajo colaborativo, integrando y consolidando la cultura de la prevención y de la gestión del cambio en el ADN de las empresas y haciendo que las personas sean las protagonistas de todo este proceso.

Asimismo, la digitalización hace necesario también repensar totalmente tanto el concepto de SST como el de las posibles soluciones que se arbitren para combatir el riesgo laboral, produciéndose un desplazamiento desde un enfoque tradicional basado en los peligros físicos hacia el de los problemas psicosociales¹⁰³, y abordando necesariamente una reforma normativa que se anticipe al riesgo, de modo que vaya dando cobertura tanto a las lagunas existentes como a las que puedan ir surgiendo.

2-Rectificar en paralelo múltiples aspectos de la legislación laboral actual, *per se*, y dado el impacto adverso que el proceso flexibilizador de las relaciones laborales y el consiguiente debilitamiento de la negociación colectiva, irradia a las condiciones de SSL. Con todo, parece que estamos a la espera de una reforma inminente según se desprende de las intenciones públicamente manifestadas por el Gobierno¹⁰⁴.

El PSOE plantea analizar, en el marco del diálogo social y “con carácter de urgencia” la modificación de los “aspectos más lesivos” de la reforma laboral de 2012. Entre otros, ampliar el ámbito temporal de los convenios colectivos una vez que finalice y hasta que se negocie uno nuevo (ultraactividad); revisar las causas y el procedimiento para modificar las condiciones de trabajo, reducir la dualidad entre trabajadores fijos y temporales, así como la inestabilidad y la rotación laboral, y reforzar la obligación de plasmar el horario de trabajo en los contratos a tiempo parcial; elaborar un nuevo Estatuto de los Trabajadores de acuerdo con el diálogo social; reforzar el principio de causalidad en la contratación, de forma que la indefinida sea “*la forma ordinaria de acceso al empleo*”; cambio del modelo laboral y salarial “*basado en una política de rentas progresista*” que no

Desarrollo Sostenible”, se pone de relieve como la SST debería integrarse adecuadamente en enfoques de desarrollo más amplios. Vid. Asamblea General de la ONU, “Agenda 2030...”, *op. cit.*

¹⁰² En este sentido, Quintero Lima, M.G.: “Las nuevas necesidades...”, *op. cit.*, p.130 y Sánchez-Urán Azaña, Y., y Grau Ruiz, A., “El impacto de la robótica...”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰³ Vid. Moreno Jiménez, B., “Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales”, *MEDICINA Y SEGURIDAD DEL TRABAJO*, Vol. 57, supl. 1 Madrid, 2011, p. 8.

¹⁰⁴ En su “*Propuesta abierta para un programa común progresista*”.

se concreta; reformar la regulación del despido para revisar las causas del despido objetivo y recuperar “*los derechos laborales en los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, revisando su regulación para favorecer soluciones negociadas con equilibrio entre las partes*”, etc..

3-Restaurar y revitalizar la negociación colectiva (NC), especialmente, tomando en consideración los nuevos entornos tecnológicos. Junto a materias centrales (acentuación de la distribución irregular, el derecho a la desconexión, la pérdida progresiva del centro de trabajo como referencia prioritaria del lugar de trabajo, la movilidad funcional y la clasificación profesional -redefinición de los grupos profesionales en base a nuevas funciones y tareas, mayor polivalencia y movilidad-, o la estructura retributiva -mayor trascendencia de la variabilidad en función de proyectos-), y que lo seguirán siendo así en su adaptación a los nuevos entornos tecnológicos y organizativos, debemos indicar otras materias que, o bien tendrán una relevancia incluso mayor que hasta el momento han tenido en la NC, o que deberán empezar a tenerla a pesar de su generalizada ausencia hasta ahora de la misma.

En el primer ámbito debemos incluir la PRL, que con tecnologías tales como robótica (cuando se da una “convivencia” en el mismo lugar de trabajo y en “cobot”) o IA (especialmente respecto a la salud mental o al estrés psicológico), han de adquirir una mayor relevancia en la NC descentralizado el casuismo derivado de las peculiaridades de cada tecnológica y de su conformación según cada organización del trabajo¹⁰⁵.

De suma importancia, otro punto de la Reforma de la Ley 3/2012 que debemos tener en cuenta es el debilitamiento de los Comités de Seguridad y Salud (CSS). Desde entonces, la empresa puede incumplir los compromisos adoptados dentro de los CSS al desaparecer la NC, perdiéndose uno de los pilares en la defensa de los derechos laborales de los trabajadores.

4- Recodificar el concepto y contenido de la Salud Laboral abordando una rectificación de las reformas laborales anteriores y adaptándolo paralelamente al nuevo escenario tecnológico. Las EP siguen subiendo, de modo que las registradas durante el año 2019 asciendan hasta 27.343, siendo esta cifra un 13,54% más alta que la registrada en 2018; los datos hablan por sí solos de la necesidad de que el nuevo Gobierno inicie de manera inmediata las negociaciones de una nueva EESST, ya que la vigencia de la actual termina este año 2020. Con este escenario de fondo, es necesario diseñar y aplicar un nuevo marco normativo que, partiendo de un concepto de salud integral y un sistema de gestión de la

¹⁰⁵ Del Rey Guanter, S., “Nuevas tecnologías y negociación colectiva”, 2017, pp. 10 y 11. (Consultar en: www.mitramiss.gob.es › Jornadas › XXX_JOrnada_Ponencia_S.delRey.pdf).

salud en los términos de la OIT y la OMS¹⁰⁶, incluya el bienestar físico, social, emocional y mental de las personas trabajadoras, con una especial incidencia en esta era tecnológica. Asimismo, sería deseable que se incidiera normativamente y se abordasen aspectos tales como:

- El afloramiento de las ET muchas de las cuales continúan ocultas, sobre todo en el caso de los cánceres ocupacionales, sin olvidar el incremento de las enfermedades y trastornos mentales provocados por el trabajo, que a día de hoy no son reconocidas ni tratadas como profesionales. Además, los mecanismos para una correcta declaración y notificación de la enfermedad fallan por razones diversas. Conforme al Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y empleo (2014), es necesario garantizar un adecuado registro de las EP para evitar una menor protección social y un desplazamiento del gasto hacia el Sistema Nacional de Salud, pero, sobre todo, para hacer un seguimiento de las posibles causas laborales en las enfermedades y poder confeccionar las guías de síntomas y patologías relacionados con el agente causante de la EP, que sirva como fuente de información y ayuda para el diagnóstico.
- Actualización del cuadro de EP teniendo en consideración la perspectiva de género, dado que en muchos sectores hay una mayoría enfermedades sufridos por mujeres. Se ha de abandonar el tradicional enfoque neutro para que la PRL sea efectiva para las mujeres¹⁰⁷.
- Abordar la digitalización en el ámbito laboral desde la perspectiva de la patología laboral. Se hace patente, de un lado, la necesidad de detectar con anticipación los riesgos emergentes derivados del uso de las TIC y neutralizar las consecuencias para la salud de los trabajadores derivados de los mismos.
- Promover iniciativas de aproximación y coordinación desde el Ministerio de Sanidad que, a corto plazo, proporcionen los recursos humanos necesarios para afrontar los problemas de salud del ámbito laboral. Según las asociaciones científicas del país, la Comisión Nacional de la Especialidad y la Asociación

¹⁰⁶ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) establecieron desde 1950, y actualizaron en 1995, a través del Comité Conjunto de Salud Ocupacional OIT/OMS que *“la finalidad de la salud en el trabajo consiste en lograr la promoción y el mantenimiento del más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todos los trabajos; prevenir todo daño causado a la salud de éstos por las condiciones de su trabajo; protegerlos en su empleo contra los riesgos resultantes de agentes perjudiciales a su salud; colocar y mantener al trabajador en un empleo adecuado a sus aptitudes fisiológicas y psicológicas; y en suma adaptar el trabajo al hombre y cada hombre a su actividad”*.

¹⁰⁷ Cfr. González Gómez, M. F., “Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, *MEDICINA Y SEGURIDAD DEL TRABAJO*, vol. 57 supl.1, Madrid 2011, pp. 89-114.

Española de Médicos del Trabajo, se estima que hay 4000 médicos en activo cuando la población laboral es de 18 millones de trabajadores, de modo que sale a un médico por cada cinco mil trabajadores.

- La prevención eficaz de las EP requiere una mejora continua de los sistemas nacionales de SST, de los programas de inspección y prevención y de los sistemas de indemnización de todos los Estados Miembros, obtenida preferentemente a través una relación de colaboración entre los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores¹⁰⁸.

5- Promover la ayuda y colaboración preventiva con PYMES y autónomos es esencial¹⁰⁹. En el actual mercado de la globalización y la digitalización son las grandes compañías las que tienen mayor capacidad para invertir y asumir los riesgos de la incorporación de las nuevas tecnologías; sin embargo, es tal el impacto, que todas aquellas PYMES que han integrado el uso de las TIC no volverían atrás, dado que ofrecen grandes ventajas a este tipo de empresas.

Pero para la consecución del objetivo de crecimiento, innovación, fomento de la competitividad y aumento de la productividad de las PYMES, ahora y en un futuro próximo, es imprescindible que se las ayude financieramente desde las instituciones públicas para compensar las dificultades que encuentran en el ámbito de financiación privada¹¹⁰. La Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa ofrece en su web un buscador de ayudas y subvenciones convocadas por las administraciones públicas, dirigido a las PYMES y a los autónomos con dificultades a la hora de acceder a financiación.

No obstante, la falta de financiación no es el único ni el mayor de los problemas con el que se encuentran; como se ha visto *supra*, la mayoría de las dificultades a las que se tienen que enfrentar las PYMES y autónomos están originadas por el desconocimiento, la falta de formación en determinadas materias y la falta de participación en las decisiones preventivas¹¹¹. En este sentido, el

¹⁰⁸ Objetivo 3 de la EESST, p. 23 y sgs.

¹⁰⁹ Cfr. Rodríguez Melo, G. E., “Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) como factor determinante del éxito competitivo en la micro, pequeña y mediana empresa (mipyme)”, Tesis doctoral. Gutiérrez Broncano, S. (dir), Rubio Andrés, M. (cood) Universidad CEU San Pablo, 2016.

¹¹⁰ Según datos del Observatorio Sectorial DBK de INFORMA, en la actualidad, las PYMES están recurriendo menos a entidades financieras para asumir costes porque se han visto limitadas a la hora de solicitar un préstamo y poder hacer frente a la deuda. Solo el 34,2% de las pymes han intentado acceder a líneas de financiación de entidades de crédito, mientras que el 29,3% no ha accedido porque recurren a la autofinanciación o a la financiación alternativa.

¹¹¹ El 40% de las PYMES españolas pretendían aumentar en 2018 su inversión en temas relacionados con prevención de accidentes, y en este sentido, la formación fue la clave, dado que cada vez se demandan más perfiles internos y externos con conocimientos de gestión de riesgos laborales.

Ministerio dispone de una base de datos con información sobre cursos online dirigidos a emprendedores y PYMES. Y desde el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo también se ha habilitado un portal de ayuda al autónomo a través del cual recibe información y ayuda para la puesta en marcha de su proyecto empresarial.

En cuanto al autónomo, proponemos que se adecúe la normativa preventiva a la idiosincrasia de sus tareas para evitar un modelo teórico y de difícil cumplimiento¹¹². Para ciertas actividades sería recomendable además que, a pesar de no estar legalmente obligado, se formase e informase sobre los posibles riesgos que implica su trabajo. Esto no tiene por qué ser sinónimo de gastos ni inversiones desmedidas, dado que existen aplicaciones totalmente gratuitas y fiables que facilitan la labor al autónomo sin trabajadores. Es el caso de Prevención 10, lanzado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social que ofrece un servicio gratuito de asesoramiento en materia de seguridad laboral para microempresas y autónomos, al tiempo que facilita la gestión de forma sencilla de los riesgos laborales en empresas de hasta 25 trabajadores y la coordinación de actividades empresariales para los trabajadores por cuenta propia.

En este orden de ideas, es oportuno destacar también que los costes del aseguramiento obligatorio del autónomo en nuestro país siguen siendo elevados, liquidándose de manera reiterada en términos significativamente excedentarios, en la relación ingresos cotizaciones/gasto prestaciones. La conveniencia de reducir estos costes, ajustándolos a la realidad del gasto y a la siniestralidad de los sectores de actividad, es un clamor.

6- Priorizar, mejorar y adaptar el “aprendizaje permanente” es determinante en nuestro país. Necesariamente, tiene que abarcar el aprendizaje formal e informal, desde la infancia y la educación básica hasta el conjunto del aprendizaje en la edad adulta¹¹³. La incorporación de la educación y la formación en el aprendizaje permanente ayuda a los trabajadores y a los empleadores a adaptarse a los riesgos nuevos, emergentes y persistentes para la seguridad y la salud, así como a mejorar los resultados de la SST en el trabajo. Entendemos, pues, que es necesario crear mecanismos de control de la calidad del aprendizaje permanente

¹¹² Rodríguez Egío, M. M., “La protección de la seguridad y la salud en el trabajo autónomo...”, *op. cit.*, p. 477 y sgs.

¹¹³ “*Toda persona, en cualquier etapa de su vida, debe disponer de oportunidades de aprendizaje permanentes, a fin de adquirir los conocimientos y las competencias necesarias para hacer realidad sus aspiraciones y contribuir a la sociedad*”. (UNESCO, 2015).

que, junto con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, supervise la eficacia del sistema de dicho aprendizaje¹¹⁴.

Si queremos que el aprendizaje sea permanente de verdad, las competencias deben ser transferibles¹¹⁵, es decir, habilidades que se desarrollen en el transcurso de la vida, desde la infancia, en la escuela y de un trabajo a otro. La tecnología, por sí sola, no puede impulsar a las organizaciones hacia su digitalización¹¹⁶.

Además, es necesario cerrar la brecha entre las titulaciones y el perfil de profesionales que demanda el mercado, lo que impacta negativamente sobre la posibilidad de generar y desarrollar nuevos proyectos empresariales basados en la innovación¹¹⁷. A pesar de los niveles sin precedentes de desempleo que existen en los países europeos, todavía, y debido a la denominada “brecha en competencias”, el 32% de los empleadores tiene dificultades para encontrar candidatos, mientras que alrededor de 509.000 nuevos puestos de trabajo se registran en el sector de las TIC en Europa. Para ello es necesario instaurar un marco común de reconocimiento de las competencias, tanto en el plano internacional¹¹⁸ como nacional, especialmente teniendo en cuenta que en España se han identificado hasta 190 especialidades formativas derivadas de las necesidades presentes y de la futura evolución tecnológica y digital que no estaban hasta ahora incorporadas en el Catálogo de Especialidades Formativas.

Dado que vamos hacia un nuevo paradigma educativo, tenemos que adaptar nuestro marco normativo de la formación para el empleo empezando por la formación académica. Tanto el sistema educativo regulado en la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, como el sistema de Formación Profesional para el Empleo regulado en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, exigen una regulación precisa en

¹¹⁴ En el mismo sentido cfr. (OIT), “Seguridad y Salud en el centro del...”. *op. cit.*, p. 63 y sgs.

¹¹⁵ El término competencias transversales ha sido prácticamente reemplazado por el término habilidades transferibles. Cfr. Comisión Europea, “*Catálogo de las competencias transversales clave para la empleabilidad*”, p. 3. (http://www.keystart2work.eu/images/docs/o2-catalogue/O2_Catalogue_SP.pdf).

¹¹⁶ Merino Fernández, J. V., “La educación a lo largo de la vida. Un proceso inherente a la naturaleza humana, necesidad y demanda social”, Universidad Complutense de Madrid; en *Quader-nsanimacio.net*, núm. 14, Julio. 2011, p. 1-16.

¹¹⁷ Cfr. Ministerio de Trabajo e Inmigración, “La Formación para el Empleo en España. Propuestas para consolidar un sistema de formación para el empleo de calidad, eficiente, competitivo y profesionalizado”, 2018, p. 27.

¹¹⁸ (OIT), “Trabajar para un futuro más prometedor” *op. cit.*, p. 32.

torno a la adquisición de competencias digitales, insertando un modelo educativo y formativo integral para la alfabetización en el uso de las nuevas tecnologías¹¹⁹.

En este sentido, estamos a la espera de que se haga realidad el acuerdo del PSOE para adaptar el mercado laboral a los nuevos empleos que han surgido durante los últimos años. En su programa no se olvidan de las nuevas tecnologías para mejorar las infraestructuras digitales. Inteligencia artificial, 5G, o “El Internet de las Cosas” se nombran vagamente como parte de las medidas para modernizar el país, aunque sin una propuesta clara sobre cómo se aplicarán.

En concreto y para este ámbito, estamos en espera de lo siguiente: “*La educación y la formación, las instituciones educativas y sus actores se insertarán activamente en la agenda de digitalización que promoverá el Gobierno. Para ello vamos a desarrollar en estos próximos años una Estrategia de Digitalización en Educación y Formación Profesional ambiciosa*”, llamada también “Estrategia de Alfabetización Digital” con la que garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la digitalización en todos los niveles del sistema educativo y de la formación de los trabajadores para evitar la exclusión digital. De momento, el Gobierno español ha constituido un equipo de trabajo en el que participan nueve ministerios para elaborar un plan con el que impulsar la “transformación digital de la economía española” cuyo objetivo es mejorar la competitividad de las empresas y el crecimiento económico pero también, fomentar la formación continua de los trabajadores para su adaptación al nuevo entorno digital; asimismo apuesta, entre otras medidas, por introducir en el ámbito educativo, desde Primaria hasta las últimas etapas, la formación en nuevas tecnologías como fórmula para ir familiarizándose con la robótica, los algoritmos, los procesos de programación, los sistemas de procesos y el conocimiento del manejo de datos, en tanto que van a estar a estar presentes en todas y en cada una de las profesiones de nuestro país.

7- Anticiparse a la detección y tratamiento de los riesgos de la industria 4.0 tal y como propone la Estrategia europea al subrayar la necesidad de desarrollar en todos los estados miembros “*una cultura genuina de prevención de riesgos, siendo el objetivo anticipar riesgos y someterlos a control*”. La anticipación respecto a los riesgos es un primer paso decisivo para poder gestionarlos con eficacia y, en consecuencia, en el mundo actual se requiere que la respuesta sea moverse con la mayor celeridad posible. En la detección y tratamiento de los riesgos de la industria 4.0 es esencial dado que, la aparición de nuevos escenarios

¹¹⁹ Quintero Lima, M. G.; “Las nuevas necesidades formativas...”, *op. cit.*, p. 130.

sujetos a riesgos laborales hasta ahora desconocidos, requieren medidas preventivas todavía por definir.

Ante este horizonte, podría plantearse una hoja de ruta con estrategias para ayudar a las empresas a eliminarlos, reducirlos o prevenirlos. Actuaciones como técnicas de mentorización; adquirir conocimientos en entornos distendidos; códigos éticos que contemplen el teletrabajo y el derecho a la desconexión; evaluaciones de riesgos psicosociales; el uso de “cobots” para mejorar las condiciones ergonómicas o de dispositivos “wearables” para prevenir y proteger la seguridad y salud, así como la importancia de incorporar sistemas de protección personal inteligentes.

8- Directamente anudada a la anterior propuesta, entendemos que hay que fomentar y financiar la investigación en PRL. En el marco actual, frente a una estrategia de cambio que apuesta por una “cultura más innovadora” o una “cultura basada en las competencias de las personas”, promover la innovación a todos los niveles es determinante¹²⁰. Sobre todo, porque la investigación es una base imprescindible para anticipar y prevenir los riesgos laborales; en este sentido, existen ya varias iniciativas y consorcios europeos agrupados bajo el programa ERA-NET (Espacio Europeo de Investigación 2014-2020) que cubren distintos aspectos relacionados con la SST. La Comisión Europea lanzó el esquema ERA-NET en el Sexto Programa Marco y desde entonces ha ido evolucionando hasta el nuevo instrumento COFUND bajo el programa Horizonte 2020 (H2020). España, dada su problemática preventiva, necesita apostar de una vez por la investigación e innovación en esta disciplina, propiciando acciones adicionales como, por ejemplo, implantar innovaciones tecnológicas, abrir unidades de I+D+I y redes de cooperación con universidades. A nuestro juicio, la investigación en PRL debería estar asociada a dos líneas básicas:

- Integración de la investigación en PRL en todas las líneas de investigación. Es necesario, por tanto, integrar los aspectos de PRL en el desarrollo de las actividades de investigación, evaluando los riesgos, informando de estos a todas las partes interesadas, estableciendo medidas de actuación ante emergencias y realizando la coordinación de actividades empresariales, entre otros aspectos. Por supuesto aquí, tan importante es el impulso económico mediante subvenciones y ayudas¹²¹, como una política fiscal que no penalice el despliegue tecnológico

¹²⁰ Bestratén Belloví, M., Real Arias, P., Rodríguez Fernández, J.J., “Hacia una ...”, *op. cit.*, p. 6.

¹²¹ Precisamente, en este sentido, el CDTI está consignado como el agente gestor de ayudas de la Administración General del Estado para la I+D+I empresarial. Para ello, el CDTI gestiona, con fondos propios y fondos procedente de instituciones europeas, diversos programas de ayuda. También el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, abre una línea de subvenciones

necesario para el desarrollo de una economía moderna. Especialmente en un momento donde es necesario un esfuerzo inversor considerable por parte de las empresas del sector. Además, sería deseable potenciar el papel del Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) como principal agente dinamizador de la innovación en España.

- Investigación con líneas específicas y así abordar los problemas concretos en la materia¹²². A modo de ejemplo existen numerosas líneas de investigación relacionadas específicamente con la PRL; una, relacionada con colectivos poco desarrollados en materia de riesgos laborales (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bomberos, artistas, trabajadores del campo, riesgos emergentes, campos electromagnéticos, nuevos materiales, etc.); otro, relacionado con la transferencia de la investigación.

9- Establecer líneas de actuación para una sólida implantación de la Cultura Preventiva, lo que indefectiblemente va ligado a la formación y la educación colectiva. Siendo cierto que necesitamos estructuras normativas de seguridad y salud que reflejen estos cambios, aún es más importante la implantación de una cultura general de prevención que fomente una responsabilidad compartida, ya que la legislación, por sí sola, no es suficiente para implantar una cultura de prevención.

Para lograr efectividad es necesario llevar a cabo un enfoque de la prevención desde diferentes dimensiones, ética, técnica, organizativa, emocional, económica (la prevención como inversión), y sobre todo educativa y formativa. Ello pasa por la promoción de actuaciones específicas de sensibilización, promoción y apoyo, y de potenciación de la formación, introduciendo los conceptos básicos de PRL en todos los planes de educación primaria, secundaria y programas de formación profesional¹²³. Los niños de hoy serán los empresarios y trabajadores del futuro, de modo que existe una necesidad cada vez mayor de integrar la SST en la educación de todas las personas antes de que accedan al mundo del trabajo y de continuarla a lo largo de toda su vida laboral. Es un proceso que necesita

para fomentar el desarrollo de proyectos de investigación e innovación en PRL. Las ayudas están dirigidas a las universidades andaluzas, entidades académicas, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, y tienen una cuantía máxima de 40.000 euros por proyecto, y se enmarcan en el primer Plan Estratégico de Subvenciones del IAPRL, con un período de vigencia de 2017 a 2020.

¹²² De Zulueta Greenebaum, J., “La internacionalización y la innovación: claves de la competitividad de las empresas españolas”; Juan José Durán Herrera (coord.), Economistas, N° Extra 167-168, 2020 (Ejemplar dedicado a: España 2019. Un Balance), pp. 158-164.

¹²³ Objetivo 2.E de la EESST 2015-2020, p. 20.

tiempo; en consecuencia, no es esperable un cambio sensible a medio, y mucho menos, a corto plazo.

Paralelamente, debería ponerse especial énfasis en el establecimiento de líneas de actuación de verdadero fomento de la cultura preventiva en sectores críticos o especialmente impermeables a la prevención laboral, fundamentalmente las microempresas y autónomo, así como adecuar la normativa relativa a la formación en PRL a los cambios producidos desde su aprobación. El diagnóstico de la situación actual reclama, de un lado, una política por parte de las Administraciones de fomento generalizado de la cultura preventiva en las empresas. Especialmente importantes, serían las CC.AA. a través de sus sucesivos planes de acción y sus órganos técnicos de prevención, la ITSS y el INSST. De otro lado, dotar de coherencia y racionalidad a las actuaciones en materia de SST desarrolladas por todos los actores sociales competentes, Gobierno, CC.AA. e interlocutores sociales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Badri, A., Boudreau-Trudel, B., y Souissi, A. S., “Occupational health and safety in the industry 4.0 era: A cause for major concern?”, *Safety Science*, 109, 2018, pp. 403–411.
- Bestratén Belloví, M., Real Arias, P., Rodríguez Fernández, J.J., “Hacia una cultura preventiva y de excelencia: conversaciones”, *REVISTA DIGITAL DE SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO*, n.º. 1, 2009, pp. 1-9.
- Brocal Fernández, F., “Incertidumbres y retos ante los riesgos laborales nuevos y emergentes”, *ARCHIVO PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*, vol. 19, n.º 1; Barcelona ene/mar 2016.
- Calvo Gallego, F.J., “Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo”, *CREATIVIDAD Y SOCIEDAD*, monográfico sobre Derecho, Trabajo y Creatividad, n.º 26, 2016, pp. 200-238.
- Dans Pérez, E., “Viviendo en el futuro: Claves sobre cómo la tecnología está cambiando nuestro mundo”, ed. Deusto, 2019.
- Del Rey Guanter, S., “Nuevas tecnologías y negociación colectiva”, octubre 2017. (En: www.mitramiss.gob.es › Jornadas › XXX_JOrnada_Ponencia_S.delRey.pdf).
- De Zulueta Greenebaum, J., “La internacionalización y la innovación: claves de la competitividad de las empresas españolas”; Juan José Durán Herrera (coord.) *Economistas*, N.º Extra 167-168, 2020 (Ejemplar dedicado a: España 2019. Un Balance), pp. 158-164.

- Fernández Avilés, J. A., “NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, DSL, nº 2, 2017, p. 70-72.
- Fernández-Costales Muñiz, J y Fernández Fernández, R., “Actas de las jornadas sobre riesgos inherentes a la digitalización del trabajo: nuevos horizontes para la prevención de riesgos laborales”, en REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN, nº 5, 2018, pp. 165-189.
- Fernández García, R., “Integración de la SST en la gestión de las empresas”, en GESTIÓN PRÁCTICA DE RIESGOS LABORALES, nº 77, 2010.
- Fernández Ramírez, M., “Los servicios de prevención. Régimen jurídico y estudio crítico del modelo normativo”, ed. COMARES, 2011.
- Fernández Ramírez, M., “La modernización del Sistema Nacional de Empleo español: un reto en ciernes”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL nº 4, 2015.
- Fernández Ramírez, M.: “Trabajo Decente y Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV., El Trabajo Decente, (Coords. Monereo Pérez, Gorelli Hernández y De Val Tena), ed. COMARES, 2017, pp. 285-308.
- Fernández Arias, T., “Cuando tu compañero de trabajo es un robot”, en DIARIO EXPANSIÓN, 17 de octubre de 2014. (Consúltense en: <http://www.expansion.com/2014/10/17/emprendedores-empleo/1413567616.html>).
- García Gómez M, Cárcoba A, Menéndez-Navarro A, Morón R, Vogel L., “Qué hacemos con el deterioro de la salud laboral y cómo avanzar en la igualdad y los derechos de los trabajadores en tiempos de crisis”. Madrid, Ediciones AKAL; 2015.
- Macías García, M. M., “El modelo decente de seguridad y salud laboral: Estrés y tecnoestrés derivados de los riesgos psicosociales como nueva forma de siniestralidad laboral”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 7, Nº. 4, 2019, pp. 64-91.
- González Gómez, M. F., “Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, MEDICINA Y SEGURIDAD DEL TRABAJO. vol. 57, supl. 1, Madrid, 2011, pp. 89-114.
- Kaplan, Jerry: “Artificial Intelligence”, Oxford University Press, 2016.
- Lorenzo Veiga, B., “La RSC se consolida como motor de la reputación de las empresas”, INTELLIGENCE Y CAPITAL NEWS REPORT, nº 699, 2011.

- Luque Parra, M. y Ginés Fabrellas, A., “Teletrabajo y Prevención de Riesgos Laborales”, CEOE, 2016.
- MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, “Disruptive Technologies: Advances that will transform Life, Business, and the Global Economy”, MCKINSEY & COMPANY, 2013.
- Mercader Uguina, J. R., “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después”, REVISTA DE INFORMACIÓN LABORAL nº 7/2015 parte Artículos doctrinales, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015.
- Mercader Uguina, J. R., “El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica”, TIRANT LO BLANCH, 2017.
- Mercader Uguina, J. R., “El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital”, REVISTA DE INFORMACIÓN LABORAL nº 11/2018 parte Artículos de fondo Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.
- Merino Fernández, J. V., “La educación a lo largo de la vida. Un proceso inherente a la naturaleza humana, necesidad y demanda social”, Universidad Complutense de Madrid; en Quadernsanimacio.net, núm. 14, Julio. 2011.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., “Las razones de la Ley: ¿qué fué de la “cultura de la Prevención”?”, AA.VV., Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios, (Coords. J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.N. Moreno Vida), COMARES, 2004.
- Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, N, “Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios”, COMARES, 2004.
- Montoro, E.M., et altri, “La PRL y la digitalización de la industria”, Avances en la investigación en ciencia e ingeniería / Ana María Beltrán Custodio (ed. lit.), Manuel Félix Ángel (ed. lit.), 2019, pp. 177-186.
- Moreno Jiménez, B., “Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales”, MEDICINA Y SEGURIDAD DEL TRABAJO, vol. 57, supl. 1 Madrid, 2011.
- Orviz Martínez, N., “El reto de la Seguridad y Salud en el Trabajo en la digitalización”. Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención, Nº. 172, 2019, pp. 26-31.
- Quintero Lima, M. G.; “Las nuevas necesidades formativas en el marco de la digitalización y demás avatares 4.0 (la agenda 2030 y los Objetivos del Desarrollo Sostenible como herramientas docentes)”, Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Nº Extra 37, 2017 (Ejemplar dedicado a:

- Innovación educativa en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos), pp. 128-149.
- Radbruch, G., “Filosofía del Derecho”, MARCIAL PONS, 2019.
(Puede consultarse en: www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2001/101b09_287_span.pdf).
 - Rifkin, J., “El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era”, ed. G. P. PUTNAM’S SONS, 1995.
 - Ripert, G., “Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno”, Estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, ed. COMARES, Granada, 2001.
 - Rodríguez Egío, M. M., “La protección de la seguridad y la salud en el trabajo autónomo común desde la vertiente preventiva”, Tesis doctoral dirigida por M. Carmen López Anierte (dir. tes.), F. Cavas Martínez (dir. tes.). Universidad de Murcia, 2017.
 - Rodríguez Melo, G. E., “Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) como factor determinante del éxito competitivo en la micro, pequeña y mediana empresa (mipyme)”, Tesis doctoral dirigida por Santiago Gutiérrez Broncano (dir) Mercedes Rubio Andrés (cood), Universidad CEU San Pablo, 2016.
 - Rodríguez-Piñero Royo, M., “Las nuevas tecnologías en la empresa. Guías de negociación”, ed. CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2006.
 - Sabadell i Bosch, M.M. y Rimbau Gilabert, E., “La prevención de riesgos laborales ante la digitalización”, *Capital Humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, N° 352, 2020.
 - Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, A., “El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, Editorial ARANZADI, S.A.U., Cizur Menor. 2019.
 - Sempere Navarro, A.V., “Aspectos jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales”, ARANZADI SOCIAL, vol-V, 1997.
 - Smallman C. y John G., “British directors: perspectives on the impact of health and safety on corporate performance”, *SAFETY SCIENCE* n° 38, 2001.
 - Tremps Roso, S., “Qué significa la digitalización para la seguridad y salud laboral”. *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, N°. 181, 2020, pp. 60-61.

EL SURE: ¿UN PASO HACIA UN SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EUROPEO?*

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Profesor Titular Ac. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: 0000-0001-7106-6769

EXTRACTO

Palabras clave: SURE, protección por desempleo, Unión Europea, COVID-19

La crisis sanitaria derivada de la pandemia de COVID-19 ha colocado al mundo en una tesitura que no se veía desde la de la mal llamada “gripe española”. Sus consecuencias económicas y sociales no son tampoco menores. La paralización de la economía está teniendo un efecto notable sobre el empleo. Ante tal situación los Estados se han visto obligados a adoptar medidas extraordinarias, en especial, en materia de protección frente al desempleo. Esto se va a traducir, lógicamente, en importantes incrementos del gasto, de la deuda y del déficit públicos. El problema que nos podemos encontrar después es que esta situación derive en ataques especulativos como consecuencia de nuestra debilidad económica. De ahí la importancia de la intervención europea. Varias son las propuestas que hay en estos momentos encima de la mesa, como los llamados “coronabonos”, el Plan de recuperación para Europa, la reorientación del MEDE o el que es objeto del presente estudio, el instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE). Para abordarlo, centraremos las páginas que siguen en, para empezar, enmarcar el mencionado instrumento dentro del debate en torno a la articulación de una prestación por desempleo para la Unión. A continuación, estudiaremos sus elementos configuradores básicos, entroncándolos en tres vectores de análisis: su naturaleza excepcional, su carácter temporal y su finalidad financiera. Por último, cerraremos el estudio con unas breves conclusiones sobre la implicación política y jurídica que la puesta en marcha del SURE supone y qué proyección de futuro podría tener.

ABSTRACT

Keywords: SURE, Unemployment protection, European Union, COVID-19

The health crisis arising from the COVID-19 pandemic has placed the world in a situation not seen since the so-called “Spanish flu”. Its economic and social consequences are also not minor. The paralysis of the economy is having a noticeable effect on employment. In view of this situation, States have been forced to take extraordinary measures, in particular in the area of protection against unemployment. This will logically result in significant increases in public spending, debt and deficits. The problem we may encounter next is that this situation results in speculative attacks as a result of our economic weakness. Hence the importance of European intervention. Several proposals are currently on the table, such as the so-called “coronabonos”, the Recovery Plan for Europe, the reorientation of the ESM or the one that is the subject of this study, the European instrument of temporary support to mitigate the risks of unemployment in an emergency (SURE). To address this, we will focus on, first of all, framing this instrument within the debate on the articulation of unemployment benefit for the Union. Next, we will study their basic configurator elements, enthrone them into three analysis vectors: their exceptional nature, their temporal nature and their financial purpose. Finally, we will close the study with brief conclusions on the political and legal implication that the implementation of the SURE entails and what future projection it might have.

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “Un derecho del trabajo para la recuperación: competitividad empresarial y cohesión social” (DER2015-64676-C2-2-P).

ÍNDICE

1. EL CONTEXTO: LA CRISIS DE LA COVID-19
2. LAS OPCIONES: PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EUROPA
 - 2.1. La protección por desempleo como política europea
 - 2.2. Opciones para una prestación por desempleo europea
3. EL INSTRUMENTO: ¿QUÉ ES EL SURE?
 - 3.1. Un instrumento excepcional
 - 3.2. Un instrumento temporal
 - 3.3. Un instrumento financiero
4. A MODO DE CONCLUSIONES: ¿QUÉ NOS DEPARARÁ EL FUTURO?

1. EL CONTEXTO: LA CRISIS DE LA COVID-19

La crisis sanitaria deriva de del coronavirus causante de la enfermedad COVID-19 ha colocado al mundo en una tesitura que no se veía desde la pandemia de la mal llamada “gripe española”. A la fecha de cierre del presente trabajo, España supera los 245.000 casos confirmados y los 27.000 fallecidos; la Unión Europea, los 2,4 millones de personas contagiadas y las 165 mil decesos; EEUU acumula ya más muertes que en la I Guerra Mundial; se calcula que en el mundo hay cerca de 8 millones de personas contagiadas y 435 mil fallecidos¹.

Paralelamente hemos iniciado una crisis económica muy profunda, mucho más que la Gran Recesión y la Gran Depresión, estando por ver cuál será su duración. El motivo fundamental reside en las estrictas políticas de contención puestas en marcha para hacer frente a la pandemia y en la incertidumbre derivada de su evolución futura. Según el Banco de España, las proyecciones apuntan a que el PIB real mundial (excluida la zona del euro) experimentará una contracción del 4 % este año; para la UE se espera una caída del PIB real del 8,7 % en 2020, para repuntar un 5,2 % en 2021 y un 3,3 % en 2022²; por lo que hace a España, las previsiones apuntan a una caída de entre el 6,6% y el 13,6%, rebotando al año que viene entre un 5,5% y un 8,5%³. La pregunta que hoy está encima de la mesa es si los gobiernos conseguirán mantener su tejido productivo intacto y serán capaces de propiciar medidas contracíclicas de la suficiente magnitud como para generar un efecto rebote en el corto plazo, todo esto, claro está, siempre que la pandemia o las medidas sanitarias para prevenir o curar la enfermedad lo permitan.

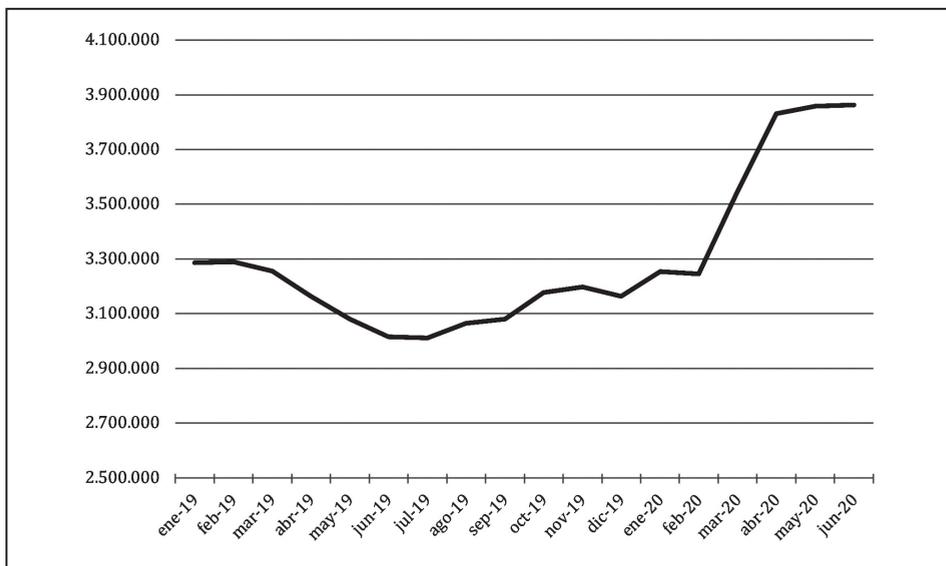
¹ Datos del Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades. EEUU perdió 116 mil soldados en la Gran Guerra, mientras que más de 119 mil estadounidenses han fallecido por COVID.

² Boletín Económico del Banco de España, 4/2020.

³ Boletín Económico del Banco de España, 2/2020.

Y de la mano de la crisis económica siempre nos encontramos con la crisis social⁴. Una y otra aparecen juntas en cada ciclo económico y la coyuntura que atravesamos no iba a ser una excepción. Al contrario, parece que la virulencia del impacto social parece estar siendo muy notable. Tal y como muestra el siguiente gráfico, el incremento del desempleo entre los meses de marzo y abril fue muy abrupto, superando el 15%. Una subida sin precedentes, 1,5 veces más que la mayor de la Gran Recesión de 2008-2013. Sin embargo, conforme las restricciones a la movilidad y a la actividad económica se han ido relajando, los datos han mostrado un cierto alivio. Como puede comprobarse, el incremento en mayo y junio lo fue tan solo de en torno a 31.000 personas, cambiando claramente la tendencia.

Gráfico 1



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

Estamos, por consiguiente, ante una triple crisis⁵, sanitaria, económica y social, frente a la que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no ha permanecido impasible. Al contrario, se ha reconfigurado como un Derecho “en”

⁴Palomeque López, M. C., “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, en *Derecho del trabajo y razón crítica: libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo aniversario como catedrático*, Caja Duero, 2004.

⁵Pérez Del Prado, D., “La protección por desempleo ante la crisis del Coronavirus”, *Derecho de las relaciones laborales*, 4, 2020, pp. 451-512.

la emergencia⁶, referido a numerosas medidas de duración provisional o limitada y adoptadas a través de muy diferentes tipos de instrumentos, algunos de carácter normativo, otros bajo la forma de criterios interpretativos. Se trata esta de una cara nunca antes vista, que adapta las instituciones clásicas de nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a las particulares circunstancias derivadas de la coyuntura que atravesamos.

Esto ocurre también con el sistema de protección por desempleo. Por una parte, a lo largo de este tiempo se han creado un conjunto de prestaciones que, de forma temporal, pretenden amortiguar el impacto de la triple crisis. Tal es el caso de la prestación extraordinaria por desempleo para personas trabajadoras afectadas por ERTES, la prestación extraordinaria por cese de actividad y los subsidios extraordinarios para empleadas del hogar, artistas en empleos públicos o por fin de contrato temporal. También, con el mismo sentido, algunas adaptaciones coyunturales de figuras ordinarias ya existentes, como es el caso de la cobertura de las extinciones en el período de prueba o la compatibilidad de la prestación con determinadas actividades en el sector agrario⁷.

Pero, por otra, estas medidas (y el conjunto del sistema) siguen cumpliendo las mismas finalidades que tradicionalmente lo han caracterizado, esto es, la cobertura de situaciones de necesidad en lo social y la estabilización de la demanda agregada en lo económico. En efecto, como mecanismo de protección social es claro que es la herramienta idónea para impedir o amortiguar que los efectos de la crisis recaigan sobre la mayor parte de la ciudadanía, especialmente en aquellos en situación más vulnerable. Pero, junto a esto, la protección por desempleo es también una herramienta de política económica. Actúa como un estabilizador

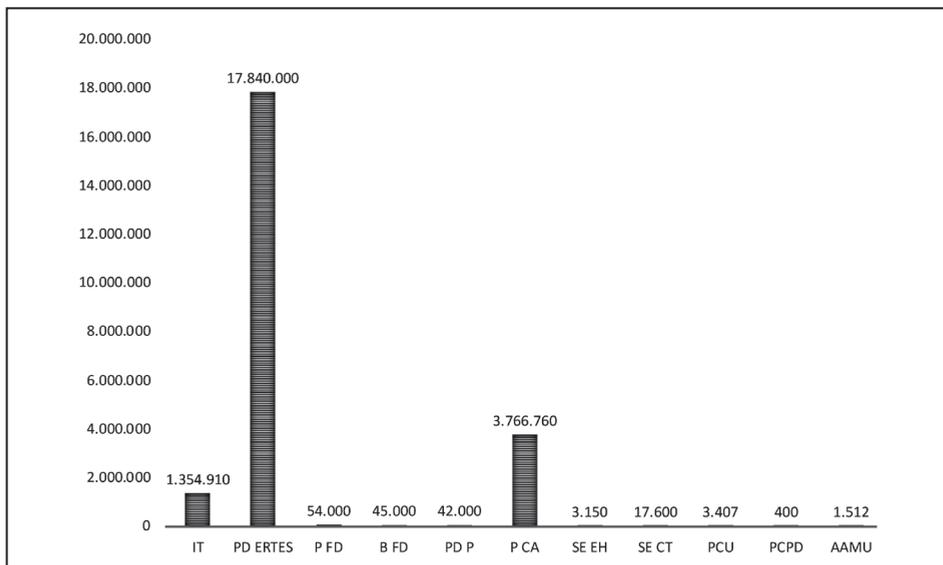
⁶ Casas Baamonde, M. E.; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19”, *Derecho de las relaciones laborales*, vol. 4, 2020, pp. 318-348.

⁷ Para un análisis en detalle, nos remitimos a los trabajos monográficos que hemos dedicado a su estudio. Pérez Del Prado, D., “La protección por desempleo ante la crisis del coronavirus”, en Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (eds.) *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia de Covid-19*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, cap. 10. Pérez del Prado, D., “Crisis del Coronavirus y protección por desempleo”, en Aragón Gómez, C. (ed.) *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social* Francis Lefebvre, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, cap. 11. También han tratado el tema Blasco Pellicer, A.A.; Alegre Nuño, M.; López Balaguer, M.; Ramos Moragues, F.; Talens Visconti, E., *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, cap. 4. Taléns Visconti, E. E., “Análisis de las medidas de Seguridad Social adoptadas por el Gobierno de España en relación con la crisis del COVID-19”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, 445, 2020, Centro de Estudios Financieros, pp. 121-145.

automático, contribuyendo a sostener la demanda agregada en momentos en los que, como en el caso actual, por diversas vicisitudes ésta se hunde. Los estudios realizados muestran que la Seguridad Social permitiría, en el actual contexto de la actual crisis, mitigar la caída del consumo en un 0,4% del PIB⁸.

Lógicamente aplicar todo este tipo de medidas tiene un coste nada despreciable. Es cierto que en un escenario como el descrito no parece que quepan muchas más alternativas, pero ello no significa que esta clara consecuencia no deba tenerse en cuenta. El siguiente gráfico muestra las previsiones del Gobierno en relación a las principales acciones llevadas a cabo en el ámbito del empleo y la protección social. Como puede comprobarse, las tres medidas que concentran la mayor parte del esfuerzo presupuestario son, respectivamente, la prestación

Gráfico 1. Gasto previsto en medidas laborales y sociales a consecuencia de la COVID-19



Fuente: Elaboración propia a partir de la Actualización Programa de Estabilidad 2020. C cantidades en miles. IT: Incapacidad Temporal. PD ERTES: Prestación desempleo ERTES. P FD: Prestación Fijos discontinuos. B FD: Bonificación fijos discontinuos. PD P: Prestación desempleo período prueba. P CA: Prestación cese de actividad. SE EH: Subsidio extraordinario empleadas del hogar. SE CT: Subsidio extraordinario fin de contrato temporal. PCU: Prórroga de los contratos universitarios. PCPD: Prórroga de los contratos predoctorales. AAMU: Modificación de las condiciones de las ayudas otorgadas por el Ministerio de Universidades.

⁸ Boscá, J. E.; Doménech, R.; Ferri, J., *El Impacto Macroeconómico del Coronavirus*, FE-DEA, 2020.

extraordinaria por desempleo en caso de ERTE, la prestación extraordinaria por cese de actividad y la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. Entre las tres concentran el 99% del gasto realizado, si bien la prestación extraordinaria por desempleo en caso de ERTE supone por sí sola el 77% del total⁹.

Nótese que estas previsiones se refieren únicamente a 2020 y no tienen en cuenta escenarios de difícil planificación, como sería un nuevo rebrote que conllevara un confinamiento similar al experimentado durante el estado alarma. Para poder hacernos una idea de su magnitud, la prestación extraordinaria en caso de ERTE tendría un monto ligeramente superior a todo lo presupuestado para este año para todas las prestaciones por desempleo; el gasto en cese de actividad de actividad sería 250 veces superior a la prevista con carácter ordinario¹⁰.

Sea como fuere, el gasto en prestaciones se ha incrementado de forma muy notable y, con ello, el déficit del sistema y del conjunto de las finanzas públicas. El problema no es que hoy gastemos más, sino que mañana suframos ataques especulativos como consecuencia de nuestra debilidad económica. De ahí la importancia de la intervención europea. Varias son las propuestas que hay en estos momentos encima de la mesa, como los llamados “coronabonos”, el Plan de recuperación para Europa, la reorientación del MEDE o el que es objeto del presente estudio, el instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE¹¹).

Para abordarlo, centraremos las páginas que siguen en, para empezar, enmarcar el mencionado instrumento dentro del debate en torno a la articulación de una prestación por desempleo para la Unión. A continuación, analizaremos sus elementos configuradores básicos, entroncándolos en de tres vectores de análisis: su naturaleza excepcional, su carácter temporal y su finalidad financiera. Por último, cerraremos el estudio con unas breves conclusiones sobre la implicación política y jurídica que la puesta en marcha del SURE supone y qué proyección de futuro podría tener.

⁹ El cese de actividad representa el 16% y la incapacidad temporal casi un 6%.

¹⁰ De acuerdo con el Presupuesto inicial de ingresos y gastos del SEPE para 2020, la previsión de gasto en prestaciones era de 17.410 millones, mientras que en el cese de actividad ascendía a 15 millones. Fuente: SEPE.

¹¹ De sus siglas en inglés, *instrument for temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*.

2. LAS OPCIONES: PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EUROPA

2.1. La protección por desempleo como política europea.

El debate en torno a la creación de un subsidio o prestación por desempleo europea no es nuevo. De hecho, suele reavivarse con cada crisis económica. Así ocurrió a principios de los 70, a finales de los 80 y con la Gran recesión 2008-2013¹². La gran diferencia es que en esta última ocasión parece querer darse pasos decididos en la dirección de su creación. El SURE sería uno de ellos, tal y como tendremos ocasión de argumentar, siempre que no se convierta en un paso en falso.

Por ahora, interesa destacar que la toma en consideración de la propuesta, en el contexto más cercano, arranca en plena crisis económica. En efecto, en 2012, el Informe del entonces presidente del Consejo, Herman Van Rompuy, abogó por una mayor integración fiscal¹³. En la misma línea, aún sin mencionar expresamente el desempleo, se situó el Parlamento Europeo¹⁴. En 2015, el conocido como “Informe de los cinco presidentes”, apostó abiertamente por la creación de un estabilizador automático, aunque sin concretar cuál¹⁵. Lo mismo hizo el Parlamento Europeo poco tiempo después¹⁶, aunque sus informes ya apuntaban claramente, entre otros mecanismos, hacia una prestación por desempleo europea¹⁷. Ese mismo año, la Comisión también da un paso más, señalando que la prestación por desempleo europea, en su versión fondo de reaseguro, podría dotar de un mayor “espacio de respiración” a las finanzas públicas nacionales¹⁸ y la situó

¹² Beblavý, M.; Marconi, G.; Maselli, I., *A European unemployment benefit scheme: the rationale and the challenges ahead*, European Commission-CEPS, Publications Office, Luxembourg, 2016, p. 5.

¹³ Van Rompuy, H., *Towards a Genuine Economic and Monetary Union. Report by President of the European Council Herman Van Rompuy*, European Council, Brussels, 2012.

¹⁴ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el informe de los Presidentes del Consejo Europeo, la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Eurogrupo titulado «Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria» (2012/2151(INI))*, Parlamento Europeo, Estrasburgo, 2012.

¹⁵ Juncker, J. C., *Realizar la Unión Económica y Monetaria europea*, Comisión Europea, Bruselas, 2015, p. 16.

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, sobre la capacidad presupuestaria de la zona del euro (2015/2344(INI))*, Parlamento Europeo, Estrasburgo, 2017.

¹⁷ Beblavý, M.; Lenaerts, K., *Feasibility and Added Value of a European Unemployment Benefit Scheme. Main findings from a comprehensive research project*, European Commission (DG EMPL), Brussels, 2017. BÖGE, R.; BÈRES, P., *Informe sobre la capacidad presupuestaria de la zona del euro (2015/2344(INI))*, Parlamento Europeo, Estrasburgo, 2017.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Reflection Paper on the Deeping of the Economic and Monetary*

claramente entre sus prioridades¹⁹. La llegada de la nueva Comisión, dirigida por Von der Layen, ha reimpulsado el proyecto, siendo uno de sus compromisos presentar una propuesta para la creación de un fondo de reaseguro europeo²⁰. En la creación del SURE, la Comisión ha puesto todo su empeño, materializándolo legislativamente en tiempo record²¹. Está por ver si con ello se culmina esta evolución, o si se trata de un paso más. Sobre esto volveremos más adelante.

Para lo que ahora interesa, basta con subrayar la directa conexión existente entre la propuesta de prestación por desempleo europea y la coyuntura económica, siendo el punto de inflexión definitivo, en lo que hace a su materialización práctica, las deficiencias detectadas en el proceso de construcción de la Unión Económica y Monetaria (UEM) en la, hasta ahora, última crisis económica.

El motivo fundamental es la necesidad de dotar a la UEM de “estabilizadores automáticos”²². Éste es un instrumento de la política macroeconómica que se caracteriza por ajustar los ingresos y gastos del Estado al ciclo sin necesidad de intervención gubernamental²³. En el lado de los ingresos, los impuestos sobre la

Union, European Commission, Brussels, 2017, p. 26, fecha de consulta en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-emu_en.pdf.

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión “Nuevos Instrumentos Presupuestarios para una Zona Euro estable dentro del Marco de la Unión. COM(2017)822 final*, Comisión Europea, Bruselas, 2017.

²⁰ Audiencia al entonces candidato a Vicepresidente de empleo y asuntos sociales, Valdis Dombrovskis. El contenido completo puede consultarse aquí: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20190926IPR62261/hearing-of-executive-vice-president-designate-valdis-dombrovskis>

²¹ Rojo Torrecilla, E., “Apuntes sobre sobre el impacto del Covid-19 en las relaciones de trabajo y la importancia de las normas laborales y de protección social.”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2020, fecha de consulta 10 junio 2020, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/05/apuntes-sobre-sobre-el-impacto-del.html>.

²² De hecho, podría decirse que existe un cierto consenso entre economistas acerca de los efectos beneficiosos que los estabilizadores automáticos pueden tener para la eurozona, desde M. Emerson, *One Market, One Money: An Evaluation of the Potential Benefits and Costs of Forming an Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, 1992; D. MACDOUGHAL, *Report of the Study Group on the role of public finance in European integration.*, EUR-OP, 1977; R. Marjolin y Otros, *Report of the Study Group «Economic and Monetary Union 1980»*, European Commission, Brussels, 1975; T. Padoa-Schioppa; C. of the E. Communities, *Efficiency, stability, and equity: a strategy for the evolution of the economic system of the European community : a report*, Oxford University Press, 1987 a, más recientemente, C. Alcidi; A. Giovannini; S. Piedrafitra, *Enhancing the Legitimacy of EMU Governance*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2014; P. De Grauwe; J. Yuemei, *Flexibility versus Stability: A difficult trade-off in the eurozone | Centre for European Policy Studies*, CEPS, Brussels, 2016 entre otros.

²³ Krugman, P. R.; Wells, R., *Macroeconomía: introducción a la Economía*, Reverte, 2007, pp. 302-308.

renta o sobre el consumo son estabilizadores automáticos, pues se reducen automáticamente en recesión y se incrementan de igual modo durante la bonanza. En el lado del gasto, el ejemplo paradigmático es el desempleo, pues actúa en sentido contrario: el gasto se incrementa durante la depresión, ayudando a mantener la demanda interna, mientras que se reduce durante la bonanza. Este tipo de estabilizadores, por consiguiente, contribuyen a atemperar los efectos del ciclo y, de ahí, su utilidad en cualquier Estado u organización, cualquiera que sea el grado de integración económica, fiscal o monetaria.

De ahí que se piense que puede resultar una pieza esencial dado el grado de integración económica que ha alcanzado la Unión. En concreto, a los estabilizadores automáticos se les suele atribuir tres tipos de efectos beneficiosos²⁴.

En primer lugar, permiten limitar los efectos colaterales derivados de cualquier tipo de integración económica, ya que, al mitigar el impacto económico de las crisis en las regiones más débiles, puede producir resultados positivos en el resto, pues evita el rápido contagio propio de las economías integradas. Desde esta perspectiva, los estabilizadores automáticos serían una respuesta común ante shocks asimétricos²⁵, bajo la máxima de que los riesgos son compartidos²⁶.

En segundo lugar, este tipo de herramientas también contribuye a corregir los desequilibrios en la balanza por cuenta corriente. En efecto, en el caso particular del euro, al haberse perdido el control de la política monetaria, la única vía de ajuste es un proceso deflacionario, cuyo impacto social es notable y doloroso. Los estabilizadores automáticos pueden contrarrestar este problema mediante la

²⁴ Beblavý, M. y otros, *A European unemployment benefit scheme*, cit., pp. 5-7. Sobre los estabilizadores automáticos y, en particular, sobre el desempleo véase también ANDOR, L.; Dullien, S.; Jara, H. X.; Sutherland, H.; Gros, D., “Designing a European unemployment insurance scheme”, *Intereconomics*, vol. 49, 4, 2014, pp. 184-203.

²⁵ Se entiende por tales el diferente impacto producido por una perturbación económica en economías próximas. En el marco de una unión monetaria, los países pierden su capacidad para emplear el tipo de cambio como herramienta de lucha contra la crisis. Para poder hacerle frente más eficazmente y evitar el efecto contagio entre los miembros de esa unión, la introducción de otros mecanismos compensatorios, como los estabilizadores automáticos, deviene un elemento crucial. Werning, I.; Farhi, E., *Fiscal Unions*, National Bureau of Economic Research, 2012.

²⁶ Además, permitirían solventar el problema que tiene que ver con el hecho de que en las economías integradas los estímulos fiscales pierden eficacia: cuanto más integrada está la economía, menos efectiva es esta política económica a nivel regional o nacional porque una gran parte del estímulo se pierde con las transacciones comerciales. La acción de un estabilizador a nivel suprarregional o supraestatal permite solventar este problema.

adopción de una política expansionista en los países con superávit y/o amortiguando el ajuste en los que tengan déficit.

Por último, también corrigen fallos de mercado y, en el caso particular de las crisis económicas, compensan el efecto negativo sobre el consumo interno como consecuencia del incremento del desempleo y la bajada de los salarios. En definitiva, los estabilizadores juegan un doble papel en las economías modernas como estabilizadores del ciclo económico propiamente dichos pero también como redistribuidores de renta.

De los múltiples tipos de estabilizadores que se han puesto encima de la mesa para el caso concreto de la UE (eurobonos, fondos de compensación, préstamos, ayudas directas, etc.), el desempleo es el que parece haber despertado un mayor interés y el que parece que plantea mayores ventajas²⁷. En concreto, representa un tipo de gasto que anticíclico; proporciona un soporte de ingresos rápidamente, tan pronto como la crisis se hace notar; dan apoyo a aquellos que más la sufren; implica un tipo de gasto con un alto efecto multiplicador (que, para EEUU, se ha calculado entre un 0,7 y 3,07 dólares por dólar invertido²⁸) y funciona automáticamente, sin ningún tipo de intervención política o administrativa.

Sin embargo, el establecimiento de algún tipo de mecanismo de protección frente al desempleo a escala europea también presenta importantes problemas o desventajas que conviene no obviar.

En primer lugar, está la cuestión relativa al coste de la medida y quién ha de soportarlo. En relación a lo primero, en función de la alternativa elegida y su configuración final, el gasto se situaría entre un 0,3% y un 0,85% del PIB de la UE²⁹. Por lo que hace a lo segundo, los fondos podrían provenir de los sujetos directamente implicados, ya sea a través de un impuesto especial sobre la nómina, en cuyo caso lo pagarían tanto empleadores como trabajadores; ya sea a través de un impuesto a las empresas, en cuyo caso lo soportarían sólo éstas (como ocurre, por cierto, en EEUU³⁰). También se ha planteado la posibilidad de que

²⁷ Así lo ha entendido al menos el Comité Económico y Social Europeo al hilo del examen de otro estabilizador puesto en marcha, la Función Europea de Estabilización de Inversiones (FEEI). COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento de una Función Europea de Estabilización de las Inversiones»* [COM(2018) 387 final, CESE, Bruselas, 2019.

²⁸ Beblavý, M. y otros, *A European unemployment benefit scheme*, cit., p. 11.

²⁹ *Ibid.*, p. 18.

³⁰ Katz, L.; Goldin, C.; Baicker, K., “A Distinctive System: Origins and Impact of U.S. Unemployment Compensation”, en Bordo, M., Goldin, C., White, E. (eds.) *The Defining Moment: The Great Depression and the American Economy in the 20th Century*, NBER and University of Chicago Press, 1998.

sean los propios Estados miembros quienes aporten la financiación, fijado como un porcentaje de su PIB, en cuyo caso se dejaría a su criterio cuál sería la vía para obtener los fondos necesarios. Por último, alternativamente se ha propuesto su financiación a través de deuda, que conllevaría la creación de bonos europeos. En este caso se combinarían dos estabilizadores automáticos de naturaleza diferente, uno por la vía de los ingresos y otro por el del gasto.

En segundo lugar, otro de los problemas que suele plantearse es el relativo al riesgo moral³¹, por otra parte, cuestión consustancial a cualquier forma de protección frente al desempleo. El concepto de riesgo moral se relaciona frecuentemente con el ámbito de los seguros³² para referirse a la relación que se establece entre el asegurador y el asegurado (principal y agente respectivamente) y que, en virtud de un contrato de seguro, puede llevar a este último a incurrir en riesgos excesivos o, al menos, en riesgos mayores a los que se producirían en caso de que no tuviera la cobertura de un seguro³³. Nótese que en este caso no nos vamos a referir tanto a los incentivos o desincentivos de los desempleados, que es lo habitual, como de los propios Estados al recibir la cobertura de la prestación europea.

Por último, también suele subrayarse su complejidad técnica en lo que hace a su articulación jurídica³⁴, lo que dificulta el acceso a un acuerdo o compromiso

³¹ López Escudero, M., “La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica unión económica en formación?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 19, 50, 2015, p. 408.

³² Rothschild, M.; Stiglitz, J. E., “Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 90, 4, 1976, pp. 629-649. Algunos otros autores sitúan el origen de la noción en el siglo XVII, si bien el concepto como tal empieza a utilizarse y difundirse a finales del siglo XIX y principios del XX. El ámbito propio de desarrollo es el señalado, el de los seguros y, en particular, contra incendios y accidentes, si bien posteriormente se ha extendido a otros muchos ámbitos. A este respecto, *vid.* Dembe, A. E.; Boden, L. I., “Moral hazard: a question of morality?”, *New solutions: a journal of environmental and occupational health policy: NS*, vol. 10, 3, 2000, pp. 258-259. Véase también este trabajo para una aproximación al concepto y su evolución en el pensamiento económico, así como en lo relativo a su aplicación a al ámbito laboral y sus connotaciones éticas.

³³ En este sentido también se ha definido el riesgo moral como un problema de desincentivos causados por la existencia de información asimétrica STIGLITZ, J. E., “The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 115, 4, 2000, p. 1453. , N.A., *The economics of the welfare state*, 5th ed, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2012, pp. 90-94.

³⁴ Por ejemplo, uno de los aspectos clave es si la aplicación de la protección por desempleo europea requeriría la reforma de los Tratados. A este respecto, tras un período inicial en el que los estudios concluyeron que la aplicación de la propuesta exigía la enmienda de los tratados (EUROPEAN COMMISSION, *A Blueprint for a deep and genuine Economic and Monetary Union: Launching a European debate*, European Commission, Brussels, 2012. FUCHS, M., *Assessing the impact of an EMU UBS on diverse national benefits systems: (To what extent) Do we need common eligibility rules?*, Bertelsmann-Stiftung, Brussels, 2013. REPASI, R., *Legal Options for an Additional EMU*

político³⁵. Debe tenerse en cuenta que la Unión Europea es una democracia compleja³⁶ en la que confluyen no solamente los tradicionales intereses políticos y económicos, sino también los propios de cada Estado. En este marco, en el que resulta ya de por sí difícil alcanzar soluciones de compromiso, la complejidad de la articulación jurídica de una determinada propuesta puede ser un arma de doble filo, pues a la vez que en muchas ocasiones facilita el acuerdo, dando cabida a los diferentes intereses enfrentados, en otras puede constituirse como una barrera *ex ante*.

Sea como fuere, teniendo en cuenta las debilidades de la UEM, y cómo la protección por desempleo europea podría contribuir a compensarlas, y las distintas ventajas e inconvenientes, se han venido formulando diversas propuestas para su aplicación, lo que ha dado lugar, en el plano teórico, a diversas variantes o formulaciones.

2.2. Opciones para una prestación por desempleo europea

La propuesta de prestación por desempleo europea se ha configurado en torno a dos grandes modalidades³⁷. La primera de ellas se ha venido a denominar “prestación genuina” o clásica (*genuine european unemployment benefit scheme*) y consistiría en el establecimiento de una prestación por desempleo al estilo de las nacionales pero a nivel europeo, en el que un sistema de protección frente al desempleo de la Unión cubriría directamente a los trabajadores desempleados

Fiscal Capacity, European Parliament, Brussels, 2013.); hoy en día la mayoría de los trabajos parecen apostar por la tesis contraria, esto es, es posible materializar la mayor parte de las modalidades de prestación por desempleo europeo sugeridas sobre la base de la actual legislación primaria y secundaria sin necesidad de cambiar los Tratados. Sin embargo, esto no solamente depende de su configuración última, sino del tipo (Coucheir, M.; Strban, G.; Hauben, H., *Horizontal Report on Legal and Operational Feasibility of the EUBS at National Level*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Luxemburgo, 2017. Este trabajo también incluye un completo análisis de la relación con los sistemas nacionales. La parte dedicada a España corresponde a Carrascosa Bermejo, D.).

³⁵Alguna propuesta ha integrado este problema, planteando fórmulas para sortearlo. Dullien, S.; Pérez del Prado, D., *How to stabilize the euro area economy without creating political discord: a compromise proposal for a European Unemployment Insurance Scheme*, FES, Madrid, 2018.

³⁶Innerarity, D., *La democracia en Europa: una filosofía política de la Unión Europea*, 2017.

³⁷Una breve síntesis puede encontrarse en Carrascosa Bermejo, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Actum Social*, vol. 119, 2017, p. 32. También en las siguientes páginas de García de Cortázar y Nebreda, C., “Desplazamientos al extranjero y trabajos realizados en la Unión Europea. Las nuevas iniciativas europeas de protección a los desempleados”, en Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (ed.) *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 290-300.

de forma inmediata, mediante financiación común y, por tanto, asumiendo como función pública europea la cobertura de la contingencia por desempleo de los ciudadanos europeos desempleados. Dentro de esta opción, caben diferentes diseños que exigen diversos grados de armonización. Desde la concesión directa a los trabajadores desempleados con un mayor o menor papel de las entidades gestoras nacionales³⁸, a su configuración como una prestación complementaria y, en su caso, opcional a la nacional.

En particular, se ha sugerido que todas estas modalidades podrían clasificarse en torno a dos grandes categorías³⁹. Por una parte, la prestación genuina básica (*basic genuine scheme*), que se satisfaría a través de una contribución común europea (como cotización y/o vía impuestos -o, incluso, vía deuda-) y ante la que los Estados miembros serían libres de adicionar prestaciones nacionales financiadas por sus propios recursos. Nótese que en este caso todos los desempleados europeos que cumplieran los requisitos podrían acceder a la prestación de la Unión, quedando en manos de cada Estado el complementarla o no con la prestación nacional. Dependiendo de cuál sea esta última decisión, serían necesarios mecanismos de articulación de ambos niveles de protección o la prestación nacional sería sustituida por la europea.

Por otra, una prestación adicional o suplementaria europea (*top-up genuine scheme*), que actuaría únicamente cuando las prestaciones nacionales no garantizaran la cobertura hasta un determinado umbral, de tal suerte que la Unión las complementaría en lo que faltara. En este sentido, la protección por desempleo europea funcionaría como una prestación de garantía de mínimos, que intervendría solamente en aquellos supuestos en los que con la prestación nacional no se alcanzaran determinados límites que se consideraran imprescindibles. En este caso, la prestación europea no tendría que aplicarse en todos los Estados miembros, sino únicamente en aquellos en los que la protección o cobertura fuera menor. Por el mismo motivo, no en todos los casos se tendría que prever instrumentos de articulación entre ambos niveles de protección.

³⁸ Para un análisis de las diversas opciones que, dentro de cada tipo, se han planteado, véase Beblavý, M.; Lenaerts, K., *Feasibility and Added Value of a European Unemployment Benefit Scheme. Main findings from a comprehensive research project*, cit.

³⁹ Coucheir, M. Y OTROS, *Horizontal Report on Legal and Operational Feasibility of the EUBS at National Level*, cit., p. 9.

Tabla 1. Tipos de prestación genuina

	Función	Relación entre niveles	Tipo de cobertura de los desempleados
Prest. Genuina Básica	Cobertura básica	Sustitución o suplementación (del nacional respecto del europeo)	Inmediata o directa
Prest. Genuina Suplementaria	Garantía de mínimos	Suplementación (del europeo respecto del nacional)	Mediata o indirecta

Fuente: elaboración propia a partir de (Coucher y otros, 2017).

La segunda alternativa es la “prestación equivalente” (*equivalent European unemployment benefit scheme*) en la que la cobertura de la contingencia derivada del desempleo se produce de forma mediata, pues el sistema europeo contribuiría a financiar, hasta ciertos límites y cumpliendo determinados criterios, el sistema nacional de protección por desempleo. A diferencia del caso anterior, aquí no convivirían dos sistemas, el nacional y el europeo, cuya coexistencia sería necesario vertebrar, sino únicamente el nacional que sería complementado financieramente por fondos europeos. Así las cosas, esta modalidad se basa en la existencia de transferencias financieras entre un fondo supranacional y los Estados miembros, esto es, la protección por desempleo europea se circunscribe a ser un fondo de compensación o financiación de los sistemas nacionales.

Desde estas perspectiva, se han distinguido hasta cuatro modalidades diferentes de prestación equivalente, construidas sobre la base de la articulación de cuatro parámetros básicos⁴⁰: el detonante o activador, la *experience rating* o modulación de las aportaciones en función de la situación previa o los resultados, el reembolso o devolución de los fondos transferidos y la posibilidad de emitir deuda para su financiación.

La primera de ellas es la llamada “prestación catastrófica”⁴¹, o “fondo para día de tormenta” (*stormy day fund*), que se caracteriza por que el elemento detonante es un incremento importante y súbito del desempleo, lo que daría pie a realizar transferencias para su cobertura, que deberían ser devueltas total o parcialmente, aunque podrían ser en parte financiadas mediante la emisión de

⁴⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁴¹ Del Monte, M.; Zandstra, T.; European Parliament; Dg For Parliamentary Research Services, *The cost of non-Europe: common unemployment insurance scheme for the euro area : study*, European Parliament, Brussels, 2014, p. 10.

Tabla 2. Parámetros de configuración de la prestación equivalente

Modalidades de prestación equivalente	Parámetros de configuración de la prestación equivalente			
	Detonante	<i>Experience rating</i>	Reembolso	Posibilidad de financiación mediante deuda
Fondo catastrófico o de tormenta	Incremento súbito e importante del desempleo	No	Sí	Sí
Fondo ordinario o de día de lluvia	Incremento normal del desempleo	Sí	Sí	Sí
Reaseguro	Incremento súbito e importante del desempleo	Sí	No	No

Fuente: traducido y adaptado de (Coucher y otros, 2017).

deuda europea. En este caso, ni las aportaciones de los Estados, ni las cantidades a recibir dependerían del nivel previo de desempleo, la intensidad de su incremento u otros parámetros similares.

La segunda sería el fondo ordinario o “fondo para día de lluvia” (*rainy day fund*), que se subdividiría en dos, según se admita o no que se financie total o parcialmente mediante la emisión de deuda conjunta. Aquí basta un pequeño incremento del desempleo para que el fondo pueda activarse, por lo que no haría frente a situaciones excepcionales como el anterior, sino ordinarias en la propia evolución del mercado de trabajo. En ambas submodalidades se exigiría de nuevo el reembolso de las cantidades recibidas y para la fijación de las aportaciones se tendría en cuenta la experiencia previa del Estado en materia de desempleo.

Por último, nos encontramos con el reaseguro, pensado, como el primero, para incrementos notables y coyunturales del desempleo, pero sin que las cantidades tengan que ser devueltas. Por consiguiente, aquí lo que existe es una mutualización del riesgo del desempleo y de ahí que se diga que en esta modalidad las aportaciones deberían depender del comportamiento y resultados

previos del Estado de que se trate⁴². Aunque en los análisis a que hemos hecho mención se excluye la posibilidad de que se financie mediante deuda conjunta, podría admitirse perfectamente esta posibilidad sin desnaturalizar la modalidad, por cuanto que este mecanismo es también una fórmula de mutualización del riesgo. En definitiva, se trata este de un auténtico mecanismo reaseguratorio en el que, al no producirse devolución importe transmitido, el riesgo es compartido⁴³.

A la luz de lo dicho hasta aquí, se deduce que el SURE es una modalidad de prestación equivalente, aunque no es un reaseguro típico, tal y como suele denominársele, por cuanto no existe una mutualización directa del riesgo del desempleo. Tendremos ocasión de referirnos a esto con detalle más adelante. Antes, es necesario que conozcamos con precisión cuáles son sus características básicas.

3. EL INSTRUMENTO: ¿QUÉ ES EL SURE?

A la luz de las diferentes opciones analizadas en el apartado anterior, la siguiente pregunta que debemos hacernos es qué es verdaderamente el SURE. A este respecto, suele utilizarse en el lenguaje político el término “reaseguro” por desempleo. ¿Nos encontramos verdaderamente ante esta opción?

La respuesta, lógicamente, nos la ofrece el Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19 (en adelante, Reglamento (UE) 2020/672)⁴⁴. Del análisis de la regulación, puede deducirse que el SURE descansa sobre tres vectores básicos. Así, nos encontramos ante un instrumento excepcional, temporal y financiero.

3.1. Un instrumento excepcional

En primer lugar, su excepcionalidad reside en el hecho de que nace vinculado al impacto social derivado de la crisis sanitaria causada por la enfermedad COVID-19. Como señala el considerando quinto, «esta situación excepcional,

⁴² Aunque en los sistemas nacionales de protección por desempleo, esto, la introducción de un *experience rating*, raramente ocurre. Quizá el caso más significativo (y quizá el único) sea el del sistema de protección por desempleo norteamericano. Wang, C.; Williamson, S. D., “Moral hazard, optimal unemployment insurance, and experience rating”, *Journal of Monetary Economics*, vol. 49, 7, 2002, p. 1337.

⁴³ Del reaseguro se ha dicho que, con él, «lo que el asegurador busca en este contrato es la cobertura, ya sea total o parcial, del riesgo que para su patrimonio crea un seguro anterior». Por consiguiente, sin la asunción de ese nuevo riesgo, no puede existir reaseguro. Hill Prados, M. C., *El reaseguro*, JMBosch Editor, 2006.

⁴⁴ DOUE 20-5-2020, L 159/1.

que escapa al control de los Estados miembros y que ha inmovilizado a una parte sustancial de su población activa, ha causado un aumento repentino y grave del gasto público de los Estados miembros en regímenes de reducción del tiempo de trabajo en favor de los trabajadores por cuenta ajena y medidas similares en favor, en particular, de los trabajadores por cuenta propia, así como gastos en medidas relacionadas con la salud, en particular, en el lugar de trabajo [...]. Es necesario facilitar los esfuerzos de los Estados miembros por hacer frente al aumento repentino y grave del gasto público hasta que el brote de COVID-19 y su impacto sobre su población activa estén bajo control». Por consiguiente, el SURE es consecuencia directa de la crisis y se crea «para combatir el impacto del brote de COVID-19 y responder a sus consecuencias socioeconómicas» (art. 1).

Al nacer vinculado a la coyuntura sanitaria, económica y social, se desoyen las voces que vienen pidiendo la creación de estabilizadores automáticos como herramienta indispensable para el desarrollo de una política fiscal común que complemente el proceso de integración monetaria y bancaria⁴⁵. Aunque esto no desmerezca el importante papel que está llamado a cumplir en la crisis del coronavirus, lo cierto es que esta cuestión sigue sin atenderse. No puede perderse de vista que este puede ser un paso importante en el proceso de desarrollo de un reaseguro por desempleo para la Unión Europea pero, como veremos, no se ha alcanzado ni mucho menos el objetivo final, entre otros motivos, y por lo que ahora respecta, porque se trata de un instrumento excepcional o coyuntural. Dicho de otra forma, el cumplimiento de los compromisos de la Comisión Europea⁴⁶ a este respecto exigirá de acciones decididas y estables en un futuro próximo, para lo que los resultados alcanzados por el SURE pueden resultar de indudable utilidad.

3.2. Un instrumento temporal

En segundo lugar, y lógica consecuencia de lo anterior, este instrumento reviste también naturaleza temporal. Esto se observa en varios elementos. Para empezar, por la base competencial que sirve a su creación. En concreto, se hace mención a los dos apartados del art. 122 TFUE, si bien el más adecuado es sin

⁴⁵ Entre otras, siendo probablemente la más autorizada, la del Parlamento Europeo. EUROPEAN COMMISSION, *A Blueprint for a deep and genuine Economic and Monetary Union: Launching a European debate*, cit.

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Communication «New budgetary instruments for a stable euro area within the Union framework»*, COM(2017) 822, European Commission, Brussels, 2017, fecha de consulta 10 enero 2018, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52017DC0822;10-06-2017>, cit.; *Proposal for a Regulation on the establishment of a European Investment Stabilisation Function*. COM(2018) 387, European Commission, Brussels, 2018, fecha de consulta 2 junio 2018, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A387%3AFIN>.

lugar a dudas el segundo. En efecto, mientras que el primero habilita al Consejo para, a propuesta de la Comisión, adoptar «medidas adecuadas a la situación económica, en particular si surgieren dificultades graves en el suministro de determinados productos»; el segundo se refiere a facilitar en concreto «ayuda financiera».

Así, de acuerdo con su tenor literal, «en caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión. El Presidente del Consejo informará al Parlamento Europeo acerca de la decisión tomada⁴⁷». Por consiguiente, el empleo de esta base competencial exige cumplir dos requisitos básicos. De una parte, el Estado en cuestión ha de encontrarse en dificultades o en riesgo de encontrarse en dificultades graves. De otra, las circunstancias que hayan llevado al Estado a tal situación han de estar fuera del control de éste.

A pesar de que el precepto parece estar pensando más en catástrofes naturales o de otro tipo de carácter excepcional y difícilmente predecibles, lo cierto es que ha servido para sustentar medidas en el plano económico⁴⁸. Sea como fuere, lo cierto es que la crisis social causada por la sanitaria del coronavirus encaja perfectamente con estos requerimientos, pues está generando dificultades financieras, en mayor o menor medida, a todos los Estados miembros por circunstancias completamente ajenas a su control. Nótese que, al vincularse la ayuda financiera a estos dos elementos, la habilitación del Tratado permanecerá activa mientras estos perduren.

De ahí que el art. 3 Reglamento (UE) 2020/672 disponga que la asistencia financiera que implica el SURE se podrá emplear «cuando su gasto público real, y en su caso también el previsto, haya aumentado de forma repentina y grave desde el 1 de febrero de 2020 debido a las medidas nacionales directamente relacionadas con regímenes de reducción del tiempo de trabajo y medidas similares que tengan por fin hacer frente a las repercusiones económicas y sociales del acontecimiento

⁴⁷ Mención al Parlamento Europeo que ni siquiera se recoge en el Reglamento (UE) 2020/672, que se limita a establecer la obligación de que la Comisión le dé cuenta, entre otros sujetos, de los informes de evaluación que deberá emitir cada seis meses. El escaso papel otorgado al Parlamento Europeo ha sido algo criticado por algunos estudios de parte. PACHECO DIAS, C. S.; ZOPPÉ, A., *The SURE: Main Features*, European Parliament, Brussels, 2020, p. 7, fecha de consulta 28 mayo 2020, en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/645721/IPOL_IDA\(2020\)645721_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/645721/IPOL_IDA(2020)645721_EN.pdf).

⁴⁸ En concreto, el Reglamento 407/2010, de 11 de mayo de 2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (DOUE L2-05-2010, L118/1).

excepcional causado por el brote de COVID-19». Dadas estas circunstancias, los recursos prestados podrán utilizarse para financiar tales programas o, si se prefiere, compensar tales gastos. Por consiguiente establece una doble vinculación. Por una parte, en cuanto al acceso, ya que la emergencia del coronavirus ha de haber causado un incremento repentino del gasto en programas de reducción del tiempo de trabajo y de asistencia sanitaria. Por otra, en cuanto al destino de los fondos, pues únicamente podrán utilizarse para cubrir estas partidas. En uno y otro caso, tales exigencias determinan también la temporalidad del Instrumento, pues no podría extenderse a otras circunstancias distintas de las mencionadas, debiendo extinguirse tan pronto estas desaparezcan.

Nótese que, en relación a este último aspecto, el objeto está formulado de una forma lo suficientemente flexible como para permitir la financiación, no solamente de la prestación extraordinaria por desempleo ligada a los ERTes aprobados o negociados al amparo del arts. 22 y 23 RDL 8/2020 (art. 25 RDL 8/2020), como suele decirse, sino también a la exoneración de cuotas (art. 24 RDL 8/2020) y prestación extraordinaria de cese de actividad (art. 17 RDL 8/2020), como medida análoga para los trabajadores por cuenta propia. Puesto que el art. 1 Reglamento (UE) 2020/672 habla no solamente de «regímenes de reducción del tiempo de trabajo», sino de «medidas similares destinadas a proteger a los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena», entendemos que también serían financiables el subsidio extraordinario para empleadas del hogar (arts. 30, 31 y 32 RDL 11/2020), subsidio excepcional por fin de contrato temporal (art. 33 RDL 11/2020), subsidio extraordinario para artistas de espectáculos públicos (art. 2 RDL 17/2020) e, incluso, la cobertura de las extinciones durante el período de prueba (art. 22/RDL 15/2020). Por último, también podría estar cubierta la prestación por incapacidad temporal a que se refiere el art. 5 del RDL 6/2020 y el art. 11 RDL 7/2020, ya que pueden encuadrarse perfectamente en las medidas «relacionadas con la salud»⁴⁹.

Existen varios argumentos para justificar la cobertura de todas estas medidas. En primer lugar, los “regímenes de reducción del tiempo de trabajo” en España equivalen a los ERTES, que cubren tanto reducciones de jornada como suspensiones del contrato. No tendría sentido que, amparando este último caso, no se cubrieran situaciones de facto idénticas por no encontrarse bajo esta institución. En segundo lugar, todas estas medidas tienen la ventaja de ser también temporales y vinculadas a la crisis de la COVID-19, con lo que quedaría acreditada no solamente su limitación temporal sino su causalidad clara. Por último, el tenor literal del precepto es lo suficientemente flexible, máxime si se tiene en

⁴⁹ También podrían ser financiables gastos relativos a asistencia sanitaria.

cuenta que cumple también la exigencia teleológica establecida en él: reducir la incidencia del desempleo y la pérdida de ingresos.

Otra cosa bien distinta es que los fondos que en un principio podría destinarse a España den para cubrir todas estas prestaciones⁵⁰. Por el tamaño de su renta nacional bruta, le correspondería un mínimo de 9.000 millones y un máximo que dependerá del conjunto de solicitudes que se reciban, pues las tres mayores peticiones no podrán superar el 60% del importe máximo (art. 9.1 Reglamento (UE) 2020/672). Si las tres mayores solicitudes se dividieran a partes iguales, estaríamos hablando de unos 20.000 millones de euros. De acuerdo con las previsiones del Gobierno, los ERTES, cuya financiación tiene carácter prioritario de acuerdo con el Reglamento, supondrán un coste para este año 17.840 millones de euros⁵¹, lo que parece dejar poco margen para otras medidas, aunque muchas de ellas podrían incluirse, tal y como muestra la siguiente tabla.

Por si todo esto fuera poco, el art. 12.3 Reglamento (UE) 2020/672 establece que el período de disponibilidad finalice el 31 de diciembre de 2022⁵². Sin embargo, este es un horizonte que funciona a modo de simple previsión, pues una vez que el SURE esté disponible para su uso, la Comisión deberá elaborar un informe cada seis meses sobre el uso de la asistencia financiera, incluidos los importes pendientes y el calendario de reembolso, y sobre la persistencia de los acontecimientos excepcionales que justifican su aplicación, esto es, la grave perturbación económica causada por el brote de COVID-19 (arts. 12.4 y 14 Reglamento (UE) 2020/672). Por tanto, en función de la evolución de las circunstancias económicas derivadas de la crisis sanitaria el período de vigencia del SURE podrá ser mayor o menor, pudiendo acabar antes o ir más allá de la mencionada fecha.

En ningún caso sería posible, de acuerdo con la regulación vigente, mantenerlo en funcionamiento una vez hubieran desaparecido las circunstancias económicas que han dado pie a su creación. Ahora bien, qué ha de entenderse por

⁵⁰ De hecho se ha sugerido que el SURE en su conjunto, los 100.000 millones, se haya quedado corto para las necesidades de los países más afectados por la pandemia. Claeys, G., “The European Union’s SURE plan to safeguard employment: a small step forward | Bruegel”, 2020, fecha de consulta 10 junio 2020, en <https://www.bruegel.org/2020/05/the-european-unions-sure-plan-to-safeguard-employment-a-small-step-forward/>. Grund, S.; Guttenberg, L.; Odendahl, C., “Sharing the fiscal burden of the crisis: A Pandemic Solidarity Instrument for the EU”, *VoxEU.org*, 2020, fecha de consulta 10 junio 2020, en <https://voxeu.org/article/pandemic-solidarity-instrument-eu>.

⁵¹ GOBIERNO DEL REINO DE ESPAÑA, *Actualización del Programa de Estabilidad 2020*, Gobierno de España, Madrid, 2020, p. 56, fecha de consulta 28 mayo 2020, en https://www.hacienda.gob.es/CDI/Programas%20de%20Estabilidad/Programa_de_Estabilidad_2020-2021.pdf.

⁵² Durante este período podrá concederse ayuda financiera mediante una decisión de ejecución del Consejo adoptada sobre la base de una propuesta de la Comisión.

Tabla 3. Previsión de gastos en el ámbito laboral

Tipo Medida	Medida	Descripción	Regulación	Impacto Presup. 2020
Laborales	Mejora de la protección de los trabajadores aislados y/o infectados	Los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19 tendrán la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social.	Aprobada por Real Decreto-ley 6/2020	1.354.910.000
	Mantenimiento del empleo	Medidas en relación de los expedientes de regulación de empleo temporal por causas productivas y de fuerza mayor como consecuencia directa de las circunstancias excepcionales provocadas por el COVID-19: tendrán derecho a percibir la prestación de desempleo aquellos trabajadores afectados por estos ERTES que no cumplan los requisitos para acceder a dicha prestación.	Aprobada por Real Decreto-ley 8/2020	17.840.000.000
		Tendrán derecho a ERTE de los trabajadores fijos discontinuos y por aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, que no hayan podido reincorporarse a su actividad en las fechas previstas o se haya suspendido la actividad	Aprobada por Real Decreto-ley 8/2020	54.000.000
	Protección de los trabajadores	Bonificación del 50% de las cuotas empresariales a la SS por contingencias comunes en los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio para apoyar la prolongación del periodo de actividad de las personas trabajadoras con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio y hostelería vinculados a la actividad turística por el tiempo necesario para cubrir el hecho causante del COVID-19.	Aprobada por Real Decreto-ley 7/2020	45.000.000
		Se amplía el derecho al subsidio de desempleo para parados que no finalizaron periodo de prueba	Aprobada por Real Decreto-ley 15/2020	42.000.000
		Prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19	Aprobada por Real Decreto-ley 8/2020, modificada por Real Decreto-ley 11/2020	3.766.760.000

Tipo Medida	Medida	Descripción	Regulación	Impacto Presup. 2020
Laborales	Protección de los trabajadores	Subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social	Aprobada por Real Decreto-ley 11/2020	3.150.000
		Subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas afectadas por un fin de contrato temporal de, al menos, dos meses de duración, con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y no contarán con la cotización necesaria para acceder a otra prestación o subsidio si carecieran de rentas.	Aprobada por Real Decreto-ley 11/2020	17.600.000
		Prórroga de los contratos universitarios cuya duración máxima esté prevista que finalice durante la vigencia del estado de alarma, de ayudantes, profesores ayudantes doctores, profesores asociados y profesores visitantes	Aprobada por Real Decreto-ley 11/2020	3.407.153
		Prórroga de los contratos predoctorales para personal investigador en formación suscritos en el ámbito de la investigación	Aprobada por Real Decreto-ley 15/2020	400.000
		Modificación de las condiciones de las ayudas otorgadas con cargo a convocatorias realizadas por el Ministerio de Universidades dirigidas a estudiantes universitarios, personal investigador, y/o profesores.	Aprobada por Real Decreto-ley 15/2020	1.511.757
			Total	23.128.738.910

Fuente: Actualización Programa de Estabilidad 2020.

tales es algo que no se especifica, por lo que será una decisión sujeta a la mera oportunidad política según la valoración del Consejo.

3.3. Un instrumento financiero

Por último, se trata de un instrumento financiero. Sin lugar a dudas este es el rasgo más significativo, pues el SURE es ante todo un mecanismo de financiación a bajo coste de lo que denomina “régimen de reducción del tiempo de trabajo”, así como de otras medidas en el ámbito social y laboral y relacionadas

con la salud (art. 1.2 Reglamento (UE) 2020/672). De ahí que se defina como un mecanismo complementario (art. 2 Reglamento (UE) 2020/672) o de apoyo a las políticas de los Estados miembros con el objetivo de atenuar las repercusiones económicas, sociales y sanitarias derivadas de la COVID-19.

En particular, el SURE funciona como una especie de fondo que se nutre, no de ingresos propios, sino de empréstitos contraídos por la Comisión en los mercados de capitales o con entidades financieras en nombre de la Unión y hasta un máximo de 100.000 millones. Estos empréstitos cuentan, como garantía o aval de su devolución, en primer lugar, con el respaldo del presupuesto de la Unión y, de forma subsidiaria y parcial, con las aportaciones realizadas por los propios Estados miembros (art. 12.5 Reglamento (UE) 2020/672). De ahí que se haya dicho que supone una forma de mutualización indirecta de la deuda⁵³.

Estas contribuciones de los Estados, reguladas en el art. 11 Reglamento (UE) 2020/672, se articulan como «contragarantías»⁵⁴, lo que evidencia también su carácter subsidiario, y deberán formularse de forma irrevocable, incondicional y a la vista o a primera demanda⁵⁵. Para su formalización, la Comisión ha suscribir un acuerdo con cada Estado miembro contribuyente en el que se establecerán las condiciones de pago. El monto a aportar se determina proporcionalmente en función la renta nacional bruta de cada Estado miembro en relación a la del conjunto de la Unión (vid. tabla siguiente). A tal efecto, en el caso de España, el art. 4 del RDL 19/2020⁵⁶ ha autorizado a la AGE a otorgar avales por un importe máximo de 2.252.890.750 euros. Asimismo, ha habilitado a la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital para dictar los actos necesarios y para firmar el acuerdo o los acuerdos con la Comisión Europea en los que se establezcan los términos en que se otorguen los avales y las condiciones de pago⁵⁷.

⁵³ Domínguez, M., “Mirando al SUR(E)”, *Agenda Pública*, 2020, fecha de consulta 8 abril 2020, en <http://agendapublica.elpais.com/mirando-al-sure/>.

⁵⁴ De acuerdo con el Diccionario del Español Jurídico, ésta se define como «garantía otorgada a favor de un garante de una deuda ajena para el caso de que se vea obligado a cumplirla».

⁵⁵ Este es el término utilizado por el RDL 19/2020 y que parece que es una traducción más habitual en el tráfico jurídico que la de “a la vista”. También se denomina “garantía autónoma” o “garantía independiente” e implica que su beneficiario puede exigir la ejecución de la garantía cuando lo desee. SERRANO ESCRIBANO, S., “La garantía a primera demanda”, *Cuadernos de estudios empresariales*, 9, 1999, Escuela Universitaria de Estudios Empresariales, pp. 281-297.

⁵⁶ Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE 27/05/2020, núm. 150).

⁵⁷ También se ha autorizado a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera a realizar los pagos correspondientes a la ejecución del aval mediante operaciones de tesorería con cargo a los conceptos específicos, previéndose la partida presupuestaria correspondiente al presente ejercicio.

Para el caso en que fuera necesario ejecutar las contragarantías, pues la primera garantía, recordemos, es el presupuesto de la Unión, el mencionado precepto señala que si un Estado miembro es requerido al pago y no satisface a tiempo, total o parcialmente, la solicitud de ejecución de garantías, la Comisión, para cubrir la parte correspondiente, tendrá derecho a presentar solicitudes adicionales de ejecución de contragarantías a otros Estados miembros. Dichas solicitudes de ejecución se harán a prorrata en función del peso la renta nacional bruta (*vid.* tabla anterior) de los demás Estados miembros, pero adaptándolas, esto es, sin tener en cuenta la contribución relativa del Estado miembro deudor y con el tope de la cuantía global que le corresponda aportar a cada uno.

Esta es una evidencia más de esa suerte de mutualización indirecta a que se hacía mención, ya que se establece una especie de responsabilidad solidaria, aunque en este caso ha de tenerse presente que el Estado miembro que no haya satisfecho la solicitud de ejecución seguirá siendo responsable de cumplirla. La Comisión está obligada a reembolsar las cantidades satisfechas por los demás Estados miembros con cargo a los importes recuperados del Estado miembro deudor.

Estas contribuciones de los Estados miembros determinan también la aplicabilidad del Instrumento⁵⁸. Conforme al art. 12 Reglamento (UE) 2020/672, éste estará disponible una vez que todos los Estados miembros hayan realizado su contribución, alcanzando la mencionada cantidad de 25.000 millones. En realidad, como se explicó, no se trata de una aportación en efectivo, sino la simple constitución de la contragarantía.

De otra parte, una vez constituido el fondo que el SURE representa, los Estados miembros pueden hacer uso de él a través de préstamos. El Reglamento es bastante flexible en cuanto a su regulación. Así, en primer lugar, la concreción de las condiciones se deja en manos de un acuerdo entre la Comisión y el Estado miembro de que se trate, a salvo que el desembolso ha de producirse en varios plazos, aunque no se concreta cuántos (art. 7 Reglamento (UE) 2020/672). Por consiguiente, poco se dice en esto sentido, si bien se entiende que las condiciones deben mucho más favorables que las de mercado⁵⁹.

Nada se menciona en relación a si las condiciones serán iguales para todos los Estados. Todo lo más, se establece que es posible que lo pactado inicialmente pueda ser mejorado si las condiciones lo permiten. Así, conforme a lo dispuesto

⁵⁸ Rojo Torrecilla, E., “El blog de Eduardo Rojo Torrecilla”, cit.

⁵⁹ Para que nos hagamos una idea, el bono español a 10 años viene ofreciendo unos rendimientos desde mitad de mayo de en torno al 0,60%. En lo peor de la crisis, alcanzó el 1,24% (18 de marzo). Fuente: Tesoro Público.

Tabla 4. Contribución prevista al SURE

Estado Miembro	1% RNB (en millones de €)	% por país	Contribución esperada (en millones de €)
Alemania	36.775	25,53%	6.384
Francia	25.387	17,63%	4.407
Italia	18.341	12,74%	3.184
España	12.978	9,01%	2.253
Holanda	8.302	5,76%	1.441
Polonia	5.358	3,72%	930
Suecia	4.888	3,39%	848
Bélgica	4.829	3,35%	838
Austria	4.132	2,87%	717
Dinamarca	3.248	2,26%	564
Irlanda	2.785	1,93%	483
Finlandia	2.487	1,73%	432
Rumanía	2.266	1,57%	393
Rep. Checa	2.158	1,50%	375
Portugal	2.106	1,46%	366
Grecia	1.974	1,37%	343
Hungría	1.438	1,00%	250
Eslovaquia	1.000	0,69%	174
Bulgaria	619	0,43%	107
Croacia	551	0,38%	96
Eslovenia	508	0,35%	88
Lituania	484	0,34%	84
Luxemburgo	443	0,31%	77
Letonia	329	0,23%	57
Estonia	281	0,20%	49
Chipre	220	0,15%	38
Malta	133	0,09%	23
Total	144.020	100,00%	25.000

Fuente: (Pacheco & Zoppé, 2020)

en el art. 8.3 Reglamento (UE) 2020/672, «a petición del Estado miembro beneficiario y cuando las circunstancias permitan mejorar el tipo de interés del préstamo, la Comisión podrá refinanciar total o parcialmente su empréstito inicial o reestructurar las condiciones financieras correspondientes». Esto, junto a la articulación del procedimiento que analizaremos inmediatamente, parece sugerir que la fórmula escogida es la de condiciones de préstamo según las circunstancias de los países.

En segundo lugar, no se establece condicionalidad alguna en lo que hace al acceso o devolución de los préstamos. No obstante, no debe perderse de vista que, por tratarse precisamente de un préstamo, su empleo incidirá en los niveles de deuda pública y, en su caso, de déficit público. Es cierto que la incidencia sería menor que si el Instrumento no existiera y los Estados se financiaran en los mercados, pero no puede perderse de vista que, salvo que se excluyera expresamente del cómputo, su utilización podrá conducir a una suerte de condicionalidad indirecta tan pronto el Pacto de Estabilidad sea reanudado y los procedimientos de desequilibrio macroeconómico y déficit excesivos reactivados⁶⁰.

Por último, procedimentalmente, una vez activado el SURE, el Estado miembro que desee hacer uso de él deberá presentar una solicitud ante la Comisión, aportando pruebas suficientes sobre el aumento repentino y grave del gasto real, y en su caso también del gasto público previsto, directamente relacionado con regímenes de reducción del tiempo de trabajo y medidas similares, que es la causa que legitima su uso. A partir de ese momento, como se adelantó, las condiciones deberán ser acordadas entre la Comisión y el Estado miembro solicitante. Una vez alcanzado el acuerdo, la Comisión elevará propuesta de decisión de ejecución al Consejo. Debe destacarse que el hecho de que el Instrumento no sea automático, puede retrasar su tramitación, especialmente si se plantean fricciones políticas entre países⁶¹.

Esta propuesta deberá comprender, al menos, (art. 6.3 Reglamento (UE) 2020/672): a) el importe del préstamo, el vencimiento medio máximo, la fórmula de fijación del precio, el número máximo de plazos⁶², el período de disponibilidad

⁶⁰ Expresan también esta preocupación, CORTI, F.; ALCIDI, C., “Are we SURE? A critical assessment of the Commission’s proposal for temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency”, *EuVisions*, 2020, fecha de consulta 10 junio 2020, en <http://www.euvisions.eu/are-we-sure-a-critical-assessment-of-the-commissions-proposal-for-temporary-support-to-mitigate-unemployment-risks-in-an-emergency/>.

⁶¹ Vandembroucke, F. y otros, “The European Commission’s SURE initiative and euro area unemployment re-insurance”, *VoxEU.org*, 2020, fecha de consulta 10 junio 2020, en <https://voxeu.org/article/european-commission-s-sure-initiative-and-euro-area-unemployment-re-insurance>.

⁶² Aunque, como vemos, el Reglamento deja total libertad para fijar los plazos, parece que se está pensando en que la devolución del empréstito por parte de la Comisión se pro-

y las demás normas de desarrollo necesarias para la concesión de la asistencia financiera; b) una evaluación del cumplimiento por parte del Estado miembro de las condiciones, y c) una descripción de los regímenes nacionales de reducción del tiempo de trabajo o de medidas similares, así como, en su caso, de las correspondientes medidas relacionadas con la salud, que puedan ser objeto de financiación. Aunque corresponde al Consejo adoptar la decisión de ejecución, teniendo en cuenta «las necesidades existentes y previstas del Estado miembro solicitante, así como las solicitudes de asistencia financiera», en la práctica es probable que el reparto se haya establezca *ex ante* de acuerdo con la información que ambas instituciones tengan en su poder. Por lo demás, una vez aprobada la decisión de ejecución, la administración del préstamo se articulará a través del BCE, con el control y auditoría habituales (arts. 10 y 13 Reglamento (UE) 2020/672).

4. A MODO DE CONCLUSIONES: ¿QUÉ NOS DEPARARÁ EL FUTURO?

De acuerdo con estos tres rasgos fundamentales, no podemos concluir que el SURE sea una forma, ni siquiera de las más ligeras, como se suele decir, de reaseguro, mucho menos de lo que hemos descrito aquí como prestación genuina⁶³.

Comenzando por esto último, resulta claro que el SURE no reúne ninguna de las características básicas de las fórmulas más intensas de protección por desempleo a nivel europeo, por más que sea, sin lugar a dudas, un paso significativo en este ámbito. En concreto, ni existe una cobertura común de la contingencia de desempleo, por cuanto que es un riesgo social que sigue siendo asumido por los Estados; ni se cubre directamente a las personas desempleadas, sino a los países; ni la financiación es común, ya que, como hemos visto, las cantidades transferidas a través de este fondo deberán ser devueltas.

Tampoco es, a la luz de lo dicho hasta aquí, un reaseguro, tal y como suele denominársele, por cuanto no existe una mutualización directa del riesgo del desempleo. En efecto, para poder hablar de reaseguro (o de seguro) sería necesario que se entendiera que el nivel europeo, como ámbito colectivo, es el más adecuado para cubrir intereses individuales y comunes de los Estados miembros, como, por ejemplo, la cobertura de situaciones de déficit excesivo de los sistemas de protección por desempleo que coloque a ese país en una situación de

duzca en un período máximo de diez años, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.2 Reglamento (UE) 2020/672.

⁶³ Padoan, P. C., *Response to Covid-19: Mechanisms against unemployment*, Luiss SEP, Rome, 2020. Vandenbroucke, F. y otros, “The European Commission’s SURE initiative and euro area unemployment re-insurance”, cit.

desventaja o peligro en el marco de la UEM. Cualquier fórmula de aseguramiento implica la existencia de un riesgo común, frente al cual los asegurados deciden dividir económicamente las consecuencias dañosas de su materialización, de tal forma que se elimine o minimice su impacto⁶⁴.

Así las cosas, el SURE más bien se articula como un fondo catastrófico o de “día de tormenta”, en el que las cantidades, en este caso financiadas con respaldo en el presupuesto de la Unión, se reparten en función de las necesidades y tamaño de la economía del Estado miembro (por tanto, sin tener en cuenta su situación y evolución previa en materia de paro) y, como tuvimos ocasión de señalar, con una mutualización indirecta de la deuda para su financiación, que no del riesgo concreto a que se refiere. Nótese que cuando hablamos de esta modalidad dijimos que cabía la posibilidad de su financiación mediante deuda común, opción por la que no se ha optado, al menos en su forma más intensa. Es más, dadas las circunstancias, la fórmula de mutualización indirecta de la deuda es todo un avance.

Por consiguiente, el SURE es un fondo de financiación especializado o centrado en la cobertura de las prestaciones por desempleo relacionadas con la reducción de jornada y suspensión del contrato de trabajo y, subsidiariamente, con la protección de la salud; y de naturaleza coyuntural, pues se vincula a la emergencia sanitaria, económica y social de la COVID-19.

Dicho esto, y puesto que se sabe que Europa se construye paso a paso, no es descartable que, si la experiencia fuera positiva, puedan avanzarse más en el camino hacia un sistema de protección por desempleo europeo. De hecho, como tuvimos ocasión de adelantar, el compromiso de la Comisión es el establecimiento de un reaseguro, teniéndose que conformar por el momento con un fondo de financiación.

Para poder hablar de reaseguro, sería necesario que la Unión asumiera el riesgo derivado de la materialización del desempleo en los Estados miembros. Nótese que este riesgo es diferente al cubierto por los sistemas nacionales de protección por desempleo, pues aquí no se trata de cubrir las situaciones de necesidad derivadas de la caída en el paro, sino los derivados del incremento del gasto en desempleo, lo que se traduce en una situación de peligro o desventaja económica de los Estados miembros dentro de la UEM. Precisamente esta diferencia es que la justifica la existencia de un nivel superior de reaseguramiento e, incluso,

⁶⁴ Se ha dicho que el contrato de seguro está integrado por tres elementos: el interés, o relación de contenido económico entre un sujeto y un bien; el daño, que se concibe como como la lesión actual o prevista del interés existente; y el riesgo, o posibilidad de un evento dañoso. Por consiguiente, sin la mutualización del riesgo, el seguro (ni el reaseguro) puede existir. Sánchez Calero, F.; Sánchez-Calero Guilarte, J., *Instituciones de derecho mercantil*, vol. II, 28^a, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 456-457.

prestacional. Para que la UEM pueda funcionar correctamente es preciso que los Estados se encuentren en condiciones comparables y el reaseguro contribuye a evitar tales desequilibrios.

En efecto, la mutualización de riesgos ha sido descrita como una institución jurídica diferente y previa a la aparición de cualquier tipo de mecanismo de previsión social⁶⁵. Aquella implica, como quedó dicho, que un grupo de sujetos, ante un riesgo común, deciden colectivizarlo con el objetivo de eliminar o minimizar sus efectos. En los sistemas de protección social, por el contrario, se trata de cumplir una finalidad de carácter público, relativa a la cobertura de determinadas situaciones de necesidad. Mientras que la primera se basa en la noción de riesgo, la segunda en la solidaridad; frente a la reciprocidad de intereses particulares y privados, se impone la satisfacción directa de un interés público.

Nótese que este esquema está pensando a nivel nacional y, por tanto, compara la autoorganización de los sujetos privados con la facultad de intervención del Estado. Si se trasladaran estos parámetros a nivel de la Unión, implicaría, como ya hemos dicho, la autoorganización de los Estados, en el primer caso, para minimizar los riesgos derivados del incremento del gasto vinculado al desempleo (a través del reaseguro); en el segundo, la asunción por parte de la UE de una función de carácter público relacionada con el desempleo y que materializara el principio de solidaridad.

Teniendo en cuenta que esta última función ha sido cumplida tradicionalmente por los Estados, cabe preguntarse si existe espacio para que la Unión pueda cumplir también con este objetivo. Dicho de una forma algo más precisa, si la Unión, por sus propias características y capacidades, es capaz de desplegar una función de carácter público relacionada con el desempleo de forma más eficaz y adecuada que los Estados miembros. Además, tal función debería mostrar la solidaridad de la ciudadanía europea para con sus desempleados.

Pues bien, esto podría lograrse a través tanto de la función de garantía de un núcleo de protección común de la prestación genuina básica, como de la función de garantía de mínimos que caracteriza a la prestación genuina suplementaria. En cierta medida, ambas pueden reconducirse a un objetivo común, que es el establecimiento de un suelo mínimo protector susceptible de ser mejorado. La gran diferencia es que mientras que en el primer caso éste queda asegurado completamente por la Unión; en el segundo su intervención es subsidiaria a la de los Estados miembros. La asunción de esta función por parte de la UE constituiría la materialización clara del principio de solidaridad, que se plasma en el

⁶⁵ Persiani, M., *El sistema jurídico de la Previsión Social*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965, pp. 131-154.

establecimiento de un suelo mínimo de protección para toda la ciudadanía de la Unión y que únicamente puede ser alcanzable por ésta.

Sería ante tales circunstancias cuando podría afirmarse que estaríamos ante la presencia de una auténtica prestación por desempleo europea⁶⁶, pues no solamente se serviría a una función pública propia y diferenciada basada en la solidaridad, sino que con ello se cubría una situación de necesidad que los Estados miembros no pueden cubrir o no pueden hacerlo de una forma apropiada. Dicho de otro modo, aunque de forma propedéutica se haya llamado prestación tanto a las genuinas como a las equivalentes, solo aquellas merecen tal denominación.

Sea como fuere, el primer paso dado en el camino hacia un sistema de protección por desempleo en la UE no ha tenido como protagonistas ni a una ni a otra fórmula. No obstante, pudiera ser la pavimentación normal de la ruta a seguir. Veremos si es así y hasta dónde llegamos.

⁶⁶ Se ha dicho que las prestaciones de la Seguridad Social, con carácter general, se caracterizan por la colectivización del riesgo, la cobertura de situaciones de necesidad, la función redistributiva y por ser un derecho de naturaleza subsidiaria al propio autogobierno del individuo. Aragón Gómez, C., “La prestación contributiva de Seguridad Social”, 2013, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, pp. 25-42. Sobre esta base, los dos primeros elementos y el último serían reconducibles al de función pública solidaria, quedando por tanto la caracterización circunscrita a la mencionada: una prestación de la Seguridad Social es una manifestación de la función pública basada en la solidaridad y que se materializa en la cobertura de determinadas situaciones de necesidad.

EL PAPEL PROCESAL DE LAS ASOCIACIONES DE DEFENSA DE LA IGUALDAD ANTE LA PRESUNCIÓN DISCRIMINATORIA EN EL ACCESO AL EMPLEO: ESPECIAL MENCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

LIDIA GIL OTERO

Investigadora predoctoral (FPU) en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

EXTRACTO

Palabras clave: discriminación, orientación sexual, acceso al empleo, legitimación activa, asociaciones

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con ocasión del caso *NH*, ha otorgado una protección especial, en el ámbito de las relaciones laborales, a las «modernas» causas de discriminación, como la orientación sexual. A partir de unas manifestaciones públicas por las que se excluía la contratación del colectivo homosexual en su generalidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dibujado una presunción de discriminación en la contratación contraria a la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Este tipo de actuaciones vulneran por sí mismas el derecho a la no discriminación en su vertiente colectiva, sin existir una víctima o perjudicado identificable, y exigen una reflexión sobre qué sujetos colectivos son los más adecuados para su denuncia. No obstante, la apuesta por una legitimación activa amplia no fue seguida por el ordenamiento jurídico-procesal español. La falta de una mención expresa en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la legitimación de asociaciones civiles obliga a poner de manifiesto su interés legítimo colectivo para acceder al proceso de tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, la necesaria conexión del objeto de la litis con los fines estatutarios deja un escenario sujeto a la interpretación que colisiona con lo previsto en otros órdenes jurisdiccionales

ABSTRACT

Key words: discrimination, sexual orientation, access to employment, active legitimation, associations

The Court of Justice of the European Union, on the occasion of the *NH* case, has granted special protection to «modern» causes of discrimination, such as sexual orientation, in the field of labor relations. From some public declarations that excluded the hiring of the homosexual collective in general, the Court of Justice of the European Union has drawn a presumption of discrimination in hiring contrary to the Directive 2000/78/EC. This type of action violates by itself the right to non-discrimination in its collective aspect, without an identifiable victim or injured party, and requires reflection on which collective subjects are the most suitable for reporting them. However, the bid for a wide active legitimation was not followed by the Spanish legal-procedural order. The lack of an explicit mention in the Regulatory Law of the Social Jurisdiction to the legitimation of civil associations forces to proof their collective legitimate interest to access the process of protection of fundamental rights. Despite this, the necessary connection of the object of the litigation and the statutory purposes leaves a scenario subject to interpretation that clashes with the provisions of the other jurisdictional orders.

ÍNDICE

1. LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN Y DIVERSIDAD SEXUAL: EL PESO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
2. LA VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 2.1. El ámbito de aplicación de la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la presunción de discriminación en la contratación
 - 2.2. Los criterios para establecer la vinculación discriminatoria: especial atención al efecto disuasorio
3. LA APUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA POR UNA LEGITIMACIÓN ACTIVA AMPLIA
4. LAS ASOCIACIONES CIVILES COMO PARTE PRINCIPAL EN EL PROCESO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - 4.1. La construcción en el ordenamiento español de la discriminación colectiva en el acceso al empleo y la falta de acción
 - 4.2. La defensa del interés legítimo colectivo en el proceso frente a la titularidad del derecho
 - 4.2.1 Conexión del interés legítimo colectivo con el objeto estatutario
 - 4.2.2. Interpretación amplia de la competencia del orden jurisdiccional social
5. VALORACIÓN FINAL: UNA REFORMA YA CONOCIDA

1. LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN Y DIVERSIDAD SEXUAL: EL PESO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las tensiones entre la libertad de empresa y de contratación y el principio de igualdad son ya conocidas para el Derecho del trabajo y los organismos encargados de su aplicación. El artículo 38 de la Constitución Española consagra el derecho del empresario a decidir qué y cómo producir, seleccionando a los sujetos que, dentro de la actividad empresarial, contribuyan en mejor medida a alcanzar el mayor beneficio económico¹. En un escenario ideal, a pesar de que el empresario cuente con un margen de discrecionalidad, su libertad de organización

¹ Guerrero Vizuete, E., «Estadios previos a la contratación y discriminación: la tutela del derecho a no ser discriminado en el proceso de acceso al empleo», *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis* (Coords. Cabeza Pereiro y Martínez Yáñez), Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 196-199.

y selección debería conducir a la contratación de aquellos candidatos que, por razones estrictamente objetivas, considerase más adecuados para el desempeño de los servicios. Sin embargo, ignorar el componente subjetivo que existe en toda contratación sería obviar la realidad. Este componente podría inclinar al empresario a adoptar, dentro de la legalidad, decisiones que resultasen excéntricas o cuestionables para los candidatos en concreto². Pese a ello, la decisión de no contratación podría escaparse de esa legalidad cuando estuviese fundada única y exclusivamente en características sociales o personales protegidas por el ordenamiento jurídico, dado su perfil discriminatorio.

La disposición por parte del empresario de condicionantes no objetivos y ajenos a la actividad empresarial constituye una forma peligrosa de discriminación que supone, a su vez, la vulneración del principio de igualdad de oportunidades. Resulta plenamente asumido que el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución no despliega sus efectos en una relación entre particulares como la que puede entablar el empresario con los posibles candidatos; lo contrario supondría un límite sumamente incisivo en la autonomía contractual y el poder de dirección empresarial³. No obstante, la prohibición de discriminación, derivada del principio de igualdad, se erige como un instrumento que vincula al empresario y defiende al trabajador frente a arbitrariedades y usos ilegítimos de la autonomía de la voluntad⁴. Las discriminaciones contrarias al orden público constitucional no pueden quedar amparadas bajo la libertad de empresa, de tal modo que la tutela antidiscriminatoria debe presidir las decisiones empresariales adoptadas no sólo estando vigente el contrato de trabajo, sino también en sus fases previas.

El respeto de la tutela antidiscriminatoria en las fases previas al contrato de trabajo ha venido exigiéndose ya desde mediados del siglo pasado, cuando la Organización Internacional del Trabajo incluyó en el Convenio núm. 111 la protección específica del derecho a no sufrir discriminaciones, entre otras, en las fases de admisión en el empleo (art. 1.3)⁵. Esa misma línea fue, de hecho, la seguida por parte del Tribunal Constitucional. Preocupado por no vaciar

² Cámara Botía, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33/2001, pp. 77-78.

³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Igualdad y no discriminación en el empleo», *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, 1/2001, pp. 471-472.

⁴ Cámara Botía, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *op. cit.*, pp. 85-87.

⁵ Este instrumento internacional destacó, sin lugar a duda, por la prohibición de la discriminación en dos ámbitos diferentes como fueron el empleo y la ocupación. Esta distinción y referencia genérica provocó que pudiese encuadrada en ella la discriminación en fases previas al nacimiento de la relación jurídico-laboral.

de contenido estos compromisos internacionales, entendió a lo largo de su jurisprudencia que la defensa de los derechos fundamentales, en el ámbito laboral, no debía ceñirse únicamente a los actos que se diesen estando en curso la relación y el contrato de trabajo⁶. La fase de acceso al empleo cobró así una importancia vital para el Tribunal Constitucional, llegando a constituir incluso un «vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados»⁷. Las dificultades en el acceso al empleo de colectivos discriminados, a partir de dichos precedentes, fueron abordadas en el ordenamiento jurídico nacional y supranacional. De esta forma, la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo no sólo se encuentra recogida en los artículos 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores⁸, sino también en las directivas comunitarias relativas a la igualdad en el empleo y la ocupación -independientemente de la causa de discriminación concreta que aborasen⁹.

La lectura de los anteriores precedentes judiciales y normativos parece reflejar que la discriminación en el acceso al empleo es una barrera ya levantada a través de la persecución y represión de la conducta. No obstante, aunque se persiga tanto la discriminación directa como indirecta, la eficacia de la prohibición de discriminación en los momentos previos al contrato de trabajo se antoja complicada en la realidad, existiendo una limitada litigiosidad al respecto. Las decisiones de no contratación de carácter discriminatorio suelen ser difíciles de detectar por quedar cubiertas, en la mayoría de las ocasiones, por fórmulas

⁶ Esta posición se puede observar en dos sentencias características del Tribunal Constitucional como son la sentencia 173/1994, de 7 de junio, y la sentencia 41/1999, de 22 de marzo. En ambas se catalogó el derecho a la no discriminación como un límite claro al ejercicio de la libertad empresarial de contratación que alcanzaba consecuentemente la fase de acceso al empleo y los procesos de selección.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1994, de 7 de junio (F.J. 3º).

⁸ Ninguno de los dos preceptos refleja, de forma expresa, la prohibición de la discriminación en la fase precontractual. No obstante, ambos recogen términos que no se ciñen a la vigencia de la relación laboral de una forma literal. Por un lado, el art. 4.2 c) reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente «para el empleo». Por otro, el art. 17.1 declara la nulidad de aquellas decisiones del empresario que den lugar «en el empleo» a situaciones de discriminación directa o indirecta. La referencia genérica al empleo permite que se engloben no sólo aquellas conductas que tengan lugar durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de trabajo.

⁹ Resulta destacable en este sentido el tenor literal que comparten la Directiva 2000/78/CE y la Directiva 2000/43/CE, aun referidas a causas de discriminación diferentes. Así, los artículos 3.1 a) de cada una de ellas disponen que la tutela antidiscriminatoria que prevén resultará de aplicación a todas las personas en relación con «las condiciones de acceso al empleo (...), incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación». Por su parte, también la Directiva 2000/6/CE (referida a la igualdad de trato entre hombres y mujeres) recoge en su artículo 1 a) la aplicación expresa del principio de igualdad de trato «en lo que se refiere al acceso al empleo».

imprecisas de cortesía¹⁰, desanimando también la denuncia de los posibles afectados ante una expectativa que no tenía por qué cumplirse¹¹.

Si bien estas fórmulas encubiertas exigen generalmente un examen detallado de la discriminación, mayoritariamente indirecta, esta también puede provenir de fuentes más obvias como las simples declaraciones de los empresarios o de los responsables de la contratación. El hecho de que se declare públicamente que no se contratará a determinados trabajadores por razón de su orientación sexual, género u origen étnico, entre otras causas, ha sido considerado como una discriminación directa que, a su vez, asume dentro de sí una multiplicidad de escenarios. Si el empresario o el responsable de la contratación declara su intención de excluir a un candidato en concreto por razón de circunstancias personales o sociales como las anteriores, no cabría duda de que se vulneraría su derecho a no ser discriminado, existiendo una víctima o perjudicado identificable. Sin embargo, no resulta extraño que declaraciones de ese estilo se realicen en fases muy iniciales del procedimiento de selección o incluso sin que este se llegue a abrir, mostrando así una política de contratación empresarial excluyente de un colectivo en su conjunto. Esta última manifestación de la discriminación en el acceso al empleo se encuentra con dos principales complicaciones de cara a su persecución: la vinculación de las declaraciones discriminatorias con la política de contratación empresarial y la configuración de los mecanismos procesales necesarios para la defensa del derecho a la no discriminación en su vertiente colectiva, ante la falta de una víctima identificable.

Ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, Tribunal de Justicia) la que, en mayor o menor medida, ha otorgado los criterios que permiten la resolución de sendas cuestiones y que obligan, a su vez, a comprobar si el ordenamiento jurídico español se adecúa a ellos y otorga una protección suficiente. De un conjunto de tres sentencias del Tribunal de Justicia en las que fueron juzgadas declaraciones de no contratación abiertamente discriminatorias, destaca especialmente la vertiente procesal de cada una y, por

¹⁰ Cámara Botía, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *op. cit.*, pp. 33-34.

¹¹ La denuncia de la simple desestimación de una candidatura puede antojarse compleja por lo limitado del derecho del rechazado a acceder a la información de los demás candidatos. Esa información permitiría acreditar los hechos que, a su vez, permitiesen presumir la existencia de cualquier tipo de discriminación. Véase, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2011, asunto C-104/10, *Patrick Kelly y National University of Ireland* (ECLI:EU:C:2011:506) y de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, *Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GmbH* (ECLI:EU:C:2012:217).

ello, la causa de discriminación especialmente protegida. Los casos *Accept*¹², *Feryn*¹³ y *NH*¹⁴, pese a sus particularidades, no sólo constituyen una muestra representativa de la importancia que cobra la posición de la empresa y su política de contratación ante declaraciones discriminatorias. En los tres casos el protagonismo absoluto en la labor de defensa de la igualdad no fue asumido por víctimas o denunciantes concretos e identificables, sino por asociaciones y organizaciones civiles dedicadas a la lucha contra la discriminación¹⁵.

Si bien la lucha contra las causas tradicionales de discriminación ha sido asumida, mayoritariamente, por organismos de carácter público¹⁶, las modernas causas de discriminación como la orientación e identidad sexual están siendo combatidas en primera línea por organizaciones de la vida civil, que cuentan cada vez con un mayor peso y calificación para la defensa y reivindicación de los intereses del colectivo. Es destacable, por ejemplo, en esta tendencia de asociacionismo, la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB), compuesta en la actualidad por 56 organizaciones a lo largo de todas las comunidades autónomas. Este tipo de asociaciones, entidades y organizaciones de lucha por la normalización no dedican únicamente sus esfuerzos a labores de promoción y cultura. Han pasado a desarrollar en la realidad un activismo jurídico significativo, persiguiendo la discriminación por orientación o identidad sexual en todas las facetas de la vida social. Por ello, el ámbito de las

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, *Asociatia Accept* (ECLI:EU:C:2013:275).

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, *Firma Feryn NV* (ECLI:EU:C:2008:397).

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, *NH y Associazione Avvocatura per i diritti LGTBI* (ECLI:EU:C:2020:289).

¹⁵ La discriminación por razón de orientación sexual en el acceso al empleo, presente en los casos *Accept* y *NH*, llegó al Tribunal de Justicia gracias a la actuación de dos asociaciones civiles. En el caso *Accept*, a pesar de que la discriminación se dirigía hacia un jugador de fútbol al que no se le quería contratar, éste decidió no emprender la vía judicial, asumiendo la defensa íntegra la organización no gubernamental *Accept*, dedicada a la promoción y protección de los derechos de las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Por su parte, en el caso *NH* no se afectó de manera concreta a un candidato, sino que se manifestó públicamente que no se contratarían en la empresa a trabajadores gays. Ante esta discriminación colectiva actuó *Associazione Avvocatura per i diritti LGTBI*, una asociación de abogados dedicada a la defensa ante los tribunales de los derechos de las personas LGTBI. En el asunto *Feryn*, al igual que sucedía en el caso *NH*, no existió una víctima identificable. Ante las declaraciones de un empresario manifestando su decisión de no contratar en su empresa a trabajadores de determinado origen étnico o racial, decidió actuar el *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, un organismo público dedicado a velar por la igualdad de oportunidades y la lucha contra el racismo.

¹⁶ Piénsese, por ejemplo, en la discriminación por razón de género. En esa lucha destaca principalmente el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO) como organismo autónomo y público dedicado a la promoción y fomento de la igualdad de ambos sexos.

relaciones laborales no se escapa a su radio de actuación, entendiéndolo como un espacio de formación, conocimiento y superación social en el que debería estar integrado el respeto hacia la diversidad¹⁷.

Las anteriores cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia muestran precisamente la lucha de este tipo de asociaciones contra una reprochable y cada vez mayor predisposición a adoptar abiertamente conductas de contratación homófobas. Tanto en el caso *Accept* como en el caso *NH* la atención recayó, precisamente, en la censura de conductas discriminatorias por razón de orientación sexual. Más allá de las razones estructurales que se puedan encontrar detrás de dichas tendencias, la orientación y la diversidad sexual como causas prohibidas de discriminación exigen se reflexione, por un lado, sobre su papel en el acceso al empleo ante la adopción y manifestación de decisiones empresariales de no contratación que, a su vez, pueden favorecer círculos de autoexclusión. Por otro lado, y con independencia del parecer individual sobre la defensa de los derechos del colectivo LGTBI por organizaciones no públicas, esa labor de reivindicación debe ser atendida a través de garantías procesales que permitan hacer valer los derechos de sus asociados. Por ello, junto con la vertiente más sustantiva de la tutela antidiscriminatoria por razón de orientación e identidad sexual, debe valorarse también la incidencia en la tutela judicial de la defensa de intereses colectivos por las asociaciones que mejor los representan. Esta tendencia asociativa obliga a examinar, por una parte, qué papel procesal reserva para estas entidades la legislación española en los procesos del orden social otra y, por otra, si cuentan o no con la legitimación y capacidad suficiente para hacer efectiva la tutela antidiscriminatoria.

2. LA VINCULACIÓN DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS DISCRIMINATORIAS CON LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN

2.1. El ámbito de aplicación de la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el nacimiento de la presunción de discriminación en la contratación

Ya con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Tribunal de Justicia le ganaba el pulso al legislador comunitario previendo protecciones específicas para causas de discriminación no expresamente previstas

¹⁷ Este espíritu se desprende, por ejemplo, de la *Guía para intervenir en casos de discriminación laboral a lesbianas, gais, transexuales y bisexuales*, elaborada por la FELGTB a través de un formato web sumamente ilustrativo. En ella se aborda, entre otros aspectos, la discriminación laboral, su identificación y los pasos necesarios para su denuncia (Disponible en <https://guialaboralfelgtb.wordpress.com/>).

en su ordenamiento jurídico, pero patentes en la realidad social. Así sucedió con la orientación e identidad sexual que, a pesar de no estar en ese momento identificada como una causa autónoma de discriminación, sí se dejó entrever a la luz del caso *P.v.S*¹⁸. Las particularidades de este pronunciamiento, reconduciendo la discriminación por orientación e identidad sexual a la discriminación por razón de sexo, hacían patente la necesidad de un instrumento comunitario que reconociese expresamente dicha lucha en el ámbito de las relaciones laborales. A este objetivo respondieron conjuntamente el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam y su desarrollo legislativo posterior, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE), recogiendo ambos instrumentos normativos la orientación sexual entre el conjunto de causas discriminatorias prohibidas¹⁹.

La tutela antidiscriminatoria por razón de orientación sexual resultaba imprescindible no sólo para respetar los principios en los que debía fundarse la convivencia social. La histórica posición de desventaja social y desigualdad que habían sufrido las personas por causa de su orientación sexual se venía observando también en el ámbito de las relaciones laborales. Ya no se trataba únicamente de las conductas empresariales discriminatorias que podían sucederse a lo largo de la vida del contrato del trabajo. Uno de los vehículos principales de integración como era el acceso al empleo podía resultar por sí mismo inalcanzable ante decisiones empresariales de no contratación basadas únicamente en motivos discriminatorios²⁰, favoreciendo así un círculo de autoexclusión. Teniendo en cuenta este escenario, la evolución jurisprudencial²¹ y, especialmente, los antecedentes normativos, la Directiva 2000/78/CE quiso prestar especial atención a este respecto. A partir de su aprobación y transposición, la libre organización y contratación empresarial pasó a contar con un fuerte límite: la prohibición de discriminación por un amplio elenco de causas (incluida la orientación sexual) en la fase precontractual y en la

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996, asunto C-13/94, *P.v.S and Cornwall County Council* (ECLI:EU:C:1996:170). Para un análisis detallado sobre esta sentencia, véase Alonso Olea, M., «El despido de un transexual (a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 87/1998, pp. 5-19.

¹⁹ Rivas Vañó, A., «La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78», *Temas Laborales*, 59/2001, pp. 195-203; Cruz Villalón, J., «La progresiva incorporación de los derechos fundamentales en el acervo normativo comunitario»; *Temas Laborales*, 59/2001, pp. 1-7.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1994, de 7 de junio (F.J.3º).

²¹ El Tribunal de Justicia reconoció por primera vez la orientación sexual como causa discriminatoria independiente de la discriminación por razón de sexo en su sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, *Grant v. South-West Trains Ltd* (ECLI:EU:C:1998:63).

admisión y acceso al empleo²². El amplio ámbito de aplicación de la Directiva determinó que esta tutela no quedase circunscrita a la existencia de una posible relación laboral, sino que se extendiese expresamente a las «condiciones de acceso al empleo (...), incluidos los criterios de selección y condiciones de contratación (...), independientemente de la rama de actividad» [art. 3 a)].

Tal y como se mencionaba con anterioridad, las fórmulas imprecisas de cortesía que esconden la discriminación en el acceso al empleo rara vez son llevadas a los tribunales. Realmente, la tutela comunitaria antidiscriminatoria ha visto desplegada su eficacia ante exteriorizaciones públicas de la conducta por parte del empresario, a través de declaraciones o anuncios abiertamente discriminatorios. Manifestaciones públicas homofóbicas en virtud de las cuales el empresario declara no querer contratar en su empresa a trabajadores por razón de su orientación o identidad sexual deben vincularse, de cara a su ilicitud, con la política de contratación que se siga en la empresa. No obstante, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se observa cómo esta vinculación puede ser difícil de determinar por dos circunstancias diferentes: la inexistencia de un proceso de selección u oferta de empleo en el momento en el que se profieren las declaraciones, sin existir una víctima identificable, y/o la manifestación de dichas declaraciones no por el empleador, sino por una persona perteneciente a la empresa sin capacidad para definir y organizar la captación del personal.

Siguiendo un orden cronológico, el Tribunal de Justicia reconoció en el *caso Feryn* que el derecho a un proceso respetuoso con los derechos fundamentales abarcaba la fase anterior al inicio de un proceso de selección. Ante las declaraciones de un empleador en las que se daba a conocer públicamente que no se contrataría a trabajadores de determinado origen étnico o racial, el Tribunal de Justicia dibujó por primera vez la presunción de la política de contratación discriminatoria, que se seguiría aplicando con independencia de la causa que motivase la discriminación. Se desvinculó así de la discriminación directa la necesidad de que existiese una víctima o denunciante identificable, primando la afectación pública y colectiva y, especialmente, el efecto disuasorio que tales declaraciones generarían en un futuro proceso de selección de la empresa²³. En definitiva, esta línea interpretativa no trataba de asegurar el derecho a un puesto de trabajo, en la medida en que no existía ninguna persona que resultase afectada en un estado tan inicial de la cobertura de una vacante. La tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo

²² Cámara Botía, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *op.cit.*, pp. 75-98.

²³ Sempere Navarro, A.V., «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 14/2008, pp. 3-6.

implicaba para el Tribunal de Justicia el reconocimiento del derecho a un proceso futuro de selección que no vulnerase los derechos fundamentales²⁴.

La necesidad de respetar ese derecho en su máxima expresión llevó al Tribunal de Justicia a seguir matizando y ampliando las fronteras de la presunción de discriminación. La casuística dio lugar a supuestos en los que las declaraciones de no contratación venían de personas que, aun pareciendo representar a la empresa de cara al público, carecían de capacidad jurídica para vincularla en materia de contratación de personal. El caso *Accept* implicó la perfecta representación de este supuesto, al tener que juzgarse las declaraciones homófobas de un directivo de un club de fútbol que, pese a no ser el sujeto responsable de la contratación, aseguró no contratar jamás a un jugador en concreto por razón de su orientación sexual. El Tribunal de Justicia, al hilo de este caso, remodeló su presunción de discriminación poniendo en alza, una vez más, el efecto disuasorio y la percepción de los destinatarios. La existencia o inexistencia de discriminación directa en las declaraciones no podía hacerse depender, a su juicio, de que el público o los destinatarios conociesen la organización interna de cada una de las empresas y las funciones inherentes al cargo profesional del declarante. Para el Tribunal de Justicia, el indicio fundamental a valorar por el tribunal nacional era que los destinatarios pudiesen o no razonablemente suponer que, en dicho contexto, las declaraciones eran realizadas por la persona en virtud de la autoridad de su cargo. La imputabilidad de las declaraciones se hizo depender así de indicios de cada caso en concreto, como la mención al carácter personal de las manifestaciones o la adopción por la empresa, a la mayor brevedad posible, de las medidas necesarias para distanciarse de las declaraciones²⁵. El que la empresa no se desvinculase podía revestir a las declaraciones de un carácter oficial o institucional que, de por sí, harían extensible a ellas la presunción de la práctica de discriminación en la política de contratación de personal y, consecuentemente, la posible aplicación de la tutela antidiscriminatoria²⁶.

²⁴ De Fuentes García-Romero de Tejada, C., «Selección de personal y discapacidad. Especial referencia a las personas con trastorno mental grave», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 185/2016, p. 16.

²⁵ Estos indicios fueron recogidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de abril de 2007, asunto C-470/03, *A.G.M.-COS.MET* (ECLI:EU:C:2007:213). Pese a tratarse de un pronunciamiento desconectado del ámbito de las relaciones laborales, en él tuvieron que valorarse las consecuencias jurídico-mercantiles de unas declaraciones realizadas sobre un determinado producto por un funcionario sin capacidad de decisión en el procedimiento de control del mercado.

²⁶ Maneiro Vázquez, Y., «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 191/2016, pp. 28-29.

La anterior línea jurisprudencial podría otorgar ya por sí misma una respuesta clara al caso *NH*. En él resultaba necesario determinar el carácter discriminatorio de unas declaraciones en virtud de las cuales un abogado manifestaba que nunca contrataría ni recurriría a los servicios de abogados homosexuales en su despacho. En estas declaraciones se juntaban dos de las grandes vicisitudes ya examinadas por el Tribunal. En primer lugar, el declarante, como trabajador, carecía de capacidad jurídica para vincular a su empresa en materia de contratación; y, en segundo lugar, no había programado en el bufete en ese momento proceso alguno de selección, ni actual ni futuro. Consecuentemente, los anteriores precedentes judiciales permitirían concluir la existencia de una presunción de discriminación directa por razón de orientación sexual.

El caso *Feryn*, expuesto con anterioridad, estaba referido a la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta directiva posee un ámbito de aplicación amplio que, atendiendo a una única causa discriminatoria como es el origen racial o étnico, extiende la tutela a más facetas que la estrictamente laboral, como la educación o el acceso a bienes y servicios (art. 3). Por su parte, la Directiva 2000/78/CE era la gran protagonista en el caso *NH*. Esta directiva incluye una protección limitada al ámbito laboral pero que, por el contrario, la amplía a las modernas causas de discriminación como son la religión, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (art. 1). Pese a estas divergencias, si se pone el foco de atención únicamente en la discriminación laboral, se puede observar que ambos instrumentos comparten el mismo tenor literal cuando determinan qué actos discriminatorios son susceptibles de quedar incluidos bajo sendos ámbitos de aplicación. Ambas directivas afirman que se aplicarán expresamente a «las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional» [art. 3.1 a) de la Directiva 2000/43/CE y art. 3.1 a) de la Directiva 2000/78/CE]. Esta conexión entre ambos instrumentos normativos provocó que el Tribunal de Justicia, al enfrentarse al caso *NH*, decidiese trasladar por completo la doctrina *Feryn* a un texto normativo distinto obteniendo, pese a ello, el mismo resultado.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró necesario en el caso *NH* acudir a una interpretación autónoma y uniforme del concepto de acceso al empleo en el Derecho de la Unión Europea, que debía realizarse en función de tres principales parámetros: el sentido habitual en el lenguaje corriente, el contexto en el que se utiliza y/o los objetivos perseguidos por la norma (apartado 31)²⁷.

²⁷ Así lo dispusieron las sentencias de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, *Deckmyn y*

Si bien el lenguaje corriente no resultaba idóneo para encajar las declaraciones en el concepto de condiciones de acceso²⁸, es el último criterio, la finalidad de la norma, el que permitió adoptar una definición no restrictiva del concepto (apartados 35 a 41). Así, declaraciones por las que se rehúsa la contratación de determinadas personas por razón de su orientación sexual conformaron factores que influían en la decisión de una persona sobre la aceptación o no de una oferta de empleo y que, genéricamente, podían entrar dentro del concepto de acceso al empleo²⁹.

A pesar de que los postulados anteriores eran de fácil deducción, el caso *NH* sirvió para que tanto la Abogada General, en sus conclusiones, como el Tribunal de Justicia, en su sentencia, vieran la oportunidad de unificar en una respuesta una línea jurisprudencial que quedaba dividida en diferentes fallos judiciales, reflejando de forma clara cuáles debían ser los requisitos para que una conducta como la descrita fuese perseguida al amparo de la Directiva 2000/78/CE.

2.2. Los criterios para establecer la vinculación discriminatoria: especial atención al efecto disuasorio

La falta de un proceso de selección y el hecho que las declaraciones emanasen de quien no tenía capacidad de definir la política de contratación no podían suponer un obstáculo para la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE de manifestaciones discriminatorias por razón de orientación sexual relativas a una política de contratación. Lo determinante para delimitar ese ámbito de aplicación era, a juicio del Tribunal, la vinculación de dichas declaraciones con la política de contratación real de la empresa. Es en este punto en el que el Tribunal de Justicia reforzó en el caso *NH* su doctrina de la presunción discriminatoria en la política de contratación. Para que las declaraciones pudiesen ser censuradas conforme a la tutela antidiscriminatoria, resultaba imprescindible que éstas estuviesen vinculadas de forma real y no hipotética con la política de contratación de un empresario determinado³⁰. El Tribunal de Justicia otorgó así los criterios

Vrijheidsfonds yn y Vrijheidsfonds (ECLI:EU:C:2014:2132) (apartado 19) y de 29 de julio de 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online* (ECLI:EU:C:2019:625) (apartado 65).

²⁸ El Tribunal de Justicia entiende el concepto, en el lenguaje corriente, como aquellas circunstancias o hechos «cuya existencia deba acreditarse imperativamente para que una persona pueda obtener un empleo o acceder a un ejercicio profesional determinado» (apartado 33). En este sentido, se distancia en cierta medida de las conclusiones de la Abogada General, que entendía que el concepto incluía «las condiciones, los criterios, los medios y la manera de conseguir un trabajo por cuenta ajena» (apartado 43).

²⁹ Así se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de junio de 1995, asunto C-116/94, *Meyers* (ECLI:EU:C:1995:247) (apartado 22) en sede de discriminación por razón de sexo, tal y como remarcó la Abogada General en sus conclusiones (apartado 46).

³⁰ A la hora de explicar esta vinculación, resulta muy ilustrativa la Abogada General en

para que los jueces nacionales, ante el planteamiento de casos similares -incluso referidos a causas de discriminación diferentes-, determinasen esa necesaria vinculación.

El primer criterio que debe tenerse en cuenta para vincular las declaraciones con la política de contratación es «la posición de la persona que efectúa las declaraciones y la calidad en la que se ha expresado». En consecuencia, atendiendo a este criterio, para que existiese la vinculación sería necesario demostrar alguno de los siguientes tres escenarios: 1) que el declarante fuese un empleador potencial; 2) que, *de iure o de facto*, el declarante pudiese «influir de manera determinante en la política (...) o decisión de contratación de un empleador potencial»; o 3) que el declarante pudiese ser percibido «por el público o los círculos interesados como una persona que puede ejercer tal influencia, aun cuando carezca de la capacidad jurídica para definir la política de contratación de personal del empresario de que se trate o incluso de vincular o representar a este último en materia de contratación de personal» (apartado 44). El Tribunal de Justicia retomó en este punto la teoría de la imputabilidad de las declaraciones, ante la percepción por parte de un público al que no se le podía exigir un conocimiento exhaustivo del organigrama empresarial. De la lectura de las conclusiones de la Abogada General se infiere únicamente que el abogado que verbalizó esas reprochables declaraciones homofóbicas era un abogado senior (apartado 20). Si bien es cierto que esa condición implicaba, con carácter general, la carencia de derechos políticos en el bufete, el público podía percibir de su posición elevada cierta influencia en las decisiones empresariales. En definitiva, lo realmente relevante de dicho criterio es que a través de él el Tribunal de Justicia negó, de nuevo, la necesidad de que las declaraciones discriminatorias fuesen proferidas por el empleador, otorgando así una preponderancia relevante a la percepción de los destinatarios frente a aspectos estrictamente formales.

El segundo criterio hace referencia a la naturaleza y el contenido de las declaraciones. Para el Tribunal de Justicia, la vinculación declaraciones-política de contratación quedaría patente si las declaraciones estuviesen referidas a las condiciones de acceso al empleo o al ejercicio profesional y, a su vez, mostrasen una intención discriminatoria respecto de los miembros de un grupo protegido por la tutela comunitaria (apartado 45). Este criterio resultó especialmente importante para la Abogada General. En sus conclusiones, consideró que las declaraciones y su objeto suponían por sí mismas una anticipación a una futura contratación

sus conclusiones cuando afirma que, por ejemplo, esta vinculación no existiría si un arquitecto declarase que, si fuese abogado, nunca contrataría a alguien por razón de su orientación sexual, porque tal declaración no estaría vinculada con el acceso al empleo (apartado 52).

que realizaría el empleador en la que, según anunció públicamente, aplicaría ese criterio discriminatorio porque formaría parte de su política de contratación (apartado 55).

En último lugar, debe valorarse el contexto en el que fueron efectuadas las declaraciones, incidiendo especialmente en si estas fueron públicas o privadas o se difundieron al público a través de medios de comunicación o redes sociales (apartado 46). De nuevo, a través de este criterio, el Tribunal de Justicia puso especial atención en la recepción de las declaraciones por sus destinatarios, refiriéndose especialmente a su sentido y a cómo estas fueron aceptadas por el público en general. En este aspecto es especialmente destacable el reproche que realizó la Abogada General a la defensa del demandado, que alegaba haber proferido dichas palabras en un programa de sátira política y dejando entrever el carácter «jocoso». Para la Abogada General, el abuso del «humor» por parte de un potencial empleador no debía excusar la desazón que podía sufrir un colectivo discriminado que veía mermadas sus posibilidades de inclusión y acceso al empleo (apartado 56). En definitiva, el contexto público de las declaraciones podía incidir en la creación por parte de los destinatarios de una expectativa de la empresa y su política de contratación «oficial», siendo extremadamente necesario cuidar con recelo la imagen que se transmitía. Si en un medio público se declara una intención discriminatoria por parte del empleador o personas relacionadas a él, un integrante del colectivo afectado no tendría motivos para pensar que, en un futuro, ese criterio discriminatorio desaparecería de su política de contratación para contratarlo a él. Correspondería al empresario probar, por ello, que la percepción de las declaraciones no es coincidente con su política de contratación real.

Si bien los anteriores criterios conforman la doctrina del Tribunal de Justicia, la Abogada General optaba en el caso *NH* por introducir un cuarto en sus conclusiones: el efecto disuasorio de las declaraciones respecto a las personas pertenecientes al grupo protegido para presentarse a una oferta de empleo de ese empleador en concreto (apartado 58). Para justificar la incorporación de dicho criterio, hizo suyas las conclusiones del Abogado General en el caso *Feryn*, dada la similitud de su objeto. Según la Abogada General, declaraciones como las realizadas en el caso *NH* y su difusión, siendo fácilmente localizables en Internet, «podían disuadir a personas homosexuales de solicitar un empleo como abogados o personal de apoyo en el despacho», en la medida en que no podría esperarse razonablemente que solicitase un puesto si sabía ya con anterioridad que carecía de posibilidades de ser contratado. En gran medida, este criterio estaba muy relacionado con el anterior, el contexto de las declaraciones, ya que el carácter público de estas o su difusión llega a un mayor público y hace calar en él la idea de una política de contratación discriminatoria.

El propio Tribunal de Justicia prestó atención en la sentencia a lo declarado por la Abogada General, al afirmar que el proceso de selección, que se efectúa entre personas que presentan su candidatura y quienes no, podía quedar desvirtuado por el efecto disuasorio de declaraciones como las presentes (apartado 55). No obstante, la Abogada, a través de su inclusión, pretendía abordar un enfoque propio que, a su vez, bebía de la naturaleza de las causas discriminatorias. Determinadas circunstancias personales y sociales ligadas históricamente a formas de opresión merecen una protección especial por el ordenamiento jurídico en aras a superarlas y propiciar la inclusión. El efecto humillante de declaraciones como las ahora aquí examinadas generan una rueda de autoexclusión del colectivo afectado que también puede ser tenida en cuenta a la hora de valorar la conducta. La apuesta por este último criterio hubiese permitido que fuese examinada no sólo la intencionalidad de la conducta discriminatoria, sino el efecto perverso que ésta genera en sus destinatarios y en la reproducción de estigmas sociales.

La valoración de los tres criterios por el tribunal nacional, a efectos de valorar la existencia de un vínculo real entre las declaraciones y la política de contratación, requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias y, a su vez, global. La exactitud con la que los criterios deben ser examinados exige una ardua labor de desvirtuación por parte del empresario, que estaría obligado a probar cuál es la práctica de contratación real³¹, sin poder ampararse en cuestiones como la libertad de expresión. La línea marcada por el Tribunal de Justicia ya venía anticipando que la tutela antidiscriminatoria suponía un límite necesario al derecho a la libertad de expresión. No obstante, el caso *NH* sirvió también para recordar que declaraciones públicas discriminatorias y homófobas no suponen un ejercicio de tal derecho fundamental, sino el simple enunciado de una política de contratación discriminatoria cuya prohibición y persecución resultaba absolutamente necesaria para reforzar la tutela antidiscriminatoria³².

Independientemente del resultado, que el Tribunal de Justicia valorase la ilicitud de las manifestaciones públicas o declaraciones atendiendo especialmente a los destinatarios o víctimas (identificables o no), supuso un refuerzo importante de la tutela antidiscriminatoria que contribuirá a que no se cree una doble barrera, impuesta por el presunto empleador y por la víctima ante su efecto desazonador.

³¹ Sempere Navarro, A.V., «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)», *op. cit.*, p.5.

³² En este sentido fueron también especialmente interesantes las conclusiones de la Abogada General, de nuevo en un talante sumamente tuitivo en el que se hizo prevalecer la recepción de los mensajes por el colectivo afectado (apartados 60 a 62).

3. LA APUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA POR UNA LEGITIMACIÓN ACTIVA AMPLIA

Este esfuerzo realizado por el Tribunal de Justicia para erigir una tutela antidiscriminatoria sólida debe ir acompañado de garantías procesales que permitan hacer valer los derechos fundamentales de los afectados. La complejidad de los procesos en los que el objeto de discusión es la tutela antidiscriminatoria no debería ser un obstáculo para que las víctimas recaben de la justicia su respeto. Los trabajadores afectados suelen buscar apoyo y asesoramiento ya no solo en los sindicatos, sino también en asociaciones civiles que tengan encomendada la labor de promoción y defensa de los derechos del colectivo, tal y como se veía con anterioridad. Por esta razón, la posible intervención procesal de este tipo de entidades no podía ser obviada por el legislador comunitario. La Directiva 2000/78/CE consiguió reflejar estas consideraciones a través de la apuesta por una legitimación amplia. Pese a que las garantías procesales son una cuestión que atinge a los Estados miembros, el artículo 9.2 de la Directiva les impuso una obligación muy concreta: permitir que asociaciones, organizaciones o personas jurídicas que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la Directiva pudiesen iniciar cualquier procedimiento judicial o administrativo a tales fines. Esta legitimación de las entidades poseía un carácter subordinado, especificando el precepto que el inicio del proceso debía hacerse por las entidades o bien en nombre del demandante, o bien en su apoyo, y contando siempre con su autorización.

Esta lectura del artículo 9.2 de la Directiva parece exigir la existencia de una víctima o denunciante identificable como requisito para la actuación de las entidades en el ámbito procesal. No obstante, esto puede casar mal con la amplitud con la que el Tribunal de Justicia ha venido entendiendo anteriormente la tutela antidiscriminatoria, aplicable y exigible aun cuando no exista una persona en concreto que hubiese sido afectada de forma identificable. Como se ha podido apreciar, ello será muy frecuente en casos en los que manifestaciones o declaraciones públicas generan un sentimiento de discriminación colectiva y no individual que, además, es protegido por entidades colectivas. Las declaraciones de NH, por ejemplo, no afectaron a ningún candidato al empleo de forma concreta, precisamente porque no existía ningún proceso de selección. Sin embargo, el presunto carácter discriminatorio de las declaraciones motivó la activación de las garantías procesales por parte de una asociación de abogados dedicada a la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género mediante actividades de protección jurídica.

Del tenor literal del artículo 9 no se desprende que las entidades o asociaciones puedan actuar a falta de una víctima o demandante identificable. Sin embargo, no debe obviarse que las directivas constituyen instrumentos que

dejan a los Estados miembro un amplio margen de apreciación, dentro de sus limitaciones³³, y que actúan como derecho mínimo. Los Estados miembros pueden adoptar o mantener medidas más favorables que las dispuestas en la Directiva para el cumplimiento de su finalidad, extendiendo por ejemplo la legitimación activa plena a las entidades civiles sin necesidad de que exista una víctima identificable. El caso *NH* ha permitido observar la adopción de esta medida por parte de la legislación italiana, a través del Decreto legislativo núm. 216/2003, por el que se traspuso la Directiva 2000/78/CE. Su artículo 5.2 dispuso así que las organizaciones sindicales, asociaciones y organizaciones representativas del interés lesionado gozarían de legitimación activa «en los casos de discriminación colectiva cuando no puedan identificarse de modo directo e inmediato las personas perjudicadas por la discriminación»³⁴. La compatibilidad de este precepto con el derecho comunitario no arrojó ningún tipo de duda para el Tribunal de Justicia, concluyendo este que el reconocimiento de la legitimación activa de organizaciones a falta de víctima identificable no era más que una opción del Estado miembro en virtud de la cual definiría sus propios requisitos y circunstancias exigibles³⁵. El Tribunal de Justicia, tomando como referencia los precedentes *Accept* y *Feryn*, consideró de forma acertada que la lectura conjunta de los artículos 8 y 9 de la Directiva no se oponía a que los Estados miembros pudiesen adoptar disposiciones más favorables para la defensa de sus objetivos que las previstas en su propio texto (apartados 61 a 63). La Directiva no obligaba a que los Estados miembros reconociesen la legitimación activa de las asociaciones a falta de víctima identificable, pero tampoco se oponía a ello. Se trataba de una decisión u opción del Estado miembro que, en caso de que se adoptase, obligaba a que sea éste quien definiese los requisitos y circunstancias exigibles para el ejercicio de tal derecho.

³³ Miranda Boto, J.M., «El papel de la autonomía colectiva en la transposición de directivas», *Aranzadi Social*, 21/2002, p. 1.

³⁴ Curcio, L., «Le azioni in giudizio e l'onere della prova», *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale* (Ed. Barbera, M.), Guiffè Editore, Milán, 2007, pp. 529-560.

³⁵ La no regulación de esta cuestión por el derecho de la Unión y la remisión expresa de la Directiva al ordenamiento nacional hizo que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia fuese limitado. Sin embargo, sí profundizó en esta materia la Abogada General a través de sus conclusiones. Para ella, que la asociación hiciese respetar los derechos y obligaciones de la Directiva implicaba que debían ser valorados por el juez nacional, en el ámbito procesal, los principios de equivalencia y efectividad. Se debería tener en cuenta a su juicio que la normativa se aplicase indistintamente al incumplimiento del derecho comunitario y del derecho interno y que la disposición procesal no hiciese imposible o excesivamente difícil la aplicación del derecho de la Unión (apartados 92 a 97). En definitiva, la Abogada General mostró un gran empeño en reconocer la legitimación activa de las asociaciones y su interés legítimo, reprochando las alegaciones del demandado relativas al número de abogados de la asociación pertenecientes al colectivo LGTBI o al ánimo de lucro perseguido por la asociación (apartados 99 a 103).

Esta declaración de compatibilidad del Tribunal de Justicia aporta una visión de las garantías de los derechos fundamentales que se aleja de una línea individualista, a favor del interés legítimo colectivo³⁶. Lo cierto es que esta vía abierta viene reforzando la apuesta por una intervención procesal amplia en la defensa de la tutela antidiscriminatoria, incluso a favor de asociaciones civiles aparadas por el derecho fundamental de asociación. Esta conexión del derecho procesal de los ordenamientos internos con el derecho sustantivo, cuyo cumplimiento se reclama, deviene fundamental. Por eso, el análisis de un caso y sus características por parte del Tribunal de Justicia, aun referido a la compatibilidad del ordenamiento comunitario con un ordenamiento extranjero, siempre debe hacer reflexionar sobre su posible adaptación al ordenamiento nacional³⁷. Resulta fundamental entonces examinar cómo respondería el ordenamiento español ante la denuncia por parte de asociaciones civiles de defensa de la igualdad de declaraciones de contratación y discriminatorias por razón de la orientación e identidad sexual y qué mecanismos procesales pondría a su disposición.

4. LAS ASOCIACIONES CIVILES COMO PARTE PRINCIPAL EN EL PROCESO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1. La construcción en el ordenamiento español de la discriminación colectiva en el acceso al empleo y la falta de acción

La orientación sexual, a pesar de no estar recogida expresamente en el artículo 14 de la Constitución Española, se entiende implícitamente incluida como una causa prohibida de discriminación relativa a «cualquier condición o circunstancia personal o social», compartiendo con el resto la posición desventajosa del colectivo afectado, contraria al respeto a la dignidad de la persona³⁸. El reconocimiento expreso de la prohibición de discriminación por orientación y diversidad sexual como derecho fundamental conecta con la línea

³⁶ Lousada Arochena, J.F., «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (a propósito de las Sentencias de 18-2-1994 y de 4-10-1995 del Tribunal Supremo)», *Aranzadi Social*, IV/1996, pp. 8-9.

³⁷ Gárate Castro, J., «La actividad de los jueces españoles como factor del impacto sobre el Derecho del Trabajo español de los fallos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales en asuntos afectados por normas de política social de la Unión: cambios normativos, inaplicación de preceptos e interpretaciones conformes», *Revista Galega de Dereito Social*, 9/2019, pp. 14-15.

³⁸ En estos términos se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 41/2006, de 13 de febrero de 2006. Esta sentencia tiene además especial incidencia en el ámbito laboral, ya que en ella se declaró por primera vez que la prohibición de discriminación por condición homosexual alcanzaba en el ámbito laboral a las decisiones causales como a las decisiones nacidas de la voluntad del empresario.

marcada por el Tribunal Constitucional en virtud de la cual la defensa de los derechos fundamentales, en el ámbito laboral, no debía ceñirse únicamente a los actos que se diesen estando en curso la relación y el contrato de trabajo. Las dificultades en el acceso al empleo de colectivos discriminados constituyen un mal que el mandato constitucional debe contribuir a erradicar. De tal modo, la negativa del empresario a contratar a personas de una orientación sexual determinada «es jurídicamente relevante desde el momento en que, a la luz de los hechos, ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado la contratación»³⁹. El respeto a los derechos fundamentales, en este caso la no discriminación por razón de orientación sexual, opera para el Tribunal Constitucional como un límite claro al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, alcanzando consecuentemente la fase del acceso al empleo⁴⁰.

Esta interpretación jurisprudencial resulta plenamente coherente, aun siendo anterior en el tiempo, con la realizada por el Tribunal de Justicia respecto de la Directiva 2000/78/CE y su correspondiente ámbito de aplicación. Referidas a cuerpos normativos diferentes, ambas resaltan la necesidad de proteger al colectivo afectado en las fases previas a la contratación y en las que la discriminación no sólo opera como un atentado a la dignidad de la persona, sino también como un obstáculo histórico a la integración social. Sin embargo, la configuración en el ordenamiento español de la garantía de esta tutela antidiscriminatoria, en el ámbito procesal, puede resultar compleja de articular cuando las manifestaciones discriminatorias no se dirigen contra un sujeto identificable.

Si efectivamente un candidato en concreto resulta no ser seleccionado en un proceso de contratación por razón de su orientación sexual, el proceso de tutela de los derechos fundamentales, previsto en los artículos 177 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), podría resultar el cauce procesal más conveniente para la defensa de su derecho. Es cierto que el artículo 177.1 de la LRJS atribuye la legitimación activa para iniciar un procedimiento de este tipo al «trabajador», condición jurídica que no se adquiriría en esas fases previas a la celebración del contrato⁴¹. No obstante, que no existiese una relación

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1994, de 7 de junio de 1994 (F.J. 3º).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo de 1999 (F.J. 4º): «Por lo que atañe a la prohibición de discriminación por razón de sexo, hemos establecido que tal prohibición constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo (STC 173/1994), lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro (...), así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso (...).»

⁴¹ Sobre la inexistencia de un sujeto legitimado para iniciar el procedimiento en las fases previas a la celebración del contrato, vid. Ballester Pastor, A., «Normativa nacional en materia de igualdad de trato», *Aranzadi Social*, V/1998, p. 611.

laboral viva en el momento de la demanda podría ser un obstáculo salvable recurriendo al apartado 4 del propio precepto. El artículo 177.4 de la LRJS viene a matizar, en cierta medida, la encorsetada legitimación activa reconocida por el apartado 1º. El art. 177.4 de la LRJS reconoce legitimación exclusiva en el proceso de tutela a la víctima del acoso y a la víctima de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas de los que fuese titular. Esta última categoría, la de víctima de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, es de la que gozaría aquella persona que, careciendo de la condición de trabajador, ha visto vulnerado su derecho a la no discriminación en un proceso de selección y de acceso al empleo⁴². Esta interpretación, además, resultaría coherente con la obligación impuesta a los Estados miembros en el artículo 9.1 de la Directiva: velar por la existencia de procedimientos judiciales destinados a exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva para «todas las personas perjudicadas»⁴³.

Consecuentemente, si ya pueden surgir determinados problemas interpretativos para atribuir la condición de legitimado a un candidato discriminado, estos no se mitigan cuando la dimensión del derecho vulnerada es colectiva y no existe un perjudicado o víctima identificable. Manifestaciones discriminatorias en la contratación en fases muy iniciales del proceso de selección, o incluso siendo este inexistente, no llegan a afectar a ningún candidato identificable en ese momento en concreto, pero se ha visto cómo podían constituir una vulneración de la dimensión colectiva del derecho a la no discriminación.

La discriminación colectiva en el acceso al empleo fue una cuestión examinada ya por el Tribunal Supremo en 1994, momento en el que debió dirimir la viabilidad de una demanda interpuesta por un sindicato por violación de derechos fundamentales ante la contratación eventual de personal femenino en exclusiva⁴⁴. Según el Tribunal Supremo, artículo 14 de la Constitución, aplicable a la fase de acceso al empleo, no sólo cuenta con una dimensión puramente individual cuando se rechaza a una persona en concreto. Existe así una dimensión colectiva cuando el acto de carácter discriminatorio afecta a un grupo genérico de trabajadores

⁴² Así lo ha interpretado de forma expresa la profesora Maneiro Vázquez, reconociendo así que el art. 177.4 LRJS, al ir más allá de la condición de trabajador o sindicato, permite obviar los problemas que surgían en materia de legitimación activa estando vigente la Ley de Procedimiento Laboral. Vid. Maneiro Vázquez, Y., «La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la LRJS», *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral* (Coord. Dans Álvarez de Sotomayor), Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 193-195.

⁴³ Sobre esta obligación, vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/97, *Coote* (ECLI:EU:C:1998:424).

⁴⁴ Ese caso en concreto se dilucidó a través de dos sentencias, la de 18 de febrero de 1994, que examinó cuestiones estrictamente procesales, y la de 4 de octubre de 1995, que entró en el análisis de los actos presuntamente discriminatorios.

innominado y no identificable personalmente. A través de este pronunciamiento se puede solventar, en primer lugar, uno de los principales problemas que arroja la actuación de asociaciones u organizaciones ante discriminaciones colectivas en el acceso al empleo: la falta de acción en el proceso.

El objeto de la acción, vinculado con la existencia de una lesión actual del derecho o interés legítimo⁴⁵, representa una posición que debe ser sometida a matización en supuestos de discriminación. En supuestos de discriminación colectiva la falta de una víctima identificable impide la individualización de una persona sobre la que pudiese haber recaído un daño o lesión efectiva en su derecho a la no discriminación. No obstante, la vulneración del derecho a la no discriminación no debe circunscribirse únicamente a los supuestos en los que se causa un daño a una víctima concreta. El derecho a la no discriminación se vulnera cuando, de hecho, se constituye una situación jurídica de carácter discriminatorio que puede posteriormente desplegar sus efectos sobre una persona en particular⁴⁶. Trayendo de nuevo a colación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, resulta imprescindible recordar la presunción de discriminación que puede derivar de las declaraciones o manifestaciones públicas de no contratación. Si de determinadas declaraciones se puede extraer la implantación de una política de contratación discriminatoria, aunque no exista en el momento concreto un proceso de selección abierto, esa misma política provocaría por sí misma una situación jurídica discriminatoria. Los efectos de esa situación se desplegarían en el momento en el que, en el futuro, se rechazase la candidatura de aquella persona por razón de su orientación o identidad sexual, es decir, esa circunstancia personal representativa de la causa concreta de discriminación.

La denuncia con anticipación de un daño discriminatorio, eliminando toda práctica discriminatoria desde su concepción, aparece incluso reforzada en el artículo 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE. Según el tenor literal de este precepto, en

⁴⁵ En estos términos se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 71/1991, de 8 de abril: «(...) Es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante ejercicio de la acción. No pueden plantearse al Juez por ello cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga evidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor (...)» (F.J.5º). También, en sentido similar, se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de diciembre de 1998, disponiendo que el proceso de tutela del derecho de libertad sindical no estaba configurado «a modo de proceso cautelar por sí mismo para prevenir temidas lesiones futuras del derecho fundamental», exigiendo su objeto «una concreta lesión que debe repararse y restaurar la situación preexistente» (F.J.4º).

⁴⁶ Aramendi Sánchez, P., «La tutela judicial de personas con discapacidad. Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la Directiva 2000/78», *IUSLabor*, 1/2006, pp. 11-13.

la definición de la discriminación directa no sólo se incluyen aquellas situaciones en las que una persona sea o haya sido tratada de forma menos favorable que otra, sino también aquellas situaciones en las que «pudiera ser» tratada de ese modo. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, por la que se transpuso la directiva en el ordenamiento español, omitió esa última referencia, hablando así únicamente en presente⁴⁷. Más allá de este posible defecto en la transposición, la normativa comunitaria marca en cierta medida un camino hacia una tutela judicial efectiva y preventiva que no se limite a intervenir una vez causado el daño.

En este sentido, resulta de vital importancia recalcar de nuevo no sólo posible adopción futura por parte del empresario de decisiones discriminatorias, sino cómo determinadas declaraciones son percibidas por el público y, en concreto, por el colectivo afectado. El efecto disuasorio en el acceso al empleo que crean determinadas manifestaciones públicas ciertamente reduce la posibilidad de que la política discriminatoria, en caso de que exista, llegue a materializarse y se adopten decisiones de no contratación. Los candidatos pertenecientes al colectivo afectado ya no serán proclives a presentarse a ningún proceso de selección de dicha empresa. Es por ello que, especialmente en estos supuestos, no debe adoptarse una visión extremadamente restringida de la lesión en un derecho o un interés legítimo. El diseño de una situación jurídica discriminatoria debe ser perseguido anticipándose a daños futuros o hipotéticos. De no realizarse así, la propia conducta de los discriminados, rehusando la presentación de su candidatura a esa empresa, acabaría beneficiando a esta última. La empresa, aun contando con una política de contratación discriminatoria, no llegaría a ser sancionada porque, de hecho, esa política no se materializaría sobre unos candidatos inexistentes. El interés colectivo afectado supone así la aproximación hacia fórmulas de una tutela que, para ser efectiva, no puede limitarse a intervenir una vez causados los daños de la conducta⁴⁸.

4.2. La defensa del interés legítimo colectivo en el proceso frente a la titularidad del derecho

Si precisamente se busca la actuación frente a la discriminación colectiva, cuando todavía no existe una víctima identificable, también debe repararse en qué sujeto va a ejercer la defensa de un interés colectivo que ha resultado afectado. Dicha defensa no puede ser realizada por un sujeto individual, sino por un sujeto de carácter colectivo como, por ejemplo, el sindicato, portador de intereses

⁴⁷ Aramendi Sánchez, P., «La tutela judicial de personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 12.

⁴⁸ Aramendi Sánchez, P., «La tutela judicial de personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 11-12.

generales según el artículo 7 de la Constitución⁴⁹. El Tribunal Supremo, a través de su jurisprudencia, no sólo reconoció la dimensión colectiva del derecho a la no discriminación, sino que expresamente determinó que los sujetos colectivos, ante tales hechos, debían acudir al cauce procesal de la tutela de derechos fundamentales en atención al objeto principal del litigio. De no realizarse esa interpretación, bajo su juicio, se correría el riesgo de vulnerar el derecho de tutela judicial efectiva en la medida en que esa pretensión de carácter colectivo no podría plantearse por sujetos individuales y, consecuentemente, tendría vetado el acceso a la justicia⁵⁰.

Esta realidad intentó ser trasladada en cierta medida al artículo 177 de la LRJS a través de dos medidas de diferente signo. La primera de ellas abarcó la extensión de la legitimación activa en el proceso de tutela de los derechos fundamentales más allá de los trabajadores afectados, atribuyéndosela también y de forma única a los sindicatos. A su vez, en segundo lugar, el apartado 2 del precepto reguló supuestos de coadyuvancia, de tal modo que, cuando el trabajador ostentase la legitimación activa, pudiesen personarse como coadyuvantes el sindicato al que perteneciese, un sindicato más representativo o entidades públicas o privadas destinadas a la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, estando limitada esta última intervención a los supuestos de discriminación. Los supuestos de coadyuvancia previstos en la normativa responden a la perfección a la obligación del artículo 9 de la Directiva. No obstante, lo cierto es que la articulación y el tenor literal regulador de la legitimación activa y la coadyuvancia pueden dificultar que el ordenamiento español garantice una adecuada represión de la conducta a través de este proceso de tutela y, en concreto, a través de la actuación de las organizaciones de la vida civil.

Atendiendo al tenor literal de los preceptos anteriores, la denuncia por parte de un sindicato de ofertas de empleo o declaraciones abiertamente discriminatorias parece no arrojar complicaciones en cuanto a su articulación y legitimación expresa, teniendo en cuenta también el reconocimiento de esta última por la jurisprudencia en sede de impugnación de procesos de selección⁵¹. Sin embargo, parece que las asociaciones civiles dedicadas a la lucha contra la discriminación tengan limitada su posición en el proceso de tutela de derechos fundamentales a la coadyuvancia. La coadyuvancia, como posición procesal subordinada, depende directamente de la existencia de una víctima o denunciante identificable, sin poder el coadyuvante personarse, recurrir ni continuar el proceso al margen de la voluntad del principal legitimado. La redacción del artículo 177.2 de la LRJS

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 18 de febrero de 1994 (F.J. 5°).

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 (F.J. 6°).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003.

parece subordinar la coadyuvancia de sindicatos y entidades a la existencia de un interés individual y no colectivo, en la medida en que exige la legitimación exclusiva del trabajador⁵². Consecuentemente, ante la vulneración de la vertiente colectiva de la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo, sin víctima identificable, ya no se trata de que asociaciones civiles tengan reconocida en la legislación legitimación expresa para iniciar el proceso, sino que su intervención misma en el proceso se somete a la existencia de un denunciante identificable que, en las circunstancias de los casos examinados, no existiría.

La redacción del actual artículo 177 de la LRJS bebe en gran medida de su predecesor, el artículo 175.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL), así como de las modificaciones que este último ha ido sufriendo. El actual proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas nació de un proceso que dirigía únicamente su ámbito de actuación a la tutela a la libertad sindical y que, posteriormente, abrió su objeto a los demás derechos fundamentales y libertades públicas. El artículo 175.1 de la LPL, dedicado explícitamente al derecho de libertad sindical, preveía como únicos legitimados activamente a los trabajadores y al sindicato, siendo ellos los únicos que, a su vez, podían ser titulares del tal derecho. No obstante, y en cuanto al proceso dirigido a la tutela de los demás derechos fundamentales, el artículo 181 de la LPL omitía toda referencia a las reglas de legitimación activa. Consciente de este desajuste, la doctrina puso de manifiesto desde el primer momento que no resultarían extensibles a la defensa de los restantes derechos fundamentales las reglas de legitimación previstas en sede de libertad sindical, pudiendo acudir así sujetos distintos del trabajador y del sindicato. Se incluyó por ello a toda persona física o jurídica y entes sin personalidad jurídica titulares del derecho lesionado o de un interés legítimo, siguiendo así la dicción del artículo 24 de la Constitución⁵³.

La LRJS, más allá de cubrir las carencias de su predecesora, diseñó un proceso único de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas al que trasladó, sin embargo, las reglas de legitimación previstas en la LPL para la tutela de la libertad sindical. Por ello, las apreciaciones que se realizaron respecto del proceso de tutela de los demás derechos fundamentales de la LPL deben ser

⁵² Maneiro Vázquez, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo, A Coruña, 2007, pp. 110-111.

⁵³ Así, respecto de este parecer, véase, Maneiro Vázquez, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, op. cit., pp. 123-126; Cavas Martínez, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 248-249; Gárate Castro, J., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1999, pp. 107-108; Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J., Fernanda Fernández López, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995, p. 206.

trasladadas a la regulación vigente, apostando por una interpretación amplia de las reglas de legitimación activa incluidas en ella. De esta forma, los trabajadores y el sindicato no serán los únicos que podrán acudir como demandantes a este proceso de tutela de los derechos fundamentales, sino que lo podrán hacer todos aquellos titulares de los derechos e intereses legítimos supuestamente vulnerados. El requisito fundamental para atribuir dicha legitimación, según indica el inciso final del artículo 177.1 de la LRJS, es que la pretensión a defender quede incluida «en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas»⁵⁴. Por ello, en el ámbito de la defensa de la discriminación colectiva por parte de organizaciones y asociaciones, son dos las cuestiones que deben valorarse a efectos de atribuir la legitimación: si las asociaciones son titulares de un derecho o interés legítimo y si el orden jurisdiccional social puede conocer de una pretensión como es la defensa de la discriminación colectiva en la fase de acceso al empleo.

4.2.1. Conexión del interés legítimo colectivo con el objeto estatutario de la asociación

La discriminación colectiva y la falta de una afectación individualizada en el derecho fundamental exige que el fundamento de su tutela, por parte de sujetos colectivos, no nazca de la titularidad de un derecho vulnerado, sino del quebranto de un interés legítimo que debe ser reparado. Según se veía anteriormente, no se trata de que las organizaciones y asociaciones actúen de una forma representativa, sino como partes en un proceso que ellas mismas accionan para la defensa de un interés legítimo de su titularidad y relativo al propio colectivo de trabajadores que han sido afectados⁵⁵. El Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, ha construido un concepto de interés legítimo de mayor alcance que el derecho subjetivo presuntamente conculcado por el acto que se quiere impugnar⁵⁶. Así, ha sido plenamente asumida la identificación del interés legítimo con una titularidad potencial, por parte de quien ejercita la pretensión, de una ventaja o de una utilidad pública, no necesariamente de contenido patrimonial, que

⁵⁴ Esta interpretación ha sido compartida por la profesora Maneiro Vázquez respecto tanto del artículo 177.1 de la LRJS como de su predecesor, el artículo 181 de la LPL. Véase, respectivamente, Maneiro Vázquez, Y., «La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la LRJS», op. cit., pp. 193-195; Maneiro Vázquez, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, op. cit., pp. 95 y 124.

⁵⁵ Cruz Villalón, J., «Igualdad y no discriminación», *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones laborales (AA.VV)*, Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2001, p. 311.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1990, de 20 de marzo (F.J.2º).

llegará a materializarse si dicha pretensión prospera⁵⁷. En términos generales, de las definiciones otorgadas por la jurisprudencia, se pueden extraer tres grandes elementos que caracterizan el interés legítimo: 1) la cosa *sub iudice* objeto de la litis; 2) el sujeto interesado; y 3) la relación inmediata que se establece entre los elementos anteriores. El objeto de la litis debe producir efectos jurídicos o afectar al círculo jurídico del sujeto que se interesa por él, bien porque le beneficia, le afecta o le perjudica en ese momento o en un momento futuro. En consecuencia, una legitimación procesal derivada del interés legítimo provoca que entren en el proceso no los titulares del derecho afectado, sino aquellos que, de alguna manera, tienen algún tipo de relación con el asunto que se trata en el proceso⁵⁸.

La lectura de los tres elementos anteriores conduce a examinar cuáles son los propios objetos y elementos constitutivos de las asociaciones y organizaciones civiles que pretenden el acceso al proceso de tutela. La propia razón de ser de estos entes jurídicos determinará que exista o no, en cada caso concreto, una relación entre este y el objeto de la litis y, consecuentemente, la presencia de un interés legítimo del que serían titulares⁵⁹.

Afirmar la titularidad de un interés legítimo por parte de asociaciones y organizaciones -y, con ello, la legitimación suficiente para acudir al proceso de tutela de los derechos fundamentales-, dependerá en gran medida de cuál sea el objeto que estatutariamente hayan definido como sus fines y que, a grandes rasgos, constituyan el estatuto de grupo. Se debe prestar así especial atención al interés legítimo colectivo como atributivo de una legitimación *ad causam*, examinando de forma casuística la vinculación de un sujeto con el objeto litigioso determinado. Dentro del asociacionismo como fenómeno, las entidades de lucha contra la discriminación por razón de orientación y diversidad sexual no tienen por qué compartir obligatoriamente el mismo objeto o fin estatutario. Algunas de ellas se dedicarán a labores de promoción y difusión de la cultura LGTBI, al igual que otras tendrán un ámbito más concreto, como por ejemplo la defensa de

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2000, de 30 de octubre (F.J.3º): «Se trata de la titularidad potencial de un ventaja o utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta, vale decir, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (...). Para que exista interés legítimo (...), debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se puede cabalmente apreciar tal interés».

⁵⁸ Martínez del Toro, S., «La determinación del interés directo y legítimo en el resultado del pleito del artículo 13.1 LEC», *Práctica de Tribunales*, 144/2020, pp. 3-4.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2000, de 30 de octubre (F.J.6º): «De modo que a través de los fines estatutarios se puede y se debe apreciar la conexión o el vínculo entre las asociaciones recurrentes y el objeto del pleito y, por tanto, la presencia de un interés legítimo del que serían titulares aquellas».

la igualdad en la prensa y comunicación o la inclusión y apoyo en la infancia y adolescencia⁶⁰. Resultaría complejo reconocer la titularidad de un interés legítimo a este último tipo de asociaciones, con un ámbito estatutario muy concreto y referido a un escenario diferente de las relaciones laborales. La asociación que represente al colectivo LGTBI, para defender judicialmente el derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, deberá tener entre sus fines estatutarios, y de forma específica, la defensa del derecho a la no discriminación y el reconocimiento jurídico del derecho a la igualdad. Una referencia similar y formulada en términos amplios de ese estilo en los estatutos de la asociación u organización podría resultar suficiente para demostrar la existencia de un interés legítimo en la lucha contra la discriminación por orientación o diversidad sexual en las relaciones laborales, aunque no se hubiese delimitado su ámbito de actuación como estrictamente laboral. Las asociaciones dedicadas a la defensa de la igualdad en términos generales y sin limitarse a un ámbito concreto de la vida social serían aquellas que gozarían de mayores facilidades para reconocer la titularidad de su interés legítimo y, consecuentemente, su legitimación. La vulneración del derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales y la persecución de estos actos podría conectar de una forma directa con el objeto de determinadas entidades asociativas⁶¹, tomando como referencia el acceso a la justicia como uno de los medios prioritarios para que dicho objeto sea cumplido⁶².

Estas asociaciones de defensa del colectivo LGTBI integran de forma obvia como elementos constitutivos la igualdad y no discriminación por razón de orientación y diversidad sexual. Estos elementos determinan que las asociaciones que asuman la defensa incluso jurídica de estos derechos puedan contar, en general, con dos grandes posibilidades de reacción derivadas de la

⁶⁰ Excedería el objetivo del presente estudio realizar un análisis del objeto social de cada una de las entidades que representan el fenómeno del asociacionismo. Pueden citarse, a modo de ejemplo, la asociación Ortzadar LGTB -dedicada a la integración social, cultural y académica del colectivo LGTB-, la Asociación de Prensa LGTB -cuyo objetivo es buscar un periodismo inclusivo- o la Asociación de Familias contra la Intolerancia X Género -destinada a la prevención y lucha contra la discriminación en la infancia.

⁶¹ El ejemplo más claro de esta afirmación proviene del propio caso *NH* y la asociación que interpuso la correspondiente demanda ante las declaraciones discriminatorias. Se trataba de una asociación de abogados que no sólo contribuía a desarrollar y difundir la cultura y el respeto. Formaba en sí misma una red de abogados que favorecía y promovía la defensa judicial y el uso de los instrumentos de defensa colectiva ante situaciones de discriminación por razón de orientación e identidad sexual.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1994, de 31 de enero (F.J.3º): «(...) no puede negarse que existen algunas infracciones cuya persecución se conecta directamente con el objeto de ciertas entidades asociativas (...). No es posible ignorar que en este caso el ejercicio de la acción penal constituye un medio especialmente indicado para el cumplimiento de los fines asociativos de la recurrente (...)».

forma en que se combinan sus intereses. Teniendo en cuenta la doble vertiente de la discriminación, individual y colectiva, la orientación y diversidad sexual puede erigirse como causa discriminatoria contra un individuo concreto o contra el grupo en su conjunto. La víctima, en la discriminación individual, reaccionará con fundamento en su titularidad del derecho fundamental, pero en la discriminación colectiva es la asociación la que ostentaría un interés en que prevaleciese la igualdad⁶³. El interés legítimo que ostentaría una asociación u organización en la defensa de la no discriminación colectiva compartiría el mismo signo que esta última. Manifestaciones públicas por las que se revela la existencia de una política de contratación discriminatoria implica la defensa de los intereses de ese colectivo afectado por parte de una entidad, asociación o grupo que defiende, a su vez, un círculo de intereses propios, como es la defensa de la igualdad y no discriminación, que resulta afectado por ese concreto acto⁶⁴.

En consecuencia, la existencia de un interés legítimo va a depender no sólo del caso concreto, sino de la relación que medie entre el caso y la entidad asociativa en atención a su objetivo estatutario. No obstante, no debe obviarse que a esta conclusión se llega tras realizar una labor interpretativa que, en cierta medida, viene a suplir el silencio de la legislación procesal laboral. Reconocer el interés legítimo colectivo como fuente de legitimación en el proceso de tutela de los derechos fundamentales no solo es coherente con el principio *pro actione*⁶⁵. A través de esta interpretación también se logra eliminar obstáculos que impedirían o dificultarían la participación de las asociaciones en aras a promover condiciones garantizadoras de la igualdad⁶⁶.

4.2.2. Interpretación amplia de la competencia del orden jurisdiccional social

A pesar de que la legitimación de las asociaciones podría fundarse en la titularidad de su interés legítimo, en el proceso se dilucida la vulneración del derecho a la no discriminación producida tras esa situación jurídica concreta. Es este último derecho el que debe estar conectado, como segundo requisito para

⁶³ Fernández López, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 196-201.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 26 de abril de 2016 (F.J.4º).

⁶⁵ Entre las sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado el principio *pro actione*, véase la sentencia 122/1999, de 28 de junio.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008 (F.J.4º): «Pues bien, en particular del art. 9.2 CE, y de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos».

acceder al proceso de tutela, con las materias atribuidas al orden jurisdiccional social (no el interés legítimo). El artículo 2 de la LRJS delimita estas materias, destacando especialmente su apartado f). En él se atribuye conocimiento a la jurisdicción social de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas contra el empresario cuando su vulneración tuviese una conexión directa con la prestación de servicios. Este precepto entra también en conexión con el artículo 2 a) de la LRJS, que encomienda también a la jurisdicción social el conocimiento de los litigios entre empresarios y trabajadores en el ejercicio de los derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo.

Se ha discutido por parte de la doctrina si las lesiones de derechos fundamentales previas al nacimiento de un contrato de trabajo podrían ser dilucidadas en el orden social. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los arts. 2 a) y f) de la LRJS no exigen que la vulneración se produzca una vez el contrato de trabajo esté vigente, sino que habla de una conexión más genérica con la prestación de servicios o la relación de trabajo⁶⁷. Declaraciones que rechazan la contratación de personas por razón de su orientación sexual, como ya se ha visto, vulneran la prohibición de discriminación en una fase previa al nacimiento del contrato de trabajo como es el acceso al empleo. El acceso al empleo conecta directamente con una eventual prestación de servicios o relación de trabajo, que puede llegar o no a materializarse. Aun no existiendo una relación laboral viva en el momento de la demanda, el interés legítimo que se posee podría defenderse en el orden jurisdiccional social a través del criterio de conexidad. El orden social debe conocer de las diferencias que surjan a lo largo del contrato de trabajo y, a su vez, de las situaciones previas a su nacimiento en la medida en que, constituyendo un todo inseparable, compartirán la misma naturaleza a efectos de determinación del orden competencial⁶⁸. Consecuentemente, siguiendo esta interpretación, la titularidad de un interés legítimo, basado en la tutela de la prohibición de discriminación en el acceso al empleo, cumpliría con los requisitos para atribuir legitimación activa a una asociación dedicada a la lucha contra la discriminación.

⁶⁷ Para examinar con mayor profundidad esta cuestión, véase Gutiérrez Pérez, M., «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: ámbito material, legitimación, carácter potestativo y plazos de interposición», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 155/2012, pp. 1-6.

⁶⁸ Son numerosas las sentencias que han abordado explícitamente este criterio de conexidad, destacando por ejemplo la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 5 de enero de 1988 o las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1995 y de 30 de marzo de 1996. Por parte de la doctrina, véase Lasaosa Irigoyen, E., «Competencia jurisdiccional en las cuestiones litigiosas derivadas de los estadios previos a la contratación laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 98/1999, pp. 905-922.

5. VALORACIÓN FINAL: UNA REFORMA YA CONOCIDA

La vinculación de la capacidad para comparecer en juicio con las facultades personales y el pleno ejercicio de los derechos civiles ha sido una cuestión ampliamente superada por la LRJS. Esta línea de corte individualista fue sufriendo ligeras modificaciones desde el momento en el que el legislador otorgó legitimación a los sindicatos para la defensa de los intereses de los trabajadores y sus derechos individuales⁶⁹. No obstante, las reglas de legitimación activa incluidas en la LRJS y, especialmente, en el proceso de tutela de los derechos fundamentales, les otorgan a los sindicatos un plus de legitimidad para intervenir que, a falta de una interpretación amplia, puede llegar a entenderse como un monopolio en la legitimación.

Asumir una interpretación no restringida de la tutela antidiscriminatoria resulta fundamental para evitar que un excesivo formalismo o rigor desencadene la falta de represión de determinadas conductas. La dimensión colectiva del derecho a la no discriminación debe protegerse, fundamentalmente, a través de instituciones o entidades que representen ese interés colectivo, sin tener que realizarlo única y obligatoriamente los sindicatos. El mayor peso y calificación de las asociaciones y organizaciones de defensa de la igualdad puede conducir a situaciones en las que los trabajadores o integrantes del colectivo afectados no estén afiliados a un sindicato, pero sí a este tipo de organizaciones y que, por ello, no cuenten con los mismos mecanismos de protección -bajo riesgo de vulnerar la libertad sindical en su vertiente negativa⁷⁰.

Los compromisos adoptados por las directivas comunitarias caminaron en esa línea, mostrando la inclinación de las instituciones comunitarias por una legitimación amplia que no resulta plenamente coherente con el protagonismo exclusivo de la víctima y/o del sindicato. Las obligaciones mínimas impuestas por la normativa comunitaria, dirigidas a velar por una legitimación de las asociaciones y organizaciones derivada de mecanismos de apoderamiento⁷¹, no

⁶⁹ Aramendi Sánchez, P., «Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5/2007, pp. 6-8.

⁷⁰ Aramendi Sánchez, P., «Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)», op. cit., pp. 7-8.

⁷¹ Más allá de los ejemplos que se han visto con anterioridad, como el artículo 9 de la Directiva 2000/78, lo cierto es que el mismo tenor literal fue compartido en otros instrumentos comunitarios. En este sentido, el artículo 7.2 de la Directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientes de su origen racial o étnico exige también la posibilidad de que las asociaciones con interés legítimo puedan iniciar procedimientos en nombre del perjudicado o en su apoyo. A su vez, con idénticos términos se expresa también el artículo 17.2 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

se oponían, tal y como ha expresado el Tribunal de Justicia, al reconocimiento de una legitimación principal vinculada a la función institucional de las entidades y al cumplimiento de lo dispuesto en las directivas. Tal y como se ha podido apreciar, esta última opción adoptada en otros países de la Unión Europea, como por ejemplo Italia, no fue seguida por España en lo que atinge exclusivamente al ámbito procesal laboral, que se limitó a hacer una transposición de las directivas en sus estrictos términos sin mejorar su umbral de protección.

La legitimación individual y del sindicato, con el devenir de los tiempos, se antoja insuficiente ante supuestos de discriminación colectiva. Sin embargo, parece que esta consideración sólo ha sido pasada por alto por el legislador en el ámbito de las relaciones laborales y, en concreto, en el procedimiento destinado a la tutela de derechos fundamentales, porque existen ejemplos en diferentes órdenes jurisdiccionales, incluido el social, que han extendido la legitimación activa a entidades encargadas de la defensa del derecho a la no discriminación. Uno de los mejores ejemplos se encuentra en el artículo 165.1 a) de la LRJS, que legitima al Instituto de la Mujer para, en el proceso de impugnación de convenios colectivos, denunciar aquellas cláusulas discriminatorias por razón de sexo. A su vez, el carácter transversal de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha supuesto la modificación en este mismo sentido del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. De cara a la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el artículo 11.2 bis de la LEC y el artículo 19.1 i) de la LRJCA atribuyen una legitimación directa (y no subordinada) a las «asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres». Más allá de los posibles matices que estos dos últimos preceptos podrían tener⁷², ambos representan la atención por el legislador de la defensa de los intereses difusos y colectivos.

Esta atención, sin lugar a duda, no solo supone un avance en la defensa del interés legítimo y su titularidad. Supone el reflejo del fenómeno del asociacionismo, dedicado a la defensa de la igualdad, y el respeto y relevancia del derecho fundamental de asociación previsto en el artículo 22 de la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, ha puesto en alza la existencia de un interés legítimo de carácter económico o profesional de cara al reconocimiento de la legitimación activa de asociaciones

⁷² En la medida en que la asociación puede tener un interés legítimo que defender en un procedimiento administrativo o en un proceso civil, su legitimación derivaría precisamente de este último independientemente de que tuviese o no ámbito estatal. Sobre esta cuestión, vid. Fernández López, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, op. cit., pp. 186-188.

que, precisamente, tenían ya ese corte⁷³. La defensa de un interés profesional resulta coherente con asociaciones cuyo objeto sea específicamente la defensa de la tutela antidiscriminatoria, teniendo en cuenta además la importancia de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral, del empleo y la ocupación, que actúan como motores de integración social. En todo caso, una interpretación excesivamente restrictiva del concepto de interés legítimo, exigiendo un corte profesional de la asociación, obstaculizaría de forma muy notable la represión de conductas o manifestaciones abiertamente discriminatorias en las que el ataque se realiza a un colectivo en su conjunto.

Tal y como se examinó con anterioridad, el silencio de la LRJS no implica que asociaciones de defensa de la igualdad (en concreto, por razón de orientación e identidad sexual) no cuenten con legitimación activa para activar la tutela antidiscriminatoria en el proceso laboral. No obstante, a esta conclusión se llega después de realizar un recorrido interpretativo que intenta ser coherente con la promoción de la igualdad, el derecho fundamental de asociación y una tutela judicial efectiva ante la defensa de los intereses colectivos. No resulta extraño que, siguiendo estas mismas premisas, ya el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de cara a la protección de los derechos e intereses legítimos colectivos, reconozca la legitimación de las asociaciones afectadas o legalmente habilitadas para su defensa y promoción. La normativa procesal española no impide expresamente el acceso a la justicia de asociaciones civiles de lucha contra la discriminación. Sin embargo, el hecho de que no esté expresamente reconocido en un proceso específico de tutela de los derechos fundamentales puede provocar interpretaciones de diferente signo que hagan susceptible el triunfo de excepciones por falta de legitimación activa.

El conjunto anterior de precedentes puede abrir el camino a una reforma más garantista del derecho de no discriminación, evitando que disposiciones procesales puedan hacer extremadamente difícil la defensa y aplicación de las tutelas del derecho de la Unión y, consecuentemente, hacer peligrar el principio de efectividad ya previsto en el caso *Bulicke*⁷⁴. La falta de una previsión legal concreta deja a la merced de la interpretación jurídica la apreciación de un interés legítimo por parte de las asociaciones, que dependerá no sólo de la propia redacción de sus fines y objetivos estatutarios, sino del caso concreto y de las circunstancias en las que se quiera desplegar la tutela antidiscriminatoria. Consecuentemente,

⁷³ Véase, al respecto, las sentencias del Tribunal Constitucional 24/1987, de 25 de febrero; 195/1992, de 16 de noviembre; 47/1990, de 20 de marzo; 45/2004, de 23 de marzo o 52/2007, de 12 de marzo.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 2010, asunto C-264/09, *Bulicke* (ECLI:EU:C:2010:418) (apartados 35 y siguientes).

no se trataría de adoptar una medida desconocida en el ordenamiento jurídico español, sino de trasladar al orden social el ejemplo seguido en las restantes órdenes jurisdiccionales ampliándolo, no obstante, a las diversas causas de discriminación.

La manifestación o declaración pública de una política de contratación discriminatoria invita a la reflexión sobre su defensa, dada la vulneración de la vertiente colectiva del derecho a la no discriminación. Las asociaciones de defensa de la igualdad por razón de orientación y diversidad sexual no solo acogen en su seno a todos los particulares que, ante determinadas conductas, deciden acudir a ellas buscando apoyo. También están representando, en la sociedad actual, un fuerte motor de lucha y denuncia autónoma para la consecución de la igualdad real. El interés genérico e indiferenciado del grupo o colectivo debe contar con el plus de legitimidad del sindicato de cara a su defensa pero, a su vez, también con el reconocido a las entidades civiles constituidas específicamente para dicho fin. Que estas últimas no encuentren expresamente un cobijo en la norma procesal para ejercer la defensa de los intereses de los discriminados les resta importancia y visibilidad y, además, puede llegar a ejercer un efecto desincentivador en su labor de promoción y denuncia.

La constitución de una situación jurídica discriminatoria, previa a la producción de un daño efectivo, debe ir ligada a la defensa de la tutela antidiscriminatoria colectiva en una suerte de tutela judicial «preventiva» que evite los efectos de resignación y autoexclusión. Las asociaciones de defensa de la igualdad deben adoptar un papel que defienda el interés colectivo e impida que ese sentimiento del colectivo se vuelva beneficioso para el sujeto discriminador. Si acceso a la justicia continúa siendo el principal garante de los derechos fundamentales, las asociaciones de defensa de la igualdad deben erigirse, con un reconocimiento expreso, en sus principales guardianes.

Informes y Documentos

CONTEXTO LABORAL EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA. ESPECIAL REFERENCIA A LA INFLUENCIA DEL COVID-19

ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ

Alumno de Doctorado en Derecho del Trabajo y Seguridad

Universidad de León

EXTRACTO

Palabras clave: COVID-19, despidos, China, derechos laborales mínimos

El mercado de trabajo supone un pilar maestro en el galopante crecimiento económico de China. Detrás de la segunda economía mundial, con más de 900 millones de personas de fuerza laboral y una sólida estabilidad económica que sigue su tendencia al alza, se encuentra una población trabajadora que tiene unas condiciones muy diferentes a las de sus competidores occidentales, lo que supone un punto competitivo muy beneficioso frente a ellos y un alto atractivo para inversores extranjeros. En el presente artículo será expuesta la situación del mercado de trabajo y los derechos laborales en china, el papel que juega el gobierno, las organizaciones empresariales y sindicales, así como las principales medidas tomadas a raíz de la crisis sanitaria del COVID-19 sobre el país considerado como “la fábrica del mundo”.

ABSTRACT

Keywords: COVID-19, layoffs, China, minimum labor rights

The labor market is a master pillar in China's booming economic growth. Behind the second world economy, with more than 900 million people in the labor force and solid economic stability that continues its upward trend, is a working population that has conditions that are very different from those of its western competitors, which means a very beneficial competitive point in front of them and a high attraction for foreign investors. This article will present the situation of the labor market and labor rights in China, the role played by the government, business and union organizations, as well as the main measures taken as a result of the health crisis of COVID-19 on the country considered as “the factory of the world”.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CRECIMIENTO DE LA FUERZA LABORAL EN CHINA
3. MIGRACIONES LABORALES
4. PRINCIPALES DERECHOS LABORALES
 - 4.1. Relaciones colectivas
 - 4.2. Jornada laboral y permisos
 - 4.3. Contrataciones y despidos
 - 4.4. Condiciones salariales mínimas
 - 4.5. Régimen de trabajadores extranjeros.
 - 4.6. Seguridad social
5. IMPACTO LABORAL TRAS LA CRISIS DEL COVID-19
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Según el Fondo Monetario Internacional, la economía de la República Popular China es la segunda más grande en términos de producto interior bruto y la mayor economía del mundo en paridad de poder adquisitivo¹.

Desde que a partir de 1978 iniciara una andadura de reformas y desarrollo, ha superado todas las expectativas de crecimiento --a pesar de que en el último año registrado bajara unas décimas el porcentaje anual de crecimiento del PIB (de 6.75% en 2017 a 6,56% a 2018, el último año registrado)²--. En población también lidera las estadísticas (con más de 1390 millones de personas³) situándose muy por delante de su principal competidor a nivel poblacional, que es Estados Unidos⁴ (según estimaciones del mismo gobierno de Beijing para el año 2025 también a nivel económico, ya que destronaría a este último como primera potencia económica mundial).

A pesar de que a nivel de riqueza y producción ha conseguido posicionarse competitivamente en los mercados internacionales, en materia de derechos laborales, sin embargo, todavía existe una considerable distancia. China adolece de

¹International Monetary Fund: *Report for Selected Countries and Subjects*, 2014, en https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2013/01/weodata/weorept.aspx?sy=1980&ey=2018&sort=country&ds=.&br=1&pr1.x=40&pr1.y=0&c=924&s=NGDP_RPCH%2CPPPPC&grp=0&a= (última consulta: 18-04-2020).

²Banco Mundial: *Datos sobre las cuentas nacionales del Banco Mundial y archivos de datos sobre cuentas nacionales de la OCDE*, 2018 en <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2018&locations=CN&start=2015> (última consulta: 18-04-2020).

³National Bureau Of Statistics Of China: *China Statistical Yearbook*, 2018, en <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2018/indexeh.htm> (última consulta: 18-04-2020).

⁴United States Census Bureau: *U.S. and World Population Clock*, 2020, en <https://www.census.gov/popclock/> (última consulta: 18-04-2020).

un marco de derechos laborales poco actualizado a estándares internacionales que sí alcanzan muchos de sus principales competidores, a pesar de que la situación haya variado mucho desde que comenzaron las reformas de 1978 y su espectacular crecimiento económico.

En 2007, se aprobó la Ley del Contrato de Trabajo, que pretendía unificar en un solo cuerpo legal todas las cuestiones relativas a la relación laboral. Sin embargo, su alcance no es total y todavía quedan en vigor buena parte de las disposiciones de la anterior Ley del Trabajo, que data de 1995. La consecuencia es un fragmentado contexto normativo que genera confusión, en algunas ocasiones, a inversores extranjeros.

Además, la crisis sanitaria del COVID-19 ha implicado la aprobación de medidas extremas que han limitado la actividad económica y las relaciones laborales. Esto se ha traducido en aumento del desempleo en los primeros meses del año y en una serie de restricciones que, como en todos los países donde ha azotado esta pandemia, han congelado ingresos, ampliando las vacaciones, paralizado los conflictos y reclamaciones judiciales y, sobre todo, generado un importante desamparo a ciertos sectores.

El presente artículo pretende hacer una sintetizada exposición de la situación actual de las relaciones laborales en china y su mercado de trabajo, con una especial referencia a las principales medidas tomadas a raíz de la crisis sanitaria del COVID-19 y su concreto impacto sobre los derechos de los trabajadores.

2. CRECIMIENTO DE LA FUERZA LABORAL EN CHINA

Con la proclamación en 1949 de la República Popular China en la plaza de TianMen se inicia un régimen paternalista para la mayoría de los trabajadores chinos, que, a cambio de lealtad política al régimen, este garantizaba una serie de derechos considerados como bases del contrato social. Un momento histórico que se gestaba en un país con una economía precaria, sin desarrollo científico ni tecnológico, una industria exigua y altos índices de pobreza.

La mayoría de estos trabajadores, especialmente de las zonas urbanas, accedieron a una estabilidad laboral y vivienda, y solamente un pequeño porcentaje de temporales era reclutado en zonas rurales para encarar picos de producción. Esta situación, supuso una desaceleración de la economía China en ese periodo frente a lo que ocurría con sus competidores capitalistas, lo que implicó la necesidad de encarar nuevas reformas para reactivar la situación del país.

A partir del año 1978, se produciría un sorprendente crecimiento económico de la mano de Deng Xiaoping, que impulso radicalmente la economía sin modificar los fundamentos políticos. En el primer periodo de reformas, de 1978 a 1984,

se relajó considerablemente los controles sobre el sector agrícola, permitiendo así la emergencia de industrias a pequeña escala. Se produjo la devaluación del yuan y un modelo económico ahorro y exportaciones baratas que es mantenido a día de hoy. La agricultura fue descolectivizada, aumentando, de esta manera, de forma considerable la productividad de los agricultores.

El segundo periodo de reformas, de 1984 a 1993, resaltó por la descentralización del control estatal y se permitió a las provincias invertir fórmulas de crecimiento. Las empresas privadas cambiaron el panorama de trabajo y no tenían por qué poner a disposición de sus trabajadores los mismos beneficios de los que disfrutaban los empleados de las empresas estatales, al estar sus condiciones laborales en manos del mercado, lo que significó el desmantelamiento progresivo del contrato social socialista. Al apartar las prestaciones sociales que históricamente venían gozando los obreros del país, las empresas se vuelven más competitivas y por lo tanto florecen enormes oportunidades de negocio⁵.

De 1979 a 1995 se crearon 220 millones de nuevos empleos, cifra superior en 20 millones a la registrada de 1989 a 1978, período en que se aplicó el modelo tradicional del sistema socialista. En el maoísmo se crearon al año 8 millones de nuevos puestos de trabajo, en tanto que de 1979 a 1998 la cifra fue de 14.7 millones. Si bien, la gran diferencia poblacional entre los sectores urbano y rural era manifiesta en esta primera época, la reforma económica supuso importantes cambios en las circunstancias socioeconómicas, tanto dentro como fuera del sector agrícola que favoreció el crecimiento de las empresas rurales. En un ámbito estable y con poca competencia, la iniciativa de los campesinos y la ambición empresarial supuso el auge de las empresas rurales que multiplicó el número de trabajadores de 22 millones en 1978 a 123 en 1995⁶. A pesar de esta mejoría, nada evitó que desde 1978, se haya producido un éxodo masivo de más de 500 millones de campesinos a áreas rurales.

Todos estos cambios en el contexto económico-social fueron acompañados de cambios, principalmente, en el ámbito laboral, tanto para bien como para mal. Si bien este crecimiento supuso una serie de mejorías, como reducción del control político en el puesto de trabajo, libertad para elegir ocupación, acceso a bienes de consumo e incremento de salarios, millones de trabajadores desplazados de zonas rurales sufrieron condiciones laborales extremadamente severas y otros

⁵ Esteban Rodríguez, M.: *Situación de los derechos laborales en China: implicaciones políticas y económicas*, Madrid (Fundación Alternativas), 2011, pág. 12, en https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/opex_documentos_archivos/ea41ee7b76c9b278101cf6727bb3321a.pdf (última consulta: 18-04-2020).

⁶ González García, J. y Xue Dong, L.: "El mercado laboral en china: situación actual y perspectivas", *Comercio Exterior*, Vol.49, num.7, 1999, pág. 630.

tantos de empresas estatales perdieron sus puestos de trabajo sin posibilidad de recolocación.

En el año 1995 entró en vigor el primer código laboral nacional unificado de China. Con 107 artículos, recogía derechos básicos como promoción en el empleo, salarios, horas de trabajo y protección al trabajo infantil y fue publicada e intensamente promocionada desde el gobierno chino con el objetivo de estandarizar las condiciones laborales en todas las empresas⁷. A pesar de todo al mismo tiempo también fue ampliamente criticada por sus importantes defectos.

Existían factores como la falta de efectividad en su aplicación por parte de los gobiernos locales, la clara inaplicación por parte de los empleadores, el desconocimiento por parte de los trabajadores o el miedo de estos por las represalias que hacían de la utilidad de esta ley prácticamente muy limitada, otorgando un amplio margen, durante los más de diez años siguientes hasta la posterior reforma, a las empresas (mayormente extranjeras) a imponer todo tipo de excesos sobre los trabajadores.

En aquel momento el empleo en China ya no estaba asociado a factores políticos, sino que estaba sujeto al mercado, la capacidad laboral, y la habilidad del propio empleado y por ello las condiciones eran muy distintas. En un contexto donde una ebullente y agresiva industria precisaba de urgente mano de obra, la débil y limitada normativa laboral (la Ley del Contrato de Trabajo de 1995) no evitó que muchos trabajadores vieran vulneradas sus condiciones de trabajo en cuanto a impago de salarios, horas extraordinarias, condiciones de seguridad o despidos masivos. El descontento se reflejaba a través del seguimiento de huelgas y manifestaciones con destrozos e incluso suicidios colectivos en algunas plantillas de empresas.

Para enfriar el descontento de la fuerza laboral las autoridades chinas promocionaron la figura del contrato de trabajo. Este esencial elemento, a pesar de que suponía aparentemente un punto de encuentro entre las dos partes en cuanto a condiciones de trabajo, no siempre resultaba muy útil, al no firmarse en muchas ocasiones o firmarse sin incluir toda la información necesaria.

Existía además otro punto novedoso en este crítico contexto socio laboral que era la movilidad que tenían muchos trabajadores al no estar a la altura de las exigencias profesionales de las empresas. Los usos de nuevas tecnologías exigían que las organizaciones requirieran un mayor nivel de capacitación a los empleados y, por lo tanto, el mercado de trabajo chino comenzó a tener

⁷ OIT: *La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva*, 2000, en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb277/3-2/coll/c2.htm> (última consulta: 18-04-2020).

más dinamismo implicando la terminación del pleno empleo tradicional del socialismo.

Con este panorama laboral, no fue hasta el año 2001 hasta que comenzaron a plantearse cambios en el mercado de trabajo chino. Este mercado, vinculado siempre al contexto global de cambio estructural e institucional de la economía, adquirió un importante protagonismo a partir del ingreso del gigante asiático en la Organización Mundial del Comercio.

El 11 de diciembre de 2001, tras 15 años de arduas negociaciones, China ingresó como miembro número 143 en la Organización Mundial de Comercio y supuso la llegada de mercancías de todo el mundo al mercado más grande del planeta y por ende la comercialización de productos chinos a 159 naciones. Compañías extranjeras —sobre todo europeas y estadounidenses— aumentaron notoriamente sus inversiones en China al facilitar la apertura de fábricas en todos los sectores dando seguridad a los inversores y aumentando la oferta de puestos de trabajo (especialmente en la industria textil).

A partir de este momento las autoridades chinas aumentaron sus esfuerzos por garantizar los derechos de los trabajadores. En el año 2003 fue aprobada la Ley sobre Seguridad en el Trabajo, que otorgaba el derecho a los trabajadores a que en el caso de que se vean expuestos a situaciones que pongan en peligro su vida o condiciones de seguridad y salud en la empresa, puedan abandonar su puesto de trabajo de forma inmediata. El Consejo de Estado también recomendó promover las condiciones de trabajo de los migrantes y en el año 2005 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de China emitió una orden estableciendo que la formalización de un contrato escrito no era imprescindible para que un trabajador pudiese demostrar la existencia de una relación laboral con su empleador, ofreciendo, de esta forma, sobreprotección legal a millones de trabajadores chinos.

Todas estas medidas fueron la antesala de los cambios laborales más importantes de los últimos 15 años que llegaron en el año 2008 con la entrada en vigor de la Ley de Conciliación y Arbitraje de las Disputas Laborales, la Ley de Promoción al Trabajo y la más importante, la Ley del Contrato de Trabajo. Todas acercaron al país a una regulación laboral de estándares internacionales, haciendo hincapié en contratos de trabajo de duración definida e indefinida exigibles por ley y a mecanismos más desarrollados para la resolución de conflictos.

La Ley de Contrato de Trabajo introdujo importantes mejoras en la protección laboral del empleado sin limitar por ello la capacidad de las empresas para competir en el mercado. En este texto fueron impulsados los contratos laborales fijos, modificando los periodos máximos de prueba en función de los contratos y los procesos internos de reestructuraciones empresariales.

A través de la Ley de Promoción del Empleo también fueron introducidas importantes medidas para combatir la discriminación de los emigrantes internos, estableciendo el marco para la formación y orientación profesional e incentivando a empresarios y empresas a invertir en la formación de la fuerza laboral.

También la Ley de Arbitraje y Resolución de Conflictos Laborales mejoro la eficacia de los acuerdos en las disputas laborales, simplificando y abaratando el procedimiento para el trabajador y endureciendo los costes en caso de incumplimiento por parte de los empleadores. En este sentido desde la Ley Laboral de 1994 se establecieron tres vías para resolver los conflictos laborales en China: la litigación, el arbitraje y la conciliación. Desde un inicio la conciliación ha sido la vía más utilizada, sin embargo, debido a la capacidad amplia de tutela de los derechos que tienen los tribunales en comparación con el arbitraje y conciliación (como embargos, ejecuciones, y sanciones) esta vía está ganando terreno. A pesar de todo, el crecimiento económico agresivo, la privatización del mundo empresarial y la sensibilización de los trabajadores, empuja al reconocimiento de sus derechos en organismos externos, que, aunque más lentos, son más efectivos de cara a sus intereses.

Esta circunstancia beneficia a las autoridades, pues interesa que la conflictividad laboral se desactive a través de los cauces legales y no se manifieste en forma de disturbios —más aún cuando un porcentaje superior al 60% (aunque las cifras varíen notablemente según las provincias) de los casos sean resueltos a favor del trabajador—.

En este nuevo contexto, se ven mejoradas considerablemente las condiciones laborales de los trabajadores chinos en comparación con las décadas anteriores, sin embargo, las reivindicaciones de los trabajadores son continuas y las movilizaciones están a la orden del día⁸.

En un país donde el derecho a la huelga no está contemplado como tal (únicamente bajo la Federación China de Sindicatos que está controlada por el gobierno) y por tanto los empleados que se organizan por su cuenta pueden ser arrestados (no por hacer huelga sino por alterar el tráfico, los negocios o el orden social), la conflictividad laboral ha ido progresivamente aumentando desde el año 2008.

⁸ Esta mejora de las condiciones de trabajo es un reflejo de la evolución económica y social que está teniendo lugar en China, Mattioli, M.C. y Sapovadia, V.: “Laws of Labor”, *Harvard International Review*, núm. 26 (2), pags. 60-64.

Las disputas laborales alcanzaron niveles máximos en 2015 y en 2016⁹ y el activismo de los trabajadores en el año 2019 ha aumentado de forma paralela al ritmo en que va debilitándose el crecimiento la economía, el más lento en casi tres décadas¹⁰. Según un estudio realizado por la Universidad Capital de Economía y Negocios de China, alrededor del 75% de los conflictos entre trabajador y empresario están vinculados a los salarios y un tercio de los casos el conflicto se resuelve mediante el acuerdo entre las partes, sin la mediación de los tribunales de justicia¹¹.

Con todo esto en los últimos años se ha observado que del espectacular ritmo de crecimiento económico experimentado por China desde finales de los años setenta y fundamentado en una estrategia de desarrollo basada en las exportaciones y manufacturas intensivas en mano de obra, se ha está enfocando hacia una estrategia económica de inversión interna¹². Este cambio de estrategia, desde una excesiva dependencia del mercado exterior hasta un aumento del consumo interno y una promoción del sector servicios, ha conseguido estabilizar la economía y las condiciones laborales de sus trabajadores, quienes cada vez están más concienciados de sus derechos.

3. MIGRACIONES LABORALES

La desaparición de los antiguos privilegios recogidos en el modelo socialista y centralista, como la vivienda gratuita o el trabajo vitalicio, fueron algunos de los daños colaterales provocados por el acelerado crecimiento descrito. Estos agresivos cambios implicaron drásticas consecuencias sobre el modelo de justicia social y por tanto sobre las prioridades de la población, pues, “en solo veinte años [el sistema chino pasó] de ser reconocido como una de las sociedades más

⁹ Datos extraídos antes de la desaparición de la fuente por causas desconocidas, en China Labor Bulletin, *Strike Map*, 2018, en <https://clb.org.hk/> (último consulta: 15-09-2018).

¹⁰ National Bureau Of Statistics Of China: *National economy maintained overall stability with steady progress made in restructuring in the first three quarters of 2019*, 2018, en http://www.stats.gov.cn/english/PressRelease/201910/t20191018_1703353.html (última consulta: 15-06-2020).

¹¹ Feng, X.: “Research on Characteristics of China Labor Disputes in the Social Transition”, *ILERA 16th World Congress, 2012*, 2012, en <https://pdfs.semanticscholar.org/ad3f/a7dbf846fa5cb-cbe9af87cbf64db1f5540f5.pdf> (última consulta: 19-04-2020).

¹² Bing, X.; Roth, M. y Santabarbara, D: *Impacto Global de una desaceleración en China*, Madrid (Banco de España), 2019, pág. 1.

igualitarias del mundo a ocupar casi el último lugar en términos distributivos de renta”¹³.

Este cambio de sistema, tuvo un profundo calado sobre la sociedad china de la época, la cual veía que el desequilibrio en la riqueza (especialmente en zonas rurales en comparación con urbanas) era cada vez superior, (manteniéndose, incluso, esa desigualdad en la distribución de la riqueza hasta nuestros días, pues desde la implantación de las políticas de puertas abiertas de finales de los años 70, hasta el año 2012, ha aumentado en casi un 200%¹⁴), lo cual unido a la falta de incentivos en las zonas rurales, la bajada de los precios de los productos agrícolas y el encarecimiento de los factores productivos posicionaron a las grandes ciudades del prospero litoral como un atractivo destino para mejorar su condiciones de vida.

Sin duda, el acelerado crecimiento de las ciudades no fue provocado en exclusiva por la masificada migración de la población de zonas rurales a zonas urbanas, si no que otros factores como el rápido crecimiento de la natalidad, las menores tasas de mortalidad, los cambios en la ordenación y planificación urbana tuvieron una importante implicación en este fenómeno. A pesar de todo, ninguna duda cabe que la magnitud de las migraciones de población rural a urbana en China en aquella época no tuvo ningún precedente en comparación con sus economías competidoras a nivel internacional y supuso un importante impacto sobre el mercado de productivo en china y sobre el contexto económico y social en el momento.

Si en 1972, el total de la población rural del país era del 82,81%, en 2016 representaba menos de la mitad con un 43.22%, según estimaciones del Banco Mundial ¹⁵. En Europa este cambio tardo siglo y medio en producirse y en américa latina más de dos siglos.

Este aceleramiento poblacional urbano desmesurado no era más consecuencia que la mejoría económica y la necesidad de dotar de fuerza laboral a la ebullente industrialización¹⁶. Sin embargo, en este contexto las políticas del

¹³ Fernandez Loommen, *China, la construcción de un Estado Moderno*, Catarata (Madrid), 2001, pág. 200.

¹⁴ Según resultados comparativos del coeficiente Gini, utilizado para medir la desigualdad económica en la sociedad, en la época de aplicación de políticas económicas de puertas abiertas en comparación con el año 2012, el cual paso a ser de 0.16 en 1978 a 0.422 en el año 2012, en BANCO MUNDIAL: *GINI index (World Bank estimate) - China*, 2016, en <https://data.worldbank.org/indicador/SI.POV.GINI> (última consulta: 19-04-2020).

¹⁵ Banco Mundial: *Población rural (% de la población total) – China*, 2018, en <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.RUR.TOTL.ZS?locations=CN> (última consulta: 19-04-2020).

¹⁶ Por este hecho, los daños colaterales de esta inmigración rural han resurgido; “la afluencia sin precedentes ha creado hacinamiento, desorden social y presión a la baja sobre los salarios en las

gobierno chinas han ido dirigidas o contralar las migraciones laborales y evitar un desalojo masivo de las zonas rurales a través de efectivas herramientas como el llamado *Hùkǒu*, un permiso especial de contratación que será desarrollado más adelante. El gobierno ha conseguido controlar de una forma eficaz estos flujos migratorios, sin embargo, en cierta medida han resultado ser contraproducente en determinadas ocasiones, por cuanto es complicado encontrar perfiles laborales adecuados y ha supuesto importantes costes económicos y sobre el bienestar de ciudadanos de zonas rurales.

Varios expertos han recomendado la eliminación progresiva de políticas restrictivas como el *Hùkǒu*, para controlar estos éxodos e implementar políticas públicas basadas no en ofertas de trabajo, sino en inversiones de alto rendimiento en zonas rurales y gobiernos municipales —especialmente en salud y educación— para movilizar recursos necesarios y atraer talento¹⁷.

4. PRINCIPALES DERECHOS LABORALES

El derecho del trabajo en China no se diferencia de estándares internacionales de forma significativa excepto en lo relativo a la libertad sindical y al trabajo forzado (permitido legalmente para presos condenados judicialmente y condenados en sanciones administrativas laborales). La vulneración de derechos laborales no se debe a un sistema normativo precario sino a la deficiencia en su aplicación.

En los crecientes conflictos laborales las demandas más relevantes son las relativas a jornadas laborales, salarios, discriminación, medidas de seguridad y prestaciones sociales. A continuación son expuestas las principales condiciones mínimas en las relaciones laborales en China.

ciudades, ya que la economía china, incluso con un impresionante crecimiento, no logra crear suficientes empleos para dar cabida a todos los migrantes rurales. Por lo tanto, los más ambiciosos entre ellos ven salir de China como una opción atractiva”, en Kwong, P.: “Chinese Migration Goes Global”, *YaleGlobal Online*, 2017, en <https://yaleglobal.yale.edu/content/chinese-migration-goes-global> (última consulta: 19-04-2020).

¹⁷Park, A.: “Rural–Urban Inequality in China”, en Yusuf, S. y Saich, A. (Eds.): *China Urbanises: consequences, strategies, and policies*, Washington D.C. (Banco Mundial), 2008, págs. 41-63.

4.1. Relaciones colectivas

La *All-China Federation of Trade Unions (ACFTU)* es la única organización obrera reconocida y legal del país. Todos los sindicatos de las empresas dependen de esta organización y cualquier organización sindical independiente es ilegal.

A pesar de los profundos cambios que ha experimentado la economía china desde finales de los años ochenta, la principal función de la ACFTU sigue ayudando al gobierno a mantener la estabilidad social y política, recurriendo al patrocinio de programas sociales, asesoramiento jurídico de los trabajadores y oponiéndose a movilizaciones obreras para que estos tengan una base de poder autónoma de negociación colectiva, sin reflejar realmente la defensa de la clase trabajadora. Debido a esta situación y por sus vinculaciones con el gobierno y la patronal (al estar financiados directamente por la empresa) los sindicatos son duramente criticados por los trabajadores¹⁸.

Esta situación provoca circunstancias que favorecen la vulneración de los derechos laborales, como represalias a representantes sindicales que verdaderamente intentan defender los intereses de sus compañeros, los cuales son abandonados por partes de sus sindicatos. Sin embargo, esto no impide que el activismo laboral se duerma en China, sino más bien todo lo contrario. Ha habido un notable aumento en el número de huelgas y protestas de trabajadores en todos los sectores de la industria y todas las regiones de China en los últimos años y ahora prácticamente están a la orden del día, siendo normalizado por los sindicatos. Conflictos laborales en fábricas de empresas extranjeras como IBM, Walmart, o proveedores de importantes marcas como Apple o Samsung se han visto envueltos en conflictos laborales para mejorar o no empeorar las condiciones de sus trabajadores¹⁹.

A pesar de esto, la normativa laboral ha evolucionado notoriamente en los últimos años favoreciendo las condiciones de los trabajadores y por ende su poder de negociación con la empresa. La nueva normativa laboral otorga participación sindical en asuntos como los contratos colectivos, el reglamento interno de la empresa e incluso despidos individuales. La negociación colectiva ha logrado

¹⁸ Roberts, D: *Beijing Wants One Union to Rule Them All*, Bloomberg Business Week, 2016, en <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-11-10/beijing-wants-one-union-to-rule-them-all> (última consulta: 19-04-2020).

¹⁹ Bloomberg: *China Workers Power Sets Off Strikes for Nike, Wal-Mart*, 2014, en <https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-05-06/china-workers-power-sets-off-strikes-for-nike-wal-mart> (última consulta: 19-04-2020).

protagonismo los últimos años a través de esta herramienta de la que dispone el gobierno y de momento la única legalizada en materia de organización obrera.

En este punto crítico de representación obrera, donde crece a la misma velocidad el activismo sindical y la represión por parte del gobierno central, es esencial para el desarrollo correcto y estable de China que tanto los empleadores como el sindicato oficial reconozcan esta nueva realidad y se adapten a las circunstancias que demanda el mercado. China, a día de hoy, no ha ratificado ninguna convención de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en lo referente a libertad de asociación²⁰.

4.2. Jornada laboral y permisos

La jornada laboral en China consiste en 40 horas semanales distribuidas en 8 horas al día durante cinco días de la semana. Este tiempo, se puede alargar, previa consulta a los sindicatos, por un máximo de 36 horas al mes.

Existen una serie de motivos por los cuales no se tiene en consideración este límite de horario, como son reparaciones de urgencia requeridas por los equipos, las líneas de transporte o los suministros de carácter público que se encuentren fuera de servicio y que por ello afecten a la producción y al interés público, desastres naturales, accidentes u otras razones que pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de los trabajadores.

Se reconoce el derecho de los trabajadores a once días de vacaciones al año y además días libres según los años trabajados que lleve en la empresa y su experiencia laboral histórica, pero hay que estar a lo que se establezca en el contrato, contrato laboral colectivo o el contrato del propio trabajador. El empresario que no permita al trabajador disfrutar de sus vacaciones deberá indemnizarle con la cantidad resultante al 300% de su salario diario por cada día no disfrutado.

También son contemplados una serie de permisos como son el permiso por maternidad (tras el nacimiento del hijo, con una duración de 90 días), permiso por fallecimiento (entre uno y tres días en caso de fallecimiento de familiares

²⁰ ICEX: *China, Mercado de trabajo*, 2014, en <https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/invertir-en-mercado-de-trabajo/index.html?idPais=CN#indice>, (última consulta: 19-04-2020).

directos), permisos médicos (para la recuperación de enfermedades y accidentes) y permiso nupcial (suele ser de tres días después de la boda).

4.3. Contrataciones y despidos

En lo que respecta a los contratos de trabajo, estos deben seguir una forma determinada. Deben recoger un contenido mínimo (como la identificación de las partes, duración, descripción del puesto y lugar, horario, remuneración y responsabilidades, entre otros básicos) y se deben formalizar por escrito en el plazo de un mes como máximo desde el comienzo de la prestación de los servicios por parte del trabajador, so pena de sanciones laborales (las cuales obligan a la empresa a pagar al empleador el doble de su salario hasta un periodo máximo de 12 meses, adquiriendo el trabajador, en caso contrario, la condición de indefinido en la empresa).

Respecto a la extinción del contrato de trabajo, está puede darse en cualquier momento por parte del trabajador o de la empresa y siempre de acuerdo con las disposiciones establecidas en la normativa. Existen una serie de supuestos en los cuales no se puede extinguir el contrato de trabajo por parte de la empresa hasta que ciertas circunstancias desaparezcan como son el embarazo, la enfermedad laboral o los empleados con más de quince años de servicio en la empresa y a menos de cinco de la edad de jubilación legal.

No se prevé una indemnización para el trabajador ni un previo aviso cuando se produce uno de los siguientes seis motivos: competencia desleal, coacción o amenazas, comisión de delitos o infracciones según la normativa, incumplimiento de condiciones del contrato durante el periodo de prueba, infracción de las reglas de la empresa o sus directrices e incumplimiento del deber o un importante daño a la empresa.

Debe existir un periodo de preaviso de 30 días en el despido para los siguientes supuestos: cuando el trabajador haya quedado incapacitado para realizar su trabajo y siempre que esta situación perdure tras el periodo de baja médica, el periodo de prueba, o tras el cambio de puesto; en los casos de bajo rendimiento del trabajador tras un cambio de puesto o un periodo de formación y en el caso de que las circunstancias bajo las que se firmó el contrato sufran una variación sustancial que impida alcanzar los objetivos del contrato. Este plazo de aviso se puede subsanar con el abono de un mes extra de trabajo.

La extinción por parte del trabajador es menos limitada que por parte del empresario: puede darse en cualquier momento y se debe respetar un plazo de preaviso de 30 días en todo caso (salvo excepciones en las cuales se den

determinadas circunstancias como amenazas, ordenes ilegales o en las cuales se pone en peligro la vida del trabajador, en las cuales este no está obligado a respetarlo).

En lo que se refiere a la forma de contratar, hay que tener en cuenta un importante termino dentro de los procesos de contratación que es el Hùkǒu o sistema de permisos de residencia temporal y de inscripción de residencia que se aplica entre ciudadanos nacionales chinos. Estos, aunque tienen libertad de movimiento por todo el país, en el momento en que deciden trabajar y vivir en un lugar diferente de donde se encuentra su hùkǒu pueden ver reducidos sus derechos sociales (como pueden ser la educación o la vivienda) por ello que para evitar disputas laborales es recomendable realizar la contratación de trabajadores cuyo hùkǒu coincida con el lugar donde está localizada la empresa o con su permiso de residencia en vigor.

La forma de contratación en China está legalmente permitida tanto de forma directa por parte de la empresa o a través de intermediarios como agencias de empleo públicas o privadas, ferias u otros medios de comunicación. Para este proceso están a disposición de las organizaciones empresariales distintos medios en función de sus necesidades.

Las empresas extranjeras tienen libertad absoluta para contratar a sus trabajadores a través de las llamadas Corporaciones de Servicio Laboral, creadas por el gobierno, las cuales mantienen un continuo contacto con las Oficinas de Representación de las empresas extranjeras. Estas organizaciones se encargan de muchas tareas de gestión de recursos humanos que precisan las empresas, facilitando mucho su actividad. Entre ellas destacan la selección de personal, formación, tramites con la seguridad social, obtención de visados y permisos de trabajo, asesoría legal y transmisión y gestión del Hùkǒu, entre otras.

De entre ellos se encuentra el FESCO el primer organismo que fue creado para este fin y que lidera la cuota de mercado de estos servicios, pero se encuentran otras corporaciones como China International Intellectech Corp. (CIIC), China Star Corp., China International Talent Development Centre o China International Enterprise Co-operative Corp.

4.4. Condiciones salariales mínimas

Todo empresario en china debe pagar a sus trabajadores el salario mínimo que establecen las autoridades locales y que estas comunican al Consejo de Estado. Este salario está determinado en función del desarrollo económico, los niveles de vida, las contribuciones a la seguridad social correspondientes y el IPC (índice de precios al consumo) y varía según las zonas geográficas y la

cualificación de los trabajadores, por lo tanto, no son un indicador objetivo de los salarios reales en China.

En las zonas en las que la apertura a empresas extranjeras ha sido mayor, los salarios son más altos debido a la competencia por la mano de obra, su alta rotación y las normas locales.

Los niveles salariales se diferencian mucho de unas provincias a otras, existiendo un crecimiento mayor en las regiones menos desarrolladas que en las más desarrolladas. Así, por ejemplo, la tasa de crecimiento de los salarios mínimos en Shanghái disminuyó a 8,4% en 2016 mientras que el gobierno provincial de Guangdong anunció que mantendría los niveles de salario mínimo de 2015 en 2016 y 2017. En contraste se encuentra la provincia de Guizhou, como la región que lleva la subida más significativa de los niveles de salario mínimo en 2016²¹.

4.5. Régimen de trabajadores extranjeros

El régimen del trabajo en China está regulado por las mismas normas, con independencia de la nacionalidad del trabajador. Únicamente existen algunas especialidades para los extranjeros, concretamente ciertas excepciones en materia fiscal, seguridad social y la necesidad de obtención de visados y permisos de residencia por parte de los trabajadores expatriados.

La ley de China da prioridad de trabajo en las empresas de capital extranjero a cubrir sus vacantes con nacionales chinos exceptuando situaciones que precisen necesidades especiales manifiestas. Generalmente, las empresas extranjeras contratan personal nacional chino excepto para los puestos de gerencia o dirección, en los que se precian conocimientos técnicos muy específicos y durante los primeros años, tras la implantación de la empresa.

El 15 de octubre de 2011 entró en vigor el Reglamento de Desarrollo de la Nueva Ley de Seguridad Social, y es preceptivo para los trabajadores extranjeros cotizar a la Seguridad Social china por diferentes conceptos, lo que ha supuesto que las empresas con trabajadores extranjeros hayan visto aumentados sus costes laborales. Estos trabajadores deberán contar con afiliación al sistema

²¹ Yao, R. Y Rosettani, E.: “A complete guide to 2015 minimum wage levels across China”, China Briefing, 2015, en <https://www.china-briefing.com/news/complete-guide-2015-minimum-wage-levels-across-china/> (última consulta: 19-04-2020).

de Seguridad Social chino que obliga a contribuir con prestaciones obligatorias salvo que exista un convenio bilateral con el país de origen²².

4.6. Seguridad social

La cotización a la Seguridad Social es obligatoria en China y supone para la empresa un pago adicional de alrededor de un 40% del sueldo del trabajador (aunque los porcentajes varíen de un municipio o provincia a otro).

Estas cotizaciones se componen de tres fondos obligatorios a las que deben aportar tanto los trabajadores como los empresarios (asistencia médica, desempleo y pensión de jubilación) y dos voluntarios al que únicamente le corresponde al empleador (accidentes laborales y maternidad).

Además de estos hay que añadir el sobrecoste salarial para las empresas del llamado Fondo de Vivienda que, aunque también es preceptivo, no está encuadrado en el sistema de la Seguridad Social. Los trabajadores y empleadores están obligados a participar en este fondo con el objetivo de construir comprar o rehabilitar las viviendas de los empleados. Como en el caso de los seguros, los trabajadores expatriados no están autorizados a participar en él.

5. IMPACTO LABORAL TRAS LA CRISIS DEL COVID-19

El 20 diciembre del año 2019, en Wuhan —provincia china de Hubei —, un brote epidémico de neumonía de causa desconocida llegó a afectar a más de medio centenar de personas que habían sido infectadas durante ese mes²³. El 29 de diciembre, el Centro Chino para el Control y Prevención de Enfermedades (CCDC) pudo confirmar que la procedencia del virus era de un mercado mayorista de mariscos en el que varios trabajadores y comerciantes habían sido infectados²⁴ y días más tarde, el comité de salud municipal de Wuhan reportó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) diagnósticos, de entre los cuales siete pacientes se encontraban en estado crítico²⁵.

A los pocos días comenzaron a reportarse los primeros casos en los países vecinos y la enfermedad fue extendida rápidamente por todos los continentes

²² ICEX: *China, Mercado de trabajo*, cit.

²³ AA.VV.: “The continuing 2019-nCoV epidemic threat of novel coronaviruses to global health—The latest 2019 novel coronavirus outbreak in Wuhan, China”, *International Journal of Infectious Diseases*. núm.91, págs.264–266. (última consulta: 14-06-2020).

²⁴ AA.VV.: “An Outbreak of NCIP (2019-nCoV) Infection in China — Wuhan, Hubei Province, 2019–2020”, *China CDC Weekly*, Vol. 2, núm. 5, 2020, págs. 79-80, en <http://weekly.chinacdc.cn/en/article/id/e3c63ca9-dedb-4fb6-9c1c-d057adb77b57> (última consulta: 19-04-2020).

²⁵ International Society For Infectious Diseases: *PRO/AH/EDR> COVID-19 update*

a excepción de la Antártida, reconociéndose como una pandemia internacional por la OMS²⁶. Muchos gobiernos impusieron restricciones a la libre circulación de las personas, medidas de confinamiento y aprobaron normativas legales para aliviar el considerable efecto disruptivo socioeconómico que la crisis sanitaria provocaba, de las que luego fueron probados sus positivos resultados²⁷.

El impacto ha sido devastador, no solo para la salud –con un reporte, según la Universidad de Johns Hopkins, de 7.96 millones de casos a través de 188 países y territorios y un total de 434.000 muertos y 3.8 millones de curados²⁸–, sino también para la economía. Al principio del brote, China impuso fuertes restricciones de circulación y trabajo para frenar la propagación del virus, reduciendo los suministros de mano de obra y emplazando estratégicamente a los exportadores para que cumplieran con los pedidos. Sin embargo esta situación se ha revertido, pues las exportaciones han disminuido considerablemente a medida que la pandemia ha devastado a las economías de los socios comerciales de China²⁹.

Lo que inicialmente anticiparon como una recuperación en forma de “V” para la economía, similar a la observada después de la epidemia de SARS en 2003, los analistas posteriormente redujeron los pronósticos a niveles no vistos desde hace décadas³⁰. Por este motivo las medidas no se han hecho esperar.

El 27 de enero del 2020 el Consejo de Estado publicó el Aviso de la Oficina General del Consejo de Estado en el que se extendían las vacaciones del año nuevo chino de 2020 de los siete días iniciales hasta el 2 de febrero de 2020. Tras este anuncio, los departamentos del gobierno local anunciaron uno tras otro que las compañías dentro de su jurisdicción (excluidas las compañías que brindaban servicios públicos urgentes y necesarios, o aquellas que están relacionadas con la

(59): *global, cruise ship, more countries*, WHO, 2020, en <https://promedmail.org/promed-post/?id=20200328.7153651> (última consulta: 19-04-2020).

²⁶ World Health Organization: *Clinical Management of Severe Acute Respiratory Infection When Novel Coronavirus (2019-nCoV) Infection Is Suspected: Interim Guidance*, 2020, en <https://www.who.int/publications/i/item/clinical-management-of-covid-19> (última consulta: 16-06-2020).

²⁷ Chakraborty, I. Y Prasenjit, M.: “COVID-19 outbreak: Migration, effects on society, global environment and prevention”, *Science of the Total Environment*, Vol. 728, núm.1, 2020, pág. 5.

²⁸ Johns Hopkins University: *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*, 2020, en <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6> (última consulta: 16-06-2020).

²⁹ Sohrabi, C. *et alii*: “World Health Organization declares global emergency: A review of the 2019 novel coronavirus (COVID-19)”, *International Journal of Surgery*, 2020, págs. 71-76.

³⁰ Baldwin, R. Y Weder Di Mauro, B.: *Economics in the time of COVID-19*, London (Centre for Economic Policy Research), 2020, pág.2.

prevención y control de epidemias y el sustento de la población local) no podían reanudar el trabajo antes del 10 de febrero.

Estas restricciones al trabajo durante esa época han ido acompañadas de fuertes limitaciones en la circulación de personas. Pasadas estas fechas China volvió al trabajo, pero no a la normalidad pues los controles fueron intensificados y la reincorporación de los empleados era gradual y bastante restrictiva para muchos colectivos, dando un importante protagonismo al trabajo a distancia³¹.

El 7 de febrero de 2020 el Ministerio de Recursos Humanos y Seguridad Social de China emitió doce recomendaciones sobre la estabilización de las relaciones laborales y el apoyo a la reanudación del trabajo y la producción de las empresas. Entre ellas era impulsado el teletrabajo, y recomendados los permisos retribuidos, la flexibilidad en el horario de trabajo (distinto al sistema del horario laboral flexible, que generalmente requiere aprobación previa del gobierno) o el disfrute de las vacaciones. Los gobiernos locales, como la Oficina Municipal de Recursos Humanos y Seguridad Social de Beijing, en la provincia de Hainan y la provincia de Sichuan alentaron a las empresas de la zona adoptar acuerdos de trabajo flexible con sus empleados sin extender aún más el periodo vacacional del año nuevo chino, por ejemplo³².

Por ello, estas recomendaciones publicadas por el Ministerio, con ayuda de la Federación de Sindicatos de China, la Asociación de Emprendedores de China y la Federación de Industria y Comercio de China, y tituladas “Aviso sobre la reanudación del trabajo”, promocionaban el mantenimiento de los contratos de trabajo como principal objetivo al obligar al abono salarial por parte del empleador durante la cuarentena obligatoria, o durante el periodo de incapacidad laboral por infección, así como alentando a la negociación bilateral entre empresa y trabajador para trabajar a distancia o disfrutar de vacaciones en caso de no poder hacerlo³³.

En supuestos de incapacidad, en concreto, para trabajadores que hubiera o tengan implicación con el COVID-19, fue establecido que, si un empleado no puede regresar al trabajo después de una cuarentena obligatoria u otra medida

³¹ Xu, A.; Liu, D. y Yin, E.: “HR Management during public health crises: learning From the COVID-19 outbreak”, *China Briefing*, núm. 189, 2020, pág. 10-13.

³² Gong, S. y Zhu, C.: *Impact of the Coronavirus outbreak on Employment Relationship*, Hogan Lovells, 2020, en https://f.datasrvr.com/fr1/620/12922/Impact_of_the_Coronavirus_outbreak_on_Employment_Relationship.pdf (última consulta: 19-04-2020).

³³ Gong, S. y Zhu, C.: *Impact of the Coronavirus outbreak on Employment Relationship*, cit.

obligatoria, y necesita tratamiento médico certificado, tiene derecho (generalmente) a un permiso retribuido por enfermedad de tres a 24 meses³⁴.

En el caso de que existan probadas razones económicas que pongan en peligro la estructura de la empresa debido a la crisis sanitaria, el empleador puede negociar con los empleados un ajuste de sus condiciones de trabajo para trabajar por turnos, o incluso por horas, de tal forma que se evite en la mayor medida de lo posible los despidos masivos.

Si un empleador suspende las operaciones comerciales como resultado del brote de coronavirus, deberá de pagar la primera nómina a los trabajadores sin ningún tipo de descuento. A partir de esta primera nómina, la empresa deberá pagar un salario no inferior al mínimo local a aquellos empleados que hayan realizado algún trabajo y pagar una “tarifa de vida” a aquellos que no hayan acudido a trabajar (la obligada tarifa a la vivienda que se paga en la nómina estará determinada según las regulaciones locales aplicables). En ningún caso a los empleadores les está permitido aplicar a los empleados un “permiso sin sueldo” o “licencia no remunerada” de trabajo³⁵.

De conformidad con la Ley de Prevención y Tratamiento de Enfermedades Infecciosas de la República Popular China y las Medidas para la Administración de Información sobre el Monitoreo de Emergencias de Salud Pública y Situación Epidémica de Enfermedades Infecciosas, los empleadores deben informar de inmediato sobre emergencias de contagio entre miembros de sus plantillas, sin ocultar ni obstruir información, a las autoridades competentes de prevención y control de enfermedades o las instituciones médicas. Además, los empleadores deben cooperar con la investigación in situ en la empresa, y la inspección y la recopilación de pruebas de la enfermedad infecciosa realizada por el departamento administrativo de salud, en función a la Ley de Prevención y Tratamiento de Enfermedades Infecciosas de la República Popular China³⁶.

El mantenimiento de los puestos de trabajo y la disminución de los despidos durante esta crisis es una medida que preocupa de manera considerable al partido

³⁴ Xie, A., Voon, F. y Luo, C.: *COVID-19: Certain Labor Law Considerations in China*, The National Law Review, 2020, en <https://www.natlawreview.com/article/covid-19-certain-labor-law-considerations-china> (última consulta: 19-04-2020).

³⁵ Isaacs, J., Lu, Z. y Peng, J.: *What should employers in China be doing in the face of the coronavirus outbreak?*, Shangai (Baker McKenzie), 2020, en https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2020/02/baker-mckenzie-client-alert--employment--what-should-employers-in-china-be-doing-in-the-face-of-the-coronavirus-outbreak_v2.pdf (última consulta: 19-04-2020).

³⁶ Gong, S. y Zhu, C.: *Impact of the Coronavirus outbreak on Employment Relationship*, cit.

comunista en China y, por tanto, pretende reducirse al máximo³⁷. La tasa de desempleo urbano de China alcanzó el 6,2% en febrero, un punto porcentual más que a fines de 2019, y un récord desde que la oficina de estadísticas comenzó a publicar los datos a principios de 2018³⁸.

Por estos motivos, durante esta crisis no está permitido despedir unilateralmente a un empleado de acuerdo con el art. 40 (por ejemplo, despido preavisado por motivos derivados del propio trabajador) o 41 (despidos masivos) de la Ley de contratos de trabajo de China. Además, si el contrato de un empleado expira durante este tiempo, deberá ser extendido automáticamente hasta el final del período establecido para el permiso médico, observación médica, cuarentena o aquel que haya sido determinado por el gobierno competente según las medidas de emergencia tomadas. Aunque esta extensión de término es automática, de acuerdo con esta disposición, debe ser documentarla por escrito. Si el empleado acaba la cuarentena y necesita un tratamiento médico, debe percibir el salario según las normas establecidas para el permiso médico sin sufrir ninguna merma, según lo establecido en art. 41 de la Ley de Prevención y Tratamiento de Enfermedades Infecciosas y art. 21 de las Disposiciones Provisionales sobre el Pago de Salarios y el Aviso sobre el Manejo Adecuado de las Relaciones Laborales durante la Prevención y Control del Brote por COVID-19, emitido por la Oficina General del Ministerio de Recursos Humanos y Seguridad Social el 24 de enero de 2020. Las disputas en estos supuestos ante los tribunales de arbitraje también han cambiado sus reglas, y se han establecido suspensiones de plazos y cambio en muchos vencimientos, respecto a los cuales, muchos no reactivarán sus efectos hasta que sea superada esta crisis³⁹.

El Ministerio de Recursos Humanos y Seguridad Social, el Ministerio de Finanzas y la Administración Tributaria del Estado emitieron conjuntamente el 20 de febrero de 2020, el Aviso de reducción temporal y exención de las primas de seguro social pagaderas por las empresas que autorizó a los gobiernos provinciales a reducir o eximir temporalmente contribuciones de las compañías a las primas de los seguros sociales de sus empleados durante 5 meses. Las empresas

³⁷ Yue, Z: *China to roll out a host of policies to boost economic development*, Pekin (The State Council of the People's Republic of China), 2020, en http://english.www.gov.cn/premier/news/202002/19/content_WS5e4c1dbcc6d0595e03c2101a.html?mc_cid=6bc3cce90f&mc_eid=012e1203ce (última consulta: 15-06-2020).

³⁸ National Bureau Of Statistics Of China: *Decline of Major Economic Indicators Significantly Narrowed Down in March*, 2020, en http://www.stats.gov.cn/english/PressRelease/202004/t20200417_1739339.html (última consulta: 15-06-2020).

³⁹ Roedl And Partner: *Chinese Labor law in times of CoVid-19: Salary Cuts, Short-time work and dismissals*, 2020 en <https://www.roedl.com/insights/covid-19/corona-china-labor-law-short-time-work-dismissal-salary-cuts> (última consulta: 19-04-2020).

que enfrentan dificultades severas en la producción y operación afectadas por el brote de COVID-19 pueden solicitar el pago diferido de las primas del seguro social por seis meses.

En lo que respecta a las vacaciones, tras la prolongación de las festividades por parte del Gobierno del año nuevo chino, estas han sido consideradas como días de descanso por algunas autoridades en el régimen de derecho laboral en China. Los empleados que trabajan durante el período extendido de vacaciones tienen derecho a tiempo libre compensatorio o dos veces su nivel regular de remuneración en caso de no percibirlo. En ciertas ciudades y provincias como Shanghai, Jiangsu, Zhejiang y Guangdong, los gobiernos locales ordenaron retrasos en la reanudación de los negocios hasta el 9 de febrero de 2020 o una fecha posterior, a excepción de aquellas empresas que son esenciales para el funcionamiento de la ciudad, la prevención de epidemias y el control y cobertura de las necesidades básicas de las personas⁴⁰. Los empleadores que no implanten estas disposiciones pueden enfrentar graves consecuencias de conformidad con los artículos 64 y 66 a 68 de la Ley de Respuesta a Emergencias de la RPC (《中华人民共和国突发事件应对法》), que se promulgó en 2007.

De acuerdo con la Oficina Municipal de Recursos Humanos y Seguridad Social de Shanghai (“Shanghai HRSS”), la suspensión del trabajo se considerará como “días libres”. Si los empleados trabajan durante este período de tiempo, tienen derecho a disfrutar de días libres o a percibir el 200% de salario.

Según las regulaciones de las provincias de Beijing, Henan y Hainan, las empresas pueden dar prioridad en la aplicación para estas fechas del acuerdo de vacaciones anuales para los empleados. En las provincias de Guangdong, Zhejiang y Shandong, además de poder ser aplicado esto último, las empresas deben consultar con los empleados para obtener su consentimiento y acuerdo. En Beijing es señalado que después de un proceso incapacidad largo para trabajar por haber sido afectado por la epidemia, el empleador puede acordar con los empleados un tiempo de “espera al trabajo”. Durante este tiempo, el empleador deberá pagar los gastos básicos de vida de acuerdo con no menos del 70% del salario mínimo estándar de Beijing⁴¹.

Muchas provincias y regiones autónomas han desarrollado plataformas online y de financiación para ayudar e informar a empresas a estabilizar empleos y responder adecuadamente al impacto de la epidemia en su retorno a la actividad.

⁴⁰ Xie, A., Voon, F. y Luo, C.: *COVID-19: Certain Labor Law Considerations in China*, cit.

⁴¹ Leglobal: *Zhong Lun article sheds new light on Coronavirus Epidemic and Impact on Employers in China*, 2020, en <https://leglobal.org/2020/02/07/zhong-lun-article-sheds-new-light-on-coronavirus-epidemic-and-impact-on-employers-in-china/> (última consulta: 19-04-2020).

Se espera que estas oficinas laborales locales fortalezcan la orientación y los servicios para los empleadores afectados y aumenten la supervisión y cumplimiento de la seguridad laboral de los empleados. Además, estas han lanzado una amplia variedad de medidas de apoyo financiero a empresas clave en la prevención y el control de epidemias (como compañías de dispositivos médicos o farmacéuticos) y a industrias que se han visto significativamente afectadas por el brote del coronavirus (como el turismo, la restauración, el transporte o el alojamiento)⁴².

El incumplimiento de las medidas indicadas y de las disposiciones señaladas en la Ley de Prevención y Tratamiento de Enfermedades Infecciosas de China y en la Ley de Respuestas de Emergencia de China, puede traer importantes consecuencias. Son aplicables sanciones económicas, de suspensión de actividades o licencias comerciales, o incluso penas de cárcel que pueden ir desde los tres a los siete años⁴³.

6. CONCLUSIONES

Como ha sido indicado, China dispone de bases jurídicas suficientes para defender los derechos de los trabajadores y mejorar su calidad de vida, sin embargo, el problema radica en la deficiencia en la aplicación de su sistema jurídico.

Excepto en lo relativo al trabajo forzado y libertad sindical, no se diferencia de manera significativa de estándares internacionales en derechos laborales, sin embargo, la falta de eficacia en la aplicación, la falta de compromiso de las autoridades y principalmente la ausencia de organizaciones sindicales que velen por los derechos laborales ha implicado que la mejora en las condiciones de trabajo haya tenido un avance considerablemente lento.

Es innegable que desde el desarme del contrato social y la liberación de su economía hasta hoy se han producido avances en derechos laborales, pero no con la magnitud y a la velocidad deseada. El descontento y el crecimiento de las reivindicaciones han forzado a las autoridades a crear de manera paulatina un sistema de mejora de las condiciones de trabajo, pero la inadecuada aplicación de este aboca a que los conflictos sigan en aumento.

Esta ineficiencia de la legislación laboral China pasa por la necesidad de aumentar el número de inspecciones, así como de inspectores y sus competencias. En China las inspecciones son escasas y rara vez se emite un informe negativo

⁴² Gong, S. Y Zhu, C.: *Impact of the Coronavirus outbreak on Employment Relationship*, cit.

⁴³ Xie, A., Voon, F. y Luo, C.: *COVID-19: Certain Labor Law Considerations in China*, cit.

y consecuente con la realidad empresarial derivando toda la responsabilidad sancionadora a los tribunales de justicia y saturándolos.

La creciente conflictividad laboral, la paulatina mejora de las condiciones de trabajo y la escasez de mano de obra cualificada en ámbitos localizados, son factores importantes que han variado las condiciones de los trabajadores en los últimos años. Este cambio ha supuesto que muchos fabricantes e inversores extranjeros vean obstaculizado su actividad en China y hayan valorado y apostado por deslocalizar sus industrias a territorios vecinos como Vietnam, Camboya o Bangladesh⁴⁴.

Estas lentas mejoras en el contexto laboral, a pesar de todo, han sufrido un manifiesto frenazo a raíz de la pandemia global del COVID-19. China ha sido la primera de muchas economías globalizadas que ha congelado su actividad económica y laboral para reducir el contagio y ha tomado medidas que sí son aplicadas con efectividad a diferencia de lo que ocurre con su normativa laboral. Todas estas han ido dirigidas a mantener la pieza clave del mercado de trabajo en el país que es el contrato de trabajo.

La prohibición de despedir durante el periodo de confinamiento es una medida extremadamente positiva que ha sido copiada por muchos socios comerciales occidentales (como España, Italia o Dinamarca). Las recomendaciones sobre flexibilidad, la aplicación obligatoria de vacaciones a los días de confinamiento o incapacidad laboral por sufrir la enfermedad, así como los impulsos financieros a las empresas afectadas o los estrictos sistemas sancionadores son muchas de las disciplinadas medidas que han permitido dar una respuesta eficiente y con unas correctas garantías a los derechos laborales a esta crisis desde China.

Por ello, a pesar de que China se enfrenta a importantes problemas estructurales con carácter general (como una deficiente aplicación del marco legal de la protección de derechos laborales, un envejecimiento de la población o un aumento de los costes salariales que pudiera espantar a inversores extranjeros), la respuesta a esta crisis sanitaria ha evidenciado la existencia de un sólido sistema que, aplicado de la forma adecuada, ofrece las mismas garantías en derechos laborales y cualquier socio comercial europeo.

Las recomendaciones indicadas para su mejora no obstaculizan para que el país siga siendo el destino de referencia de la inversión extranjera y se confirme como el gran mercado del mundo.

⁴⁴ Ozawa, T y Bellak, C.: "Will the World Bank's vision materialize? Relocating China's factories to sub-Saharan Africa, flying-geese style", *Global Economy Journal*, 2012, vol. 11, núm. 3, pág. 29.

Comentarios de Jurisprudencia

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
Universidad Loyola Andalucía

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN
EN EL ÁMBITO DE EMPLEO Y LA OCUPACIÓN POR RAZÓN DE
ORIENTACIÓN SEXUAL**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020
ECLI:EU:C:2020:289. Caso NH vs Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*

M^a TERESA VELASCO PORTERO*

SUPUESTO DE HECHO: NH era un abogado italiano que declaró durante una entrevista de radio no querer contratar ni contar con los servicios de personas homosexuales en su despacho de abogados. A resultas de ello, la Associazione Advvocatura per i diritti LGBTI, considerando que había proferido declaraciones constitutivas de una conducta discriminatoria basada en la orientación sexual de los trabajadores y que con ello había infringido la legislación nacional, le demandó ante el Juez de lo Social del Tribunale di Bérgamo. Por medio de auto de 6 de agosto de 2014, el Juez declaró ilícita la conducta, por su carácter discriminatorio, condenando a NH a pagar a la asociación la cantidad de 10.000 euros en concepto de indemnización por el daño causado; asimismo, se ordenó la publicación parcial del auto en un periódico de alcance nacional. NH interpuso recurso contra el auto en cuestión ante la Corte d'appello di Brescia (Tribunal de Apelación de Brescia, Italia), alegando falta de legitimación de la asociación así como aplicación errónea de la legislación puesto que había expresado una opinión sobre la profesión de abogado presentándose, no como empleador, sino como simple ciudadano. El tribunal de apelación, mediante sentencia de 23 de enero de 2015, desestimó el recurso presentado. Dicha sentencia fue recurrida en casación por NH. La Corte Suprema di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación italiano) plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo objeto es la interpretación exacta de las normas establecidas por la Directiva 2000/78/CE desde el punto de vista: a) de la legitimación activa de una asociación de abogados, y b) de la aplicabilidad de la normativa antidiscriminatoria en el empleo a la libertad de pensamiento.

RESUMEN: Respecto a la segunda cuestión, el Tribunal parte de considerar que en realidad lo que está preguntando el órgano remitente no es tanto con respecto al concepto mismo de discriminación (art. 2 de la Directiva) sino si las declaraciones efectuadas (que no se inscribían en ningún proceso concreto de selección de personal) se podrían incluir en el ámbito material de la Directiva (art. 3) que se refiere a las “condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional”. Para determinarlo acude a los distintos criterios de interpretación de la norma y en particular al criterio teleológico, atendiendo a su finalidad. De esta manera llega a la conclusión de que las declaraciones de un sujeto según las cuales su empresa no contrataría a personas con una determinada orientación sexual estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva siempre que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y el ejercicio profesional dentro de esa empresa no sea hipotético, sin que eso quiera decir que sea necesario que esté en marcha ningún proceso de selección de personal. Respecto a la cuestión de la legitimación activa de la asociación, habida cuenta de que no hay una persona perjudicada identificable, el Tribunal considera que la literalidad de la norma no obliga a ello, pero nada obsta a que los Estados establezcan disposiciones más favorables al principio de igualdad, como sería la de reconocer dicha legitimación. Por ello, responde a la segunda cuestión en el sentido de que la Directiva no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual este tipo de asociaciones tengan legitimación activa para entablar procedimientos judiciales destinados a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva.

* Profesora Titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

INDICE:

1. LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ
2. EL CUERPO DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA
3. BIBLIOGRAFÍA

1. LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL DERECHO LA UNIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ^{1}**

La referencia expresa a la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual en la legislación comunitaria no se produce hasta la aprobación del Tratado de Amsterdam, que entró en vigor el 1 de enero de 1999. Su artículo 13 (actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) señalaba: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Fue muy criticado, pero abrió la puerta a las sucesivas directivas en el ámbito del empleo y la ocupación. Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (año 2000) establece en su art. 21 que “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo... u orientación sexual”.

Aunque estos fueron los principales hitos en esta materia, hay que decir que el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual había sido tenido en cuenta ya anteriormente por la Unión Europea, desarrollándose en primer lugar con respecto al ámbito del empleo y siendo incorporado posteriormente en la regulación de otros aspectos de la vida de los ciudadanos.

Las primeras referencias a la discriminación por orientación sexual en el derecho comunitario las encontramos en dos Resoluciones del Parlamento Europeo: la de 13 de marzo de 1984, sobre discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo y la de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea. A partir de estas Resoluciones se llegó a unas bases para elaborar las posteriores normas vinculantes.

¹ El presente comentario forma parte de los resultados del proyecto “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales”, del Programa I+D+I Retos 2018, investigadores principales Gárate Castro y Maneiro Vázquez.

La Resolución de 13 de marzo de 1984 se refería a la libertad de circulación de personas homosexuales, atendiendo a la circunstancia de que se desplazasen a trabajar en un país poco tolerante. Ante la constatación de que frecuentemente se producían despidos por razón de la orientación sexual y se constataba la existencia de condiciones laborales discriminatorias, se instó a la Comisión Europea a elaborar y dictar medidas para evitar estos sucesos, con la consiguiente solicitud a la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) a que descalificase la homosexualidad como una enfermedad (se eliminó del listado de enfermedades en 1992). La segunda resolución, de 8 de febrero de 1994, conocida como Resolución Roth, nace a partir de un estudio realizado por expertos, cuyo núcleo era el empleo y los transexuales, que arrojaba resultados preocupantes. A raíz de ello la Comisión Europea instó a los Estados Miembros a elaborar políticas y medidas para favorecer las condiciones de los transexuales en el ámbito laboral. La Resolución considera la discriminación por razón de orientación sexual como un ataque directo a los Derechos Humanos.

A partir de estos primeros pasos la discriminación por orientación sexual ha sido tenido en cuenta expresamente en varias Directivas:

1. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato, y en particular obliga a todos los países de la UE a brindar protección jurídica frente a la discriminación y el acoso por motivos de orientación sexual en lo que concierne a las solicitudes de empleo, la promoción, la formación, las condiciones de trabajo y el salario y el despido.

2. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), también protege a las personas transgénero en su vida profesional, frente a la discriminación debida al cambio de sexo.

3. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, establece un conjunto de derechos vinculantes para las víctimas y de obligaciones claras para los países de la UE para garantizar que se puedan ejercer. Según esta Directiva “las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional,

sin discriminación de ningún tipo por motivos como la raza, el color, la etnia o el origen social, los rasgos genéticos, la lengua, la religión o las creencias, la opinión política o de otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad, la edad, el sexo, la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual, el estatuto de residente o la salud”.

En cuanto a la doctrina del TJ sobre este tema, hay que señalar que antes de la aprobación de la Directiva 200/78/CE había tenido ocasión de pronunciarse sobre posibles discriminaciones por motivo de homosexualidad y transexualidad, poniendo de manifiesto que se trataba de una cuestión distinta de la discriminación por razón de sexo y la necesidad de que se abordara la cuestión normativamente.

Con posterioridad a la Directiva se han dictado también varias sentencias importantes a este respecto. La primera de ellas es la STJUE 147/08, de 10 de mayo de 2011, Caso Römer, resolviendo un supuesto de conflicto con respecto a la cuantía de la pensión de jubilación de un trabajador homosexual con pareja de hecho cuando la ley nacional solo reconoce el matrimonio entre personas de distinto sexo y la pensión tiene una cuantía mayor si el trabajador está casado. Según STJUE 147/08 “existe discriminación directa debido a la orientación sexual porque, según la legislación nacional, dicho compañero de vida se encuentra en una situación legal y fáctica comparable a la de una persona casada con respecto a dicha pensión.

La segunda es la STJUE 267/06, de 1 de abril de 2008, Caso Maruko, en el que de manera similar al caso anterior un trabajador homosexual no puede acceder a determinada mejora de carácter laboral por la imposibilidad legal de contraer matrimonio con su pareja. El origen era un litigio entre un trabajador homosexual y una caja de pensiones alemana, que se negaba a reconocerle el derecho a una pensión de viudedad en concepto de prestación de supervivencia establecida por el régimen obligatorio de previsión profesional al que estaba afiliado su pareja. Así la STJUE 267/06 consideró discriminatoria “una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia”. (párr. 73).

Por último, en la STJUE 267/12, de 12 de diciembre de 2013, Caso Hay, el litigio versa sobre una cláusula de convenio colectivo que establece determinadas ventajas a las personas que contraen matrimonio y no las extiende a las que celebran un pacto civil de convivencia, en el supuesto de una normativa nacional

que no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. También en este caso el TJ considera que existe una discriminación directa por razón de orientación sexual, aunque en realidad en su origen la discriminación se origina por la prohibición legal de matrimonio de los respectivos países (Alemania y Francia).

Un supuesto de hecho más similar al de sentencia que nos ocupa fue el del litigio que dio lugar a la Sentencia C-81/12 del TJUE, de 21 de abril de 2013, Caso *Accept*. En esta ocasión, los hechos se remontan al 3 de marzo de 2010, fecha en que la Organización No Gubernamental *Accept*, presentó una denuncia contra George Becali y el FC *Steaua* de Bucarest con motivo de la supuesta violación del principio de igualdad de trato en materia de contratación de personal. *Accept* fundamentaba su denuncia en el hecho de que el 13 de febrero de 2010, en una entrevista sobre el posible traspaso del futbolista profesional X y la supuesta orientación sexual de este último, el mencionado empresario y político rumano había pronunciado unas declaraciones de las que podía desprenderse que el mandatario del club de Bucarest preferiría recurrir a un jugador de la cantera en vez de contratar a un futbolista presentado como homosexual (estas expresiones eran, entre otras, “no cojo a un homosexual en el equipo ni aunque el FC *Steaua* tenga que cerrar...nada pinta un gay en mi familia...prefiero jugar con alguien de la cantera que tener un homosexual...ni aunque me lo ofrecieran gratis”). *Accept* argumentó que las suposiciones filtradas por los medios de comunicación y confirmadas por George Becali en torno a la homosexualidad del jugador X en cuestión, frustraron su contratación. De entre las preguntas que se elevaban al TJ nos interesa especialmente la contestación a dos de ellas. La primera, que los artículos 2, apartado 2, y 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE deben interpretarse en el sentido de que hechos como los descritos pueden calificarse de “hechos que permiten presumir la existencia de discriminación” respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club. En segundo lugar, que el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal sean calificados de “hechos que permiten presumir la existencia de discriminación” basada en la orientación sexual en la contratación de jugadores por un club de fútbol profesional, la carga de la prueba tal como está modificada en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva no lleva a exigir una prueba imposible de aportar sin violar el derecho de respeto a la vida privada.

El supuesto de hecho de esta sentencia presenta evidentes conexiones con el del litigio que está en origen de la sentencia que es objeto de este comentario, que

es la más reciente que se ha ocupado del tema de la discriminación por razón de orientación sexual y la Directiva 2000/78/CE.

2. EL CUERPO DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA

En esta ocasión el TJ tiene ocasión de pronunciarse de nuevo sobre un asunto en el que la posible discriminación no tiene su causa última en una limitación legal, sino de una actuación entre particulares. De nuevo tenemos unas declaraciones sobre posibles contrataciones efectuadas por una persona que está en situación de poder realizar la selección de personal, aunque en este caso no se refieren a la posible contratación de un trabajador concreto sino de manera general a cualquier proceso de selección que se hiciera.

El Tribunal se plantea en primer lugar si ese tipo de declaraciones, no vinculadas a un proceso de selección concreto, están dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva y pueden considerarse a esos efectos “condiciones de acceso al empleo” “y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación”. Señala el TJ que es necesario que dicho concepto sea uniforme en todos los países, y que dada la importancia que tiene el principio de no discriminación en el Derecho de la Unión, y su naturaleza de derecho fundamental no puede hacerse una interpretación restrictiva de su ámbito de aplicación. Por tanto, considera que dentro del concepto de “condiciones de acceso al empleo” y “criterios de selección” están incluidas “declaraciones públicas sobre una política de contratación determinada, aunque el sistema para contratar considerado no se base en una oferta pública ni en una negociación directa tras un proceso de selección que presuponga la presentación de candidaturas y una preselección de estas en función del interés que presenten para el empresario”.

A mayor abundamiento, y apoyándose en la sentencia *Accept*, considera que el hecho de que las declaraciones no emanen de quien tiene la capacidad necesaria para definir la política de contratación o para contratar no es determinante para excluir la conducta del ámbito de aplicación de la Directiva, siendo el tribunal nacional el que tiene que valorarlo, teniendo en cuenta si el empresario se ha distanciado de la postura de quien hace las declaraciones, y cual ha sido la percepción por parte del público en general. Tampoco es determinante para excluir la aplicación de la Directiva el hecho de que no hubiera ningún proceso de selección en marcha en aquel momento.

Siendo estos dos elementos irrelevantes para excluir la conducta del ámbito de aplicación de la Directiva, considera el TJ que la clave está en que las declaraciones puedan vincularse efectivamente a la política de contratación de personal

de un empresario determinado, lo que exige que el vínculo que presenten con las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional para ese empresario no sea hipotético. La existencia o no de tal vínculo corresponde apreciarla al tribunal nacional, con arreglo a los siguientes criterios:

1. La posición de la persona que efectúa las declaraciones y la calidad en que se ha expresado, de forma tal que esa posición o calidad acredite o bien que él mismo es un empleador potencial o bien que, de iure o de facto, puede influir de manera determinante en la política de contratación o en una contratación concreta. O, al menos, que pueda ser así percibido por el público en general o por los interesados.
2. La naturaleza y contenido de las declaraciones: deben referirse a las condiciones de acceso al empleo o ejercicio profesional respecto del empresario y mostrar intención de discriminar.
3. El contexto: su carácter público o privado, y si se ha hecho por medio de comunicación tradicional o redes sociales.

Como segunda cuestión importante, el TJ se pronuncia sobre la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, atendiendo a que la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que puede tener limitaciones establecidas por ley que limiten el contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad (es decir, que sean necesarias y respondan a objetivos de interés general reconocidos por el derecho de la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás), considera el TJ que todos estos requisitos se cumplen en este caso.

Por todo ello, el TJ concluye que este tipo de declaraciones están dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, pero remite al órgano jurisdiccional nacional la determinación si en el caso concreto el vínculo concreto entre las declaraciones y las condiciones de acceso al empleo es real y no hipotético.

También se pronuncia el TJ sobre la adecuación a la directiva de una legislación nacional que otorga legitimación activa a una asociación cuyo objeto social es el de la defensa de personas con una determinada orientación sexual simplemente por el hecho de tener este objeto. En este sentido, considera que la Directiva no obliga a ello, pero los estados pueden hacerlo por tratarse de una medida más favorable para la protección del principio de igualdad.

En definitiva, esta sentencia tiene como peculiaridad la de referirse a unos hechos que no traen su causa última en la existencia de una ley que impida el matrimonio homosexual, sino directamente en unas actuaciones potencialmente discriminatorias por sí mismas, a diferencia de las sentencias del TJ anteriores a la aprobación de la Directiva 78/2000/CE. Por otra parte, aunque se trata de un

supuesto en parte similar al que dio origen a la anterior sentencia sobre discriminación por orientación sexual, las distintas cuestiones planteadas por el tribunal remitente posibilitan la reflexión del Tribunal sobre aspectos distintos, como son los criterios que ha de tener en cuenta el tribunal nacional para determinar si en estos casos la conexión entre las declaraciones generales y la concreta política de contratación de la empresa es real y no hipotética, así como la fijación de los límites entre libertad de expresión y prohibición de discriminación.

3. BIBLIOGRAFÍA

CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., *El Derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*. Bomarzo, 2014.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, N^o 191, 2016.

DE LAS PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES CUANDO SU
CAUSANTE ERA BENEFICIARIA DE UNA PENSIÓN DEL SEGURO
OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ: “LA CUESTIÓN DE
GÉNERO” COMO ELEMENTO CLAVE PARA LA REVISIÓN DE
DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo 416/2020, de 29 de enero de 2020

ECLI: ES:TS:2020:416

JORGE BAQUERO AGUILAR*

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de una persona que solicita una prestación en favor de familiares por muerte y supervivencia, siendo su causante beneficiaria de una pensión del extinto Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. Dicha prestación fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social porque carecía de los requisitos necesarios previsto en la normativa vigente: “*no tener la condición de pensionista de jubilación o incapacidad contributiva*”.

RESUMEN: Hasta el momento, la concesión de la prestación a favor de familiares no se contemplaba dentro de nuestro ordenamiento jurídico para las pensiones de SOVI. No obstante, derivado de la influencia tanto de la normativa internacional como de la europea; así como también de las últimas interpretaciones de los Tribunales (tanto nacionales como internacionales), se ha producido la inclusión de un nuevo elemento diferenciador que ha provocado un cambio de doctrina en nuestras resoluciones jurisprudenciales: “*la cuestión de género*”; lo que ha procurado una nueva interpretación finalista de la normativa en vigor que evite situaciones de discriminación tanto directa como indirecta hacia la mujer a la hora de acceder a ciertas prestaciones en materia de Seguridad Social. Así lo ratifica esta STS, Social, de 29.01.2019, dictada en el seno del recurso de casación para la unificación de doctrina número 3097/2017.

* Profesor Sustituto Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: DE LA TRANSITORIA REGULACIÓN LEGAL DEL SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ (SOVI)
2. LAS PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES POR CAUSA DE MUERTE Y LOS BENEFICIARIOS DEL SOVI
 - 2.1. Requisitos que han de cumplir los solicitantes o beneficiarios de las prestaciones familiares por hijos a cargo
 - 2.2. Requisitos que han de cumplir los causantes
3. LA STS DE 29 DE ENERO DE 2020: UN CAMBIO DE RUMBO EN LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - 3.1. La Ley Orgánica 3/2007, como pilar del cambio jurisprudencial
 - 3.2. La elaboración de la argumentación “pro” principio de igualdad
4. CONCLUSIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN: DE LA TRANSITORIA REGULACIÓN LEGAL DEL SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ (SOVI)

La Ley de 1 de septiembre de 1939¹ sustituyó el régimen de capitalización del Retiro Obrero por el de pensión fija, aumentando la pensión actual y convirtiendo las Cajas Colaboradoras en Delegaciones del Instituto Nacional de Previsión. Dicha norma fue desarrollada o completada por otras órdenes o decretos de ámbito inferior que permitieron la creación de un régimen de subsidio de vejez sustitutorio del Retiro Obrero² y; casi siete años más tarde, se producían otra serie de normas que desarrollaban los beneficios del Seguro de Vejez e Invalidez; en especial el Decreto de 18 de abril de 1947 creó la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez que dejó programado el sistema de protección de riesgos de vejez e invalidez³. Junto a éstas habría de adicionarse la protección de la viudedad a partir de la entrada en vigor del Decreto de 2 de septiembre de 1955⁴. Normas protectoras que se derogaron con la entrada en vigor del sistema de Seguridad Social a primeros de 1967.

¹ Se puede consultar en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1939/252/A05017-05018.pdf>.

² Orden de 2 de febrero de 1940 dictando normas para la aplicación de la Ley de 1º de septiembre de 1939, Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1940/039/A01024-01027.pdf>.

³ Orden de 18 de abril de 1947 por la que se establecen normas para aplicación del Decreto de 18 de abril de 1947, que regula los beneficios del Seguro de Vejez e Invalidez Ver en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1947/171/A03482-03483.pdf>. Así como también la Orden de 18 de junio de 1947 por la que se establecen normas para la aplicación del Decreto de 18 de abril de 1947 que regula los beneficios del Seguro de Vejez e Invalidez. Se puede tener acceso al texto original en: <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/390d6091-dc65-4d4d-b303-523956c05f55/113238.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>.

⁴ Disponible en: <https://boe.es/datos/pdfs/BOE//1955/296/A06371-06372.pdf>.

Como es sabido, las SSTS de 16 de marzo de 1992 y 28 de mayo de 1993 afirmaron el “carácter residual” de este régimen de protección, del que deriva su conservación con arreglo a su propia normativa para las situaciones expresamente previstas en las disposiciones transitorias de la LGSS; sin que, en principio, les sean de aplicación los preceptos dictados para el actual sistema de la Seguridad Social. Por su parte, la Sentencia de 30 de diciembre de 1992, además de insistir en el carácter residual del SOVI en el Ordenamiento vigente de la Seguridad Social, ha afirmado “la naturaleza subsidiaria de sus prestaciones”, en el sentido de que se condiciona su reconocimiento a que “el posible beneficiario no tenga derecho a ninguna pensión en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social”⁵.

Pues bien, a pesar de la preconstitucionalidad de su regulación, nos encontramos ante una situación de derecho transitorio. La actual regulación del SOVI en nuestro país la contempla la Disposición transitoria segunda de la LGSS, relativa a las “*Prestaciones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez*”. Es esa, pues, la norma que permite el mantenimiento del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez como “*residual*” y a extinguir⁶. Teniendo en cuenta que el período de carencia exigido para acceder a estas prestaciones es de mil ochocientos días y que la edad de acceso al trabajo por aquellas épocas era la de 14 años, este tipo de prestaciones ya no se deberían de concederse desde 2013. Aun así, hoy en día, sería hipotéticamente posible, aunque altamente improbable, que alguna persona pudiera optar a una pensión de vejez, de invalidez o de viudedad derivadas del SOVI (siempre que se cumplieran los requisitos a los que posteriormente haremos referencia). El hecho de que las prestaciones del SOVI se encuentren extinguidas en nuestro ordenamiento, no es óbice para continuar las que ya venían siendo disfrutadas por sus beneficiarios o las que pudiesen causarse si se cumpliesen los requisitos que las mismas exigían, lo que es, como se acaba de decir, “casi imposible”.

Y es que, la DT 2ª de la LGSS trae su origen, e inercia, de la DT 7ª de la LGSS de 1994. Es curioso, cuando menos, que se hayan mantenido esta transitoriedad respecto de derechos en curso de adquisición con las sucesivas modificaciones producidas en el sistema de Seguridad Social desde el Decreto de 1966 que adoptó el inicial Texto Articulado. Y es curioso, precisamente, porque la regla general ha sido respetar los derechos adquiridos y no los que se encontrarán

⁵ Vid. Álvarez Cortés, J.C. y García de la Vega, M. “Sobre el período de carencia para obtener una pensión del extinto seguro de vejez e invalidez”, en *Temas Laborales* n 86, 2006, pp. 232 y ss.

⁶ Una crítica a la transitoriedad puede verse en López Gandía, J., Disposición Transitoria séptima en *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir. Alarcón Caracuel, M.R., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 1684.

en curso de adquisición; todo lo más, estableciendo una implantación paulatina o gradual de las modificaciones legislativas para evitar el que se afectaran los derechos de los trabajadores en forma traumática. Quizás haya sido por el bajo coste de estas prestaciones para el sistema de Seguridad Social.

A modo de recordatorio, los requisitos generales que continúan vigentes para el acceso a una de estas prestaciones son los siguientes:

- a) que a 1 de enero de 1967 -cualquiera que fuese su edad- haber tenido cubierto el período de cotización exigido por el extinguido SOVI⁷ (en defecto de lo anterior haber figurado como afiliado al extinguido Régimen del Retiro Obrero Obligatorio),
- b) cumplir las exigencias legales que regulan el SOVI⁸,
- c) no tener derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, excepto para las pensiones de viudedad de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición transitoria vigésima primera de la LGSS, en lo relativo a la integración de las entidades sustitutorias⁹. Fue la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social, la que permitió; en su momento, flexibilizar el estricto régimen de incompatibilidades al que estaban sometidos las prestaciones sujetas a dicho régimen¹⁰. En el caso de compatibilidad con la pensión de viudedad, se limita la cuantía¹¹.

⁷ Ha de acreditarse una carencia de 1.800 días de cotización efectiva al SOVI antes del 1 de enero de 1967.

⁸ Que, son muchas y variadas en función del tipo de prestación que se genere.

⁹ Que dice así: “*El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, determinará la forma y condiciones en que se integrarán en el Régimen General de la Seguridad Social, o en alguno de sus regímenes especiales, aquellos colectivos asegurados en entidades sustitutorias aún no integrados que, de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, se encuentren comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. Las normas que se establezcan contendrán las disposiciones de carácter económico que compensen, en cada caso, la integración dispuesta*”.

¹⁰ En la Exposición de Motivos de dicha Ley ya se reflejaba la discriminación a la que se veían sometidas las mujeres derivado de dicha incompatibilidad, por lo que la aprobación de esta ley permitiría rebajar los límites discriminatorios que venían sufriendo las mujeres hasta el momento. Tal y como se pone de manifiesto en dicha Exposición de Motivos “... *en aras de avanzar en la mejora de nuestro sistema de protección social, se entiende necesario flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que están sujetas las pensiones SOVI. Su carácter residual y el hecho de ser estas pensiones el principal medio de subsistencia de un importante colectivo de personas mayores justifican su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas*”.

¹¹ En ese sentido, en base a lo estipulado en el apartado 3 de la Disposición Transitoria 2º

Con respecto a las cuantías de los perceptores del SOVI, las mismas se regulan anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, según se establece en el apartado 2 de la Disposición Transitoria 2ª de la LGSS, siendo, a excepción de las pensiones de orfandad y en favor de familiares, las de cuantía más baja de todo el nivel contributivo¹².

Junto a ellos una serie de requisitos específicos para cada una de las prestaciones: jubilación o vejez¹³, invalidez¹⁴ y viudedad¹⁵.

Han sido estos requisitos personales y de cotización previa y su cuantía establecida anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado los que

LGSS, si concurriesen en un mismo beneficiario la pensión de viudedad y la del SOVI, la suma de ambas no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con sesenta y cinco o más años que esté establecido en cada momento. En caso de superarse dicho límite, se procederá a la minoración de la cuantía de la pensión del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, en el importe necesario para no exceder del límite indicado.

¹² Para el año 2020, el límite se establece en 6127,78 euros anuales en 14 pagas para las no concurrentes, y 5947,20 euros anuales en 14 pagas para las pensiones concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social o cual alguna de estas pensiones y; además, con cualquier otra pensión pública de viudedad. Todo ello, tal y como se establece en la Disposición Adicional 51ª.4 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018 (BOE núm. 161 de 04/07/2018) que, como sabemos, está prorrogada para el presente año 2020 de acuerdo con lo establecido en el artículo 134.4 de la Constitución Española, debido a la falta de mayorías del ejecutivo actual para poder aprobar los Presupuestos Generales del Estado para el año 2020. En ese sentido, las pensiones de SOVI concurrentes con otras pensiones públicas no se revalorizan, aunque si se diese el caso de que el sumatorio de todas ellas es inferior a la cuantía fijada con carácter ordinario para la pensión SOVI, la pensión SOVI concurrente se incrementará hasta alcanzarla mediante una cantidad no consolidable y absorbible por otros incrementos que pueda experimentar el interesado; tal y como establece y preceptúa en el artículo 45.3 de la Ley/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

¹³ Han de tener cumplidos los 65 años de edad o los 60 en el supuesto de vejez por incapacidad. Esa incapacidad debe ser permanente y total para la profesión habitual y no derivada de contingencias profesionales.

¹⁴ Se exigen tres requisitos específicos, junto a los generales ya descritos: en primer lugar, que la invalidez sea absoluta y permanente para la profesión habitual y sea la causa determinante del cese en el trabajo; en segundo lugar, que la invalidez no sea por causa imputable al trabajador o derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional indemnizables (lo que no deja de resultar curioso, puesto que entra en contradicción con lo preceptuado para la misma cuestión en nuestro actual sistema de Seguridad Social; sobre todo, si tenemos en cuenta que el anterior sistema era mucho menos protector que el actual); y, en tercer lugar, tener 50 años cumplidos (no obstante, si la invalidez está constituida por la pérdida total de movimientos en las extremidades superiores o inferiores, o pérdida total de visión, o enajenación mental incurable, se reconoce a partir de los 30 años).

¹⁵ Para las pensiones de viudedad se distinguen tres situaciones, cada una con sus requisitos correspondientes: causante pensionista del SOVI con fallecimiento anterior a 1 de enero de 1967, causante pensionista del SOVI con fallecimiento posterior a 31 de diciembre de 1966 y causante no pensionista del SOVI.

han servido de justificación a los Tribunales para no aplicarle a su régimen las reglas generales de las pensiones del sistema de Seguridad Social recogidas en la Ley General de la Seguridad Social. De hecho, el Tribunal Supremo no ha considerado que el SOVI forme parte del actual sistema de Seguridad Social, puesto que son pensiones consideradas “*de estricto carácter residual y asistencial*”, tal y como se pone de manifiesto en diversas sentencias¹⁶. Aunque como se verá, esta afirmación ha sido matizada en la STS de 29 de enero de 2020, origen de este comentario.

Para finalizar, seguimos recalcando que este tipo de pensiones tiene un carácter marginal, casi inapreciable, dentro de nuestro sistema de protección social¹⁷.

2. LAS PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES POR CAUSA DE MUERTE Y LOS BENEFICIARIOS DEL SOVI

La STS de 29 de enero de 2020 tiene como objeto la determinación del acceso a tales prestaciones en los casos de que la persona causante de la misma hubiere venido disfrutando de una pensión del SOVI.

Y es que, tras el fallecimiento de su madre, la ahora recurrida en casación, solicitó una prestación en favor de familiares que le fue denegada por el INSS por carecer de los requisitos. Concretamente, por no “*tener la condición de pensionista de jubilación o incapacidad contributiva*”.

Ello nos obliga a realizar un análisis de la regulación legal de las prestaciones a favor de familiares, puesto que es esta la cuestión objeto del litigio. Teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que estas pensiones constituyen una modalidad de protección de “*carácter residual o subsidiario*”¹⁸.

Como se sabe, las prestaciones a favor de familiares se enmarcan dentro de las que se derivan de las prestaciones por muerte y supervivencia¹⁹. Estas

¹⁶ STS de 29 de mayo de 1996 y STS de 24 de enero 2002.

¹⁷ De los casi 10 millones de pensionistas que hay en nuestro país (9.799.395) a fecha del mes de marzo de 2020, apenas 300.000 (285.917 son del SOVI, http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/ba09200e-44ee-4dc9-b72c-73c2a48bde35/S2202003.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-ba09200e-44ee-4dc9-b72c-73c2a48bde35-n4Mn-vf4).

¹⁸ Vid López Terrada, E “Las prestaciones en favor de familiares” en AAVV, *Derecho de la seguridad social*, Dir. Roqueta Buj y García Ortega, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. 2016 (5ª edición). Pág. 418.

¹⁹ Capítulo XIV del Título I, artículos 216 a 234 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

prestaciones del sistema de Seguridad Social, las dirigidas a la protección de la muerte y supervivencia, pretenden solventar las situaciones de necesidad que se crean para las personas que dependen económicamente de otras cuando ésta fenece. Son diversas prestaciones, todas ellas de carácter contributivo, pero con muchos reflejos asistenciales (por ejemplo, cuando alguna de ellas exige carencia de recursos o dependencia económica e, incluso, si se quiere por la laxitud del periodo de carencia exigido para muertes por enfermedad común que rompe todo principio de proporcionalidad).

Pues bien, los arts. 216 LGSS y 1 de la Orden 13-2-67 señalan que, en caso de muerte, cualquiera que sea su causa, se otorgarán, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes: auxilio por defunción; pensión vitalicia de viudedad; prestación temporal de viudedad; pensión de orfandad; pensión vitalicia, o en su caso, subsidio en favor de familiares; y, si la muerte es causada por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, se concederá, además, una indemnización a tanto alzado. Siendo la pensión vitalicia a favor de familiares la que nos interesa para el caso en cuestión²⁰.

Es común en toda la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia en nuestro sistema de protección que para acceder a las prestaciones se exija un doble cumplimiento de requisitos: de un lado, por el solicitante que solicita dicho beneficio y, de otro, por el causante.

2.1 Requisitos que han de cumplir los solicitantes o beneficiarios de las prestaciones familiares por hijos a cargo

Por lo que se refiere a los solicitantes o beneficiarios, lo que viene recogido en el art. 226 LGSS; que regula la prestación a favor de familiares²¹.

- La relación familiar: aunque por desarrollo reglamentario se podrán de determinar otros familiares o asimilados que puedan tener derecho a pensión o subsidio; en el momento actual, respecto al acceso a pensión que es el objeto de la sentencia que se comenta, los beneficiarios son: nietos y hermanos huérfanos

²⁰ Vid, in extenso, sobre esta cuestión, Mas García, E. en *Las prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares*, Aranzadi –Thomson Reuters, Cizur, 2016.

²¹ Cabe destacar que, en su momento, la STC 375/1993, de 20 de diciembre, ya consideraba que esta prestación tenía un carácter “*residual o subsidiario*”. Lo que es muy significativo al caso, puesto que el SOVI también es considerado como una prestación aún más residual si cabe, como hemos analizado anteriormente.

absolutos (varones o mujeres)²², madres y abuelas²³, padres y abuelos²⁴, hijos y hermanos mayores de 45 años (varones o mujeres)²⁵, todos ellos por muerte de este en la cuantía que se establezca y siempre que se reúnan las condiciones para cada uno de ellos²⁶. Estableciéndose en el art. 229.2 la preferencia de las pensiones de orfandad sobre las de en favor de familiares y también el orden de preferencia en cuanto a los perceptores de las pensiones derivadas de la prestación a favor de familiares²⁷

- Acreditar una dedicación prolongada al cuidado del causante y haber convivido con el causante y a sus expensas con 2 años de antelación al fallecimiento de aquél o desde la muerte del familiar con el que convivieran, si ésta hubiera ocurrido dentro de dicho período.

- Carecer de medios de subsistencia, por tener ingresos económicos iguales o inferiores al salario mínimo interprofesional, y de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos²⁸. El art. 226.5 admite la compatibilidad con las rentas del trabajo siempre que no supere los límites relativos a las pensiones de viudedad en las parejas de hecho.

- No tener derecho a pensión pública.

- No haber sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación.

²² Siempre que en la fecha del fallecimiento sean:

- Menores de 18 años o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

- Menores de 22 años, cuando no efectúan un trabajo lucrativo o cuando, realizándolo, los ingresos que obtengan, en cómputo anual, no superen el límite del 75% del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual.

²³ Viudas, solteras, casadas, cuyo marido sea mayor de 60 años o esté incapacitado para el trabajo, separadas judicialmente o divorciadas.

²⁴ Con, al menos, 60 años o incapacitados para todo trabajo

²⁵ De pensionistas de jubilación o incapacidad permanente, ambas en su modalidad contributiva, o de aquellos trabajadores que al fallecer reunían los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación o de incapacidad permanente (cuyo expediente de incapacidad permanente se encontrara pendiente de resolución), que estén solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados, siempre que acrediten dedicación prolongada al cuidado del causante.

²⁶ Desarrollo que se produjo con la *Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social* (BOE núm. 46, de 23/02/1967).

²⁷ En el siguiente orden: nietos y hermanos del causante menores de 18 años o mayores incapacitados; padre y madre del causante; abuelos y abuelas del causante; e hijos y hermanos del titular de una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente mayores de 45 años.

²⁸ Todo ello en base a lo preceptuado en nuestro Código Civil.

2.2 Requisitos que han de cumplir los causantes

Los sujetos causantes de estas prestaciones, tal y como establece el artículo 217.1 de la LGSS, han de cumplir también una serie de requisitos.

Además de los generales de estar afiliados y en alta en la Seguridad Social o en situación asimilada a la de alta (como establece el artículo 165.1 LGSS), para el caso de fallecimiento por enfermedad común se exige un período de carencia de 500 días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar (ex art. 219.1 LGSS). En caso de no estar en alta, ni tampoco en situación asimilada, el causante ha de tener completado un período mínimo de cotización de quince años para causar derecho a pensión.

Pero, la situación que es objeto del pleito que resuelve la sentencia que se comenta exige, respecto de las prestaciones en favor de familiares para hijos o hijas, hermanos o hermanas, mayores de 45 años que; siendo solteros, viudos, separados legalmente o divorciados, se hubieren dedicado de forma prolongada al cuidado del causante, que éste en el momento del fallecimiento fuese pensionista de jubilación o incapacidad permanente, ambas de carácter contributivo. La situación que se discute en esta sentencia es si la solicitante, que cumple todos los requisitos podría acceder a esta pensión en favor de familiares puede acceder a la misma ya que su causante, su madre, no había sido beneficiaria de una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente sino del SOVI.

3. LA STS DE 29 DE ENERO DE 2020: UN CAMBIO DE RUMBO EN LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL SUPREMO

No cabe duda que las prestaciones en favor de familiares por fallecimiento son prestaciones que reconocen la dependencia económica de las personas que las reciben con respecto a los sujetos causantes de las mismas siempre que se cumplan una serie de requisitos al respecto. Pero esa dependencia económica, ligado a la convivencia y al “*cuidado*” del causante, es requisito fundamental para el acceso a dicha prestación.

Pero también lo es que, hasta el momento, el Tribunal Supremo ha venido interpretando el requisito de “*ser pensionista contributivo de jubilación o incapacidad permanente*” de forma muy estricta puesto que se manifestó en varias ocasiones (eso sí, hace casi 20 años) de forma contraria que pudieran obtener

pensiones en favor de familiares solicitantes cuyos causantes eran beneficiarios de prestaciones del SOVI²⁹.

Quizás, por la trascendencia del asunto, el presidente de la sala IV, ex arts. 197 LOPJ y 227.2 LRJS, convocó al pleno. Ya que, de entrada, lo que tenía que decidirse era doblemente complejo. De un lado, separarse de la doctrina anterior de la propia Sala y; de otro lado, y en relación con el motivo anterior, el hecho o no de concederle una prestación a favor de familiares a una persona que, inicialmente, el ordenamiento jurídico no lo preveía por no cumplir con los preceptos legales en vigor en el momento de la solicitud de la prestación.

Una interpretación extensiva la que se hace en esta situación para conceder este tipo de prestaciones que, hasta el momento, no se habían concedido. También es cierto que el cambio de doctrina se produce con una prestación residual, tanto por su cuantía (no llega a 5 euros mensuales) como por el tipo de prestaciones a extinguir.

3.1. La Ley Orgánica 3/2007, como pilar del cambio jurisprudencial

Y es que lo que trata de dilucidar el Tribunal Supremo es si la exclusión de quien era pensionista del SOVI como causante de la prestación solicitada puede ser contraria a la interdicción de la discriminación por razón de género. En la medida en que está en juego un Derecho Fundamental como es el de igualdad de trato; Derecho cuyo desarrollo y evolución a nivel interno e internacional pueden dar lugar a la revisión de la anterior doctrina.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH) ha sido una norma que ha supuesto un hito importante en nuestro país en materia de igualdad de género puesto que introduce elementos muy importantes en materia de igualdad efectiva entre hombres y mujeres en muchos ámbitos y aspectos de nuestra sociedad; sobre todo, y a lo que nos interesa, desde el punto de vista jurídico, desarrollando el art. 14 de la Constitución, en coherencia con diversos textos internacionales sobre derechos humanos³⁰ y pronunciamientos de Tribunales internacionales. En definitiva, lo

²⁹ Vid SSTS de 10 de diciembre de 1992 y de 19 de noviembre de 1993, en las que se argumentó que no podía equipararse a un pensionista de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social con el argumento de que, “*lo contrario sería dar efectos retroactivos*” a la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y de Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que “*fue la que creó e implantó la prestación en favor de familiares, sin incluir precepto de Derecho intertemporal en dicho sentido*”. O sea que, si el SOVI no contemplaba la prestación en favor de familiares, “*no cabía completar dicho régimen con prestaciones creadas a posteriori sin expresa inclusión de éstas en aquél*” (FJ 2 STS 29 de enero de 2020).

³⁰ Entre otros, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

que se trata es de expandir principio de igualdad de trato en todas las esferas y la interdicción de la discriminación hacia la mujer.

De hecho, el art. 4 de la LOIEMH indica que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico “y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. De otro lado, y a mayor abundamiento, manifiesta el propio artículo 15 de la LOIEMH que este principio “informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”. Y esta es la clave, a nuestro parecer, del cambio de línea jurisprudencial.

Tan es así, que el apartado 1 del FD 3º se indica que “En la medida en que pueda estar en juego la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres (...), la Sala se ve en la coyuntura de revisar los criterios seguidos en esas dos sentencias puesto que los mismos han sido superados por la evolución normativa experimentada, tanto en nuestro ordenamiento jurídico, como en el Derecho Europeo e internacional al que el español está estrictamente conectado y vinculado”. Es por lo que se lleva a cabo en esta sentencia un “... enjuiciamiento guiado por la perspectiva de género mediante el examen de la transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación normativa que fuera acorde con los postulados impuestos por la LOIEMH...”.

Es por ello por lo que dentro de la fundamentación jurídica de la sentencia se indica que es necesaria una revisión de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico en el sentido de darles otra orientación jurídica más actual y que sean más acordes con la revisión normativa desde el prisma de las nuevas interpretaciones de dichos preceptos; así como también, desde la perspectiva de género introducidas posteriormente en nuestro ordenamiento jurídico.

Argumentos de apoyo claves, entre otros, para la argumentación jurídica de la sentencia a favor de la parte actora como veremos a continuación.

3.2. La elaboración de la argumentación “pro” principio de igualdad³¹

Darle la vuelta a la fundamentación jurídica de la doctrina anterior en esta materia que entendía que los familiares de pensionistas del SOVI no podían ser

contra la mujer (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 que se puede consultar en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>), o las Conferencias Mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995 (ambas conferencias se pueden consultar en: <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women#nairobi>).

³¹ Esto es, la perspectiva de género debe guiar la interpretación de la norma “...pues lo contrario conduciría a una discriminación indirecta por razón de género, considerando que la mayoría de los beneficiarios de las pensiones SOVI son mujeres”, Rivas Vallejo, P. “Las beneficiarias

beneficiarios de prestaciones en favor de familiares por fallecimiento de los mismos no era algo fácil. El punto de partida era claro: el régimen del SOVI no contemplaba este tipo de prestación por lo que, al menos hasta ahora, no sería posible que un pensionista del SOVI pudiera causar este tipo de prestaciones, ya que de ninguna manera podría ser equiparado a un pensionista de jubilación o incapacidad permanente del nivel contributivo de la Seguridad Social.

Según los arts. 117.3 y 4 CE y art. 2 LOPJ, los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional tienen como función juzgar y ejecutar lo juzgado. Y el Tribunal Supremo, siendo ex art. 123, el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, también ha de realizar tales funciones.

Pero no menos cierto es que en dicha función jurisdiccional, los Jueces y Tribunales han de aplicar el Derecho internacional; en especial, el de la Unión Europea (de conformidad con la Jurisprudencia del TJUE) y que la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, les vincula; teniendo que interpretar y aplicar las leyes y reglamentos, “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”; por lo que no tendrán que aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarias a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa (arts. 5 y 6 LOPJ).

Por todo ello, en la medida en que puede estar en juego la efectividad del principio de igualdad entre hombres y mujeres, el Pleno de la Sala IV se ha visto en la coyuntura de revisar los criterios anteriores sobre esta cuestión. Y es que entiende que tales criterios han sido superados por la evolución normativa de nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo “*el Derecho Europeo e internacional al que el español está estrictamente conectado y vinculado*”.

La fundamentación jurídica de la STS de 29 de enero de 2020 se encuentra informada, inspirada y guiada por la “*perspectiva de género*”, realizando un examen transversal del principio de igualdad para ajustarlo al modo en que dicho valor; principio y Derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, ha de entenderse en la actualidad.

Se introduce, pues, en el relato de la sentencia analizada la perspectiva de género como base importante de la fundamentación jurídica de la misma haciéndose referencia; además, a la evolución experimentada por nuestro ordenamiento jurídico de la cuestión de género fruto de la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas en Beijing en 1995³², y a su plasmación en el Derecho español

del SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares”, Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 2, 2020, pág. 1.

³² En la siguiente dirección web se pueden encontrar datos concretos sobre las Conferencias

a través de la “*Ley 30/2013, de 13 de octubre sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno*”³³. Elementos inspiradores en ese sentido que también se introducen en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres en nuestro país, de la que se deriva; tal y como se refleja dentro del contenido argumentativo de la sentencia, la positivización de “...*la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente*”.

Por ello, el único objetivo es que esa nueva interpretación resulte “... *la más adecuada y congruente con los postulados básicos de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres (FD 3º in fine)*”. Y es que a juicio del Tribunal Supremo, no cabe duda alguna sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado; esto es, en la interpretación y aplicación de las normas.

La interpretación actual del principio de igualdad en la cuestión de género es el motivo de cambio de doctrina. Y es que el Tribunal Supremo entiende que la exclusión de las pensiones de vejez e invalidez como las del SOVI -que también eran contributivas³⁴- de esta posibilidad de solicitar una prestación a favor de familiares “...*puede tener un impacto negativo superior sobre las mujeres*” (FD 3º.5).

Es “*incontestable*”, la abrumadora feminización de las pensiones del SOVI³⁵,

Mundiales sobre la mujer dentro de la ONU que permitirá comprender mejor la evolución a la que se hace referencia dentro de la sentencia analizada: <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women> .

³³ Es interesante ver el itinerario que ha tenido el tema y su tratamiento en la Exposición de Motivos de dicha ley que ha derivado la plasmación vía transposición en nuestro ordenamiento jurídico a través de la presente ley, que se puede consultar en: BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2003, páginas 36770 a 36771 (2 págs.). <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18920> .

³⁴ En los propios fundamentos de Derecho de la propia sentencia se pone de manifiesto el hecho de que “(...) *las pensiones SOVI tienen un carácter que puede calificarse de contributivo (precisaban de prestación de servicios, inscripción, afiliación y cotización), diferenciadas de las que hoy no requieren ningún tipo de aportación al sistema, (...)*”. Quedando claro, por tanto, el principio de contribución de estas prestaciones y el hecho discriminatorio al respecto de no poder causar prestaciones a favor de familiares.

³⁵ Datos actualizados a fecha 1 de marzo de 2020 sobre el número de pensiones SOVI en nuestro país se pueden encontrar en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/43a26420-22d2-439c-83a0-397a3556d92b/S9202003.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QO-V0H20V0000-43a26420-22d2-439c-83a0-397a3556d92b-n4JlvZm . Por su parte, Rivas Vallejo establece que “... *a fecha de 1 de febrero de 2020, un total de 25.859 pensionistas de vejez SOVI*

pero también lo es el de las prestaciones en favor de familiares³⁶. No cabe duda de que ello tiene, en parte que ver, con el cambio de doctrina del Tribunal Supremo. El tratamiento estadístico de los datos, cuestión que introduce como novedosa la LOIEMH, es también utilizado como base argumentativa a favor de esta disertación jurídica positiva a favor del fallo de la sentencia; haciéndose alusión a que, estadísticamente, la mayor parte de personas que reciben las prestaciones de SOVI son mujeres, siendo las pensiones más bajas de nuestro sistema; así como haciendo alusión al hecho de que “... *tal como vienen afirmando diversos informes, desde mediados de los años noventa se está configurando en nuestro país una importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres*”; por lo que “... *en aras de avanzar en la mejora de nuestro sistema de protección social, se entiende necesario flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que están sujetas las pensiones SOVI*”. En tal sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido tenida también en cuenta puesto que el mismo ha manifestado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir “*necesariamente a los datos revelados por la estadística*”³⁷.

Se justifica además el Tribunal Supremo en la concesión de estas prestaciones cuando el causante haya sido beneficiario del SOVI, en el hecho de que “*Su carácter residual, y el hecho de ser estas pensiones el principal medio de subsistencia de un importante colectivo de personas mayores, justifican su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas*”. Como indica, Poyatos i Matas, ello revela el impacto de género que tienen las prestaciones familiares y la mayor vulnerabilidad femenina vinculada a la práctica de cuidar familiares, “*lo que exige extremar las cautelas judiciales en el abordaje de la controversia jurídica que debe enfocarse de forma contextualizada para evitar interpretaciones o impactos jurídicos que conlleven exclusiones, restricciones o distinciones dañinas, para los derechos humanos de las mujeres*”³⁸.

Como no podía ser de otro modo, para ahondar y afianzar la argumentación jurídica revisora del criterio interpretativo anterior, también ha sido tenida en

son hombres y un total de 231.464 titulares son mujeres”, en “*Las beneficiarias del SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares*” *op. cit.* pág. 5.

³⁶ Los datos estadísticos del INSS evidencian que son mayoritariamente las mujeres quienes perciben estas prestaciones en el 68,57% en diciembre de 2019, <https://w6.seg-social.es/ProsaInternetAnonimo/OnlineAccess?ARQ.SPM.ACTION=LOGIN&ARQ.SPM.APPTYPE=SERVIC&ARQ.IDAPP=ESTA0001>

³⁷ STC 128/1987, 253/2004 y 91/2019.

³⁸ En “*Prestaciones familiares, ‘convivencia’ y perspectiva de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 13 de marzo 2020 (rec. 1400/2019)*”, de 27-4-2020, <https://www.laboral-social.com/prestaciones-familiares-convivencia-perspecti->

cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrado por cualquier medio -incluidos los datos estadísticos-; siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos³⁹.

Con base a toda esta batería de argumentos legales y jurisprudenciales, el Tribunal Supremo entiende que la interpretación “*estricta y literal*” de la norma que se enjuicia supone o genera un impacto de género, una “*discriminación indirecta*”, puesto que despliega efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. A ello añade otro argumento importante, pero menos poderoso, basado en la utilización de criterios interpretativos finalistas ya que la pensión del SOVI, de carácter contributivo, tenía caracteres análogos a la de jubilación e incapacidad que posteriormente la sucedieron en nuestro ordenamiento.

Pero, volvemos a insistir, el argumento principal es la proscripción de toda discriminación incluida la indirecta o encubierta que conlleve los mismos resultados contrarios al principio de igualdad entre mujeres y hombres. Como se dijo anteriormente, son incontestables las situaciones de feminización de las pensiones del SOVI y de las pensiones en favor de familiares. Ello permite al Tribunal Supremo jugar con dos conceptos: el de “*discriminación refleja o transferida*” y el de “*discriminación por asociación*”⁴⁰.

De conformidad con ello, se indica en el apartado 8 del FD 3º, que de forma refleja o transferida se podría incurrir en un supuesto de discriminación indirecta por excluir “*a un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres*”.

Pero, por asociación, en el sentido de que las consecuencias negativas “*son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial*”. Por lo que, sin duda, la aplicación del principio de igualdad de trato y de la interdicción de la discriminación se proyecta también a las personas que sufran un trato desfavorable a causa

va-genero-cometario-gloria-poyatos-matas-stsj-canarias-13-marzo-2020-recurso-1400-2019.html .

³⁹Para lo que cita las siguientes sentencias: STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97; y, más recientemente, STJUE de 8 mayo 2019, Villar Laíz, C-161/18; y 3 octubre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18; y ATJUE de 15 octubre 2019, AEAT C- 439/18 y C-472/18; entre otras.

⁴⁰El concepto de “*discriminación por asociación*” ya había sido delimitado anteriormente tanto por la normativa de nuestro país (art. 63 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social como por parte de la jurisprudencia europea (STJUE de 17 julio 2008 Coleman -C-303/06 - y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD - C-83/14).

de una situación de discriminación que afectó de forma personal a otra (en este caso, la persona causante de la pensión).

En definitiva, con base en todas estas cuestiones interpretativas y estos conceptos directa o indirectamente relacionados con los principios informadores que se postulan en la LOIEMH es por lo que, entiende la Sala, que la normativa vigente en la actualidad ha de ser interpretada –al objeto de justificar la modificación de la línea jurisprudencial vigente- en base a los principios y datos anteriormente expuestos guiados por la cuestión de género y desde una perspectiva finalista, dando una nueva interpretación y cambiando la línea jurisprudencial hasta el momento.

Esta interpretación nos descubre un camino nuevo e inexplorado. Ya sabemos que el Tribunal Supremo permite, con base a criterios de igualdad y no discriminación, poder acceder a pensiones en favor de familiares en los casos en que el causante hubiese sido pensionista del SOVI; pero podría ocurrir quizás para otras pensiones por muerte y supervivencia, como la de orfandad⁴¹.

4. CONCLUSIONES FINALES

Como conclusiones más importantes extraídas del análisis de esta sentencia, podríamos plantear las siguientes:

a) Se consolidada en esta sentencia como notable la influencia de la “*cuestión de género*” que ya se venía introduciendo en las resoluciones jurisprudenciales anteriores emanadas de los diferentes Tribunales de Justicia (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo/Sala 4^a).

b) Se consolida también la doctrina jurisprudencial debido a una cuestión de justicia social en aras de equilibrar –y valga la redundancia- el desequilibrio histórico que han venido padeciendo las mujeres por la situación sociocultural de tiempos pretéritos en nuestro país.

⁴¹ La profesora Rivas Vallejo advierte que aunque las prestaciones por muerte y supervivencia del SOVI no incluían ni el auxilio por defunción ni la pensión de orfandad, derivado de esta sentencia, sí que aduce a la posibilidad de que “*la extensión del derecho a prestaciones en favor de familiares justifica asimismo la posibilidad de causar pensiones de orfandad del sistema de la Seguridad social, en el improbable caso de que concurran los requisitos legales para ello, por parte de un pensionista SOVI, revisando así las sentencias de la sala cuarta de 13 de noviembre de 1992 (rcud. núm. 292/1992) y de 21 de febrero de 2000 (rcud. núm. 2199/1998)*”. En cualquier caso, para esta autora, esta hipotética situación “... *habría de regirse por la misma normativa propia de las pensiones de viudedad de tal extinto régimen, así como por las cuantías mínimas y máximas y reglas sobre concurrencia de pensiones de las que estas participan, si bien con las reglas de flexibilización que introdujo la Ley 9/2005, de 6 de junio*”; en “*Las beneficiarias de las pensiones del SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares*” op. cit., pág. 9.

c) Se produce una revisión de los preceptos legales de nuestra normativa interna en base a la introducción de la “*cuestión de género*”; con la única pretensión de introducir un componente de “*justicia social*”.

d) Dicha revisión se produce mediante la transversalidad del principio de igualdad a través de la interpretación normativa que se hace de los postulados impuestos por la LOIEMH (además de otras normas nacionales), y de mutuo acuerdo con los preceptos y postulados internacionales; lo que posibilita la positivización del “*principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal*”.

e) Y, finalmente, para reforzar la argumentación jurídica a favor, además de la “*cuestión de género*” ya tratada en jurisprudencia anterior; se introducen conceptos que refuerzan dicha idea y que necesitan de una interpretación finalista de la norma como son: “*discriminación indirecta o encubierta*”, “*discriminación refleja o transferida*” o “*discriminación por asociación*”. Conceptos, todos ellos, que reflejan una manifestación conceptual y semántica del sentido argumentativo a favor del fallo finalmente adoptado.

LA SUPERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE CONTRATO Y LA ACCIÓN DE DESPIDO Y LOS RIESGOS DE LA FALTA DE ACCIÓN POR PÉRDIDA SOBREVENIDA DE OBJETO

*Sentencia del Tribunal Supremo 330/2020, de 14 de mayo (rec.4282/2017)
ECLI: ES:TS:2020:1552*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Trabajadora a tiempo completo y vinculada a la empresa desde el año 2000 con la categoría de dependienta; y, desde el año 2006, con la categoría de auxiliar administrativo. Tras dos excedencias por cuidado de hijos es reubicada por la empresa en puesto que no supone el desempeño de sus funciones habituales, con el objetivo de discriminarla por razón sexo y de maternidad según informes de la Inspección de Trabajo, que derivaron en actas por comisión de infracción muy grave y diferencias de cotización. Tales actas dieron lugar a un procedimiento de oficio que acabará teniendo también sus efectos sobre la causa. Finalmente la empresa reubicó a la trabajadora pero no la restituyó en sus funciones, lo que derivó en una IT generada por ansiedad, siendo atendida por los servicios de salud mental. Durante el segundo periodo de baja la trabajadora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC por extinción de contrato por acoso laboral, obteniendo sentencia favorable en la instancia aun dentro del periodo de IT. El ejercicio de la acción de despido estaba amparado en el Auto que otorgó la medida cautelar solicitada de exoneración de acudir al puesto de trabajo mientras se dirimía el procedimiento. La sentencia dictada de instancia fue recurrida en suplicación, declarándose nulas las actuaciones por una indebida acumulación de procesos, al tramitarse conjuntamente el proceso de oficio iniciado por la autoridad laboral al constatar discriminación. Tras celebrarse nuevo juicio se obtiene nueva sentencia estimatoria en materia de extinción, frente a la que se recurre en suplicación, resuelto a favor del recurrente. La trabajadora plantea RCUD. De forma paralela a este proceso, y pese a la suspensión de la relación laboral en virtud de las medidas cautelares acordadas, finalizado el segundo periodo de IT se remite a la trabajadora carta de despido por inasistencia injustificada al trabajo. La trabajadora no impugnó el despido.

RESUMEN: El TS desmonta la acción de extinción ejercida por la trabajadora al considerar que en el momento de la celebración del juicio -y, por tanto, al dictarse la sentencia del Juzgado-, la relación laboral ya no estaba vigente por causa de despido, que no fue impugnado, lo que supone una pérdida sobrevenida del objeto.

* Abogado en ejercicio y profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. PUNTO DE PARTIDA, EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO EN TORNO A LA NECESARIA VIGENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL PARA VALORAR LA EXTINCIÓN
2. LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA
3. UNA VALORACIÓN FINAL Y ATISBOS DE NEGLIGENCIA

1. PUNTO DE PARTIDA, EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO EN TORNO A LA NECESARIA VIGENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL PARA VALORAR LA EXTINCIÓN

Como requisito imprescindible para que la acción de extinción tenga éxito es que la relación esté viva, es decir, que se mantenga el vínculo jurídico, por supuesto en el momento de presentar la demanda, pero además también en el momento en que el juez dicte sentencia. La Sala IV del Tribunal Supremo ha sostenido como requisito imprescindible para la viabilidad de la acción, la necesidad irrenunciable de la vigencia de la causa de extinción en el momento de valorar si concurre o no en el caso concreto o, dicho de otro modo, para qué acudir al juez si lo que se le pide que se extinga, ya no existe. Es por tanto la sentencia firme, la que declara que el empresario ha incurrido en la causa invocada y la que extingue, por tanto, el contrato. No es el trabajador el que extingue unilateralmente con su demanda, necesita que el juez declare la extinción mediante su sentencia. Las previsiones del art. 50 del ET, exigen que para poder extinguir la relación laboral el incumplimiento del empresario deba ser grave y sólo analizando la culpabilidad y gravedad concreta en cada caso y la repercusión en el trabajador podremos hablar de extinción contractual.

Particularmente, respecto de la extinción del contrato, con posterioridad a la demanda del art. 50 ET, el propio Tribunal Supremo, glosó en su sentencia 2904/2017 de 30 junio, rcud. 3402/2015, números pronunciamientos anteriores que sostienen y mantienen este criterio, que parte de la necesidad de que la relación no haya sido previamente extinguida en el momento en que el juez de lo social debe pronunciarse respecto de los incumplimientos invocados en la demanda de extinción a requerimiento del trabajador¹. Igual valor aporta también las más recientes sentencias del Tribunal Supremo (Sala IV) de 6 noviembre 2017, rcud. 683/2016 y 14 septiembre 2018, rcud. 2652/2017, ambas invocadas en la comentada y en el marco del concurso, en relación con la cuestión del despido ulterior a la incoación del proceso para la declaración de la extinción contractual. La

¹ Especialmente las SSTS de 9/2/2015, rcud. 406/2014 y 13/4/2016, rcud.2874/2014, en las que se citan SSTS 14-2-83; 23-6-83; 12-12-84; 28-2-85; 2-4-85; 18-11-85; 2-7-85; 4-2- 86; 22-10-86; 26-11-86; 19-5-88; 12-7-89; 18-7-90; 18-09-89; 29-12-89; 11-4-90; 22-5-00.

sentencia de 10 octubre 2017, rcud. 3684/2015 por la que se mantiene el criterio valido para la comentada, según el cual la relación no podía entenderse vigente si, con posterioridad a la papeleta de conciliación, pero antes de la presentación de la demanda la persona trabajadora había sido despedida y ello, aunque como en el caso que nos ocupa el despido haya sido posterior a la presentación a la demanda, es más, posterior a la primera sentencia dictada y recurrida que después se verá afectada por una nulidad de actuaciones.

La propia Sala no duda en recordar que el criterio de la sentencia de contraste (STSJ AS 474/2017 de 21 de febrero, rec. 73/2017, es inadecuado y desconoce y elude la doctrina ajustada y lo hace invocando sentencias que ignoran las reiteradas constantes valoraciones de la Sala IV del alto tribunal. El Tribunal Superior de Justicia de Asturias haciendo uso de resoluciones del TS superadas, evidencia una desacertada interpretación que compendia en afirmaciones que al tiempo de ser dictada, están muy consolidadas por la jurisprudencia del TS y que se ponen en evidencia con afirmaciones tales como: *“..., pues es lo cierto que no cabe dejar de examinar dicha acción de resolución con el argumento de que con el posterior despido habido, que no ha sido impugnado, se ha extinguido la relación laboral, no estando viva la misma al momento del dictado de la sentencia. Y es que en realidad el trabajador, que no está obligado a tener que reclamar por despido cuando este se produce con posterioridad al ejercicio de la acción resolutoria del contrato a su instancia, no puede verse privado por el despido, que es una decisión unilateral del empresario, de la acción de la que sí disponía a la fecha de la presentación de la demanda en reclamación de la resolución de la relación laboral por incumplimiento empresarial, sin perjuicio ello de que en caso de estimarse la acción resolutoria no puede extinguirse la misma a la fecha del dictado de la presente resolución sino que habrá de retrotraerse al momento en el que se procedió al despido del trabajador”*.

Trasladando el criterio jurisprudencial al caso que nos ocupa, resulta imposible la unificación de doctrina en base a la estridente interpretación de la sentencia de contraste, sobre todo teniendo en cuenta que la acción ejercida por la trabajadora no era otra que la de extinción, única posible en el momento de presentación de la demanda y única que ha mantenido viva la parte actora, al no instar una ampliación de la demanda para acumular la impugnación del despido. Si el despido no se combatió, se consintió la ruptura, pese a la vigencia del procedimiento por extinción, que a la fecha del despido carecía de sentencia favorable firme sobre su pretensión extintiva. Impugnando el despido se hubiera conseguido la acumulación de las dos acciones y un debate sobre la conexión entre las causas últimas de la extinción y las del despido, atendiendo al criterio del TS que permite o bien un análisis conjunto de conductas y acciones, o por separado cuando las causas de una y otra acción sean independientes

priorizando según un criterio cronológico, aquellas acciones ejercidas y nacidas con anterioridad.

Habiendo quedado consagrado el principio de que no es posible extinguir lo ya extinguido, nada impide al TS valorar que la falta de reacción de la trabajadora al despido, puso fin a la relación laboral, no siendo posible declarar la extinción de un contrato que ya no estaba en vigor y ello pese a la medida cautelar adoptada, dado que la suspensión de la prestación de los servicios, no impide al empresario despedir disciplinariamente al trabajador.

2. LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA

Sin relación laboral vigente, no hay causa de extinción, con esta contundencia se sostiene una larga tradición interpretativa que, partiendo del carácter judicial de la resolución contractual, precisa que durante la sustanciación del procedimiento en el que se valora la causa de extinción, debe permanecer vigente la relación contractual, dicho de otra forma, sólo se puede extinguir lo que existe al momento de dictarse la resolución judicial. Esta y no otra es la máxima que se consagra de forma permanente en los procedimientos de extinción de la relación laboral, lo que no impide la protección del trabajador en los casos en los que la permanencia en el puesto de trabajo pueda ser insostenible o en su caso lesiva para los derechos fundamentales del trabajador. Ante tal panorama, excepcionalmente se permite la exoneración al trabajador de la obligación de acudir al puesto de trabajo, en tanto se instruye y resuelve el procedimiento, en virtud de la medida cautelar adoptada judicialmente al amparo del artículo 79.7 y 180 de la LRJS, que tienen previsiones específicas en el ámbito cautelar a fin de no perjudicar al trabajador durante el desarrollo del litigio.

En el caso que nos ocupa, la trabajadora inició de forma adecuada las acciones, interesando la extinción de la relación laboral amparándose para ello en las previsiones del artículo art. 2, 49.1 j) y 50.1 c) del ET. Igualmente formuló de forma acertada la solicitud de la suspensión de relación laboral que fue amparada por el órgano judicial de instancias, al acoger las pretensiones cautelares mediante auto de fecha 26/09/2016, estableciendo en su parte dispositiva que la exención de la trabajadora en su obligación de acudir a su puesto de trabajo estaría vigente hasta que “recaiga la sentencia de instancia”.

Establecidos correctamente los pilares esenciales de la acción, el abanico de incidencias que se desencadenaron vinieron a condicionar el resultado final, siendo una responsabilidad del órgano judicial, otras de la trabajadora y las decisivas aquellas que tiene origen en la empresa y en la legitimidad de su estrategia,

todas ellas ciertamente inesperadas, si bien previsibles en cuanto a los efectos sobre las acciones planteadas y contra las que la propia trabajadora debió protegerse para el éxito de sus pretensiones disponiendo de mecanismos procesales para ello.

I.- Paralelamente al ejercicio de la acción de extinción de la relación laboral, ejercida por la trabajadora, la autoridad laboral, había planteado el ejercicio de un procedimiento de oficio al amparo del art. 148. c de la LRJS, en el que reclamaba la cantidad de diecinueve mil quinientos euros en concepto de indemnización por daños patrimoniales y morales. Dicha demanda fue acumulada y tramitada conjuntamente en virtud del auto dictado por el Juzgado de lo Social, nº 1 el 19/10/2016, siendo estimada en la sentencia dictada con fecha 14/11/2016, que también estimó la extinción del contrato con derecho a indemnización como si de un despido se tratara.

II.- La defectuosa acumulación de la acción extintiva con el proceso tramitado de oficio provocó que la sentencia de fecha 14/11/2016, fuera dejada sin efecto, en virtud de la nulidad de actuaciones decretada por el TSJ CL (Sala de Burgos), 515/2017 de fecha 9 de marzo por el que estimaba las pretensiones suplicatorias de la empresa. Es evidente que el art 26 de la LRJS impide la acumulación cuando la acción ejercida lo sea por despido o por las demás causas de extinción del contrato, sin perjuicio de las excepciones que el párrafo tercero de dicho artículo establece y por lo tanto queda infringido cuando como en el caso de autos se ha acumulado una acción de extinción del art. 50 del E.T. y un procedimiento de oficio del art. 148.c) de la LRJS.

La irregularidad no encuentra amparo en lo que se dispuesto en el art. 31 de la LRJS, respecto de los procedimientos iniciados a instancias de la autoridad laboral dado que solo será posible acumulación con demandas individuales, cuando concurren identidad de personas y de causa de pedir respecto a la demanda de oficio. Y en esto ciertamente no existen identidades, aun cuando haya “algunas interconexiones”, tal y como la Sala reconoce. La trabajadora interesa la declaración de la extinción de una relación laboral y la autoridad laboral acciona en busca de la indemnización que repare los daños y perjuicios sufridos por discriminación. Así las cosas, si bien encontramos identidad en las personas no podemos encontrar la exigida identidad en las causas de pedir, razón por la que el TSJ opta por la única solución posible determinar la nulidad de actuaciones, a partir del auto del Juzgado que acuerda la acumulación, el de fecha 19/10/2016, debiendo seguir el ejercicio de las acciones por separado.

III.- La empresa, es sabedora del alcance de la petición de la trabajadora y de su repercusión económica que alcanzan los cuarenta y seis mil novecientos ochenta y un euros con cincuenta céntimos (46.981,50 €), así como de las pretensiones

de la autoridad laboral, con un montante de diecinueve mil quinientos euros (19.500,00 €) en concepto de indemnización por daños. Ante tan poco halagüeño panorama, decide materializar el despido de la trabajadora por la única causa a su alcance, la falta de incorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo, tras el alta médica que tuvo lugar el 21/11/2016. Para ello, un mes más tarde de la fecha en la que debió incorporarse la trabajadora formular carta de despido con fecha 28/12/2017, notificada a los dos días siguientes.

La empresa juega sus propias cartas desencadenando un despido, pese a ser conocedora del devenir de la causa instada por la trabajadora y por la autoridad laboral, hasta el punto de tener recurrida la sentencia recaída en las actuaciones desde el 14 de noviembre que le condena al pago de una cantidad superior a los sesenta y seis mil euros. También es conocedora de la existencia de un auto, dictado el 26/09/2016, que exonera a la trabajadora de su obligación de comparecer a su puesto de trabajo durante la tramitación de los autos y hasta la sentencia de instancia. Igualmente conoce la existencia de una defectuosa acumulación de procesos, sobre la que ha pedido la nulidad de actuaciones, sin perjuicio de impugnar también la sentencia en cuanto al fondo. En definitiva, formalizar el despido pese al estado en el que se encuentran las actuaciones, no es sino tomar una iniciativa con la que pasar a la acción en una estrategia con la que la empresa tiene mucho que ganar y muy poco que perder como después veremos.

IV.- La demandante solicitó y obtuvo medidas cautelares, mediante auto de fecha 26 de septiembre de 2016, por el que le fue concedida la exención de la obligación de acudir a su puesto de trabajo durante la tramitación de los autos 345/2016 hasta que “recayera la sentencia de instancia”, todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 79.7 y 180.4. La medida cautelar, aun siendo oportuna, encerraba la suficiente ambigüedad para ser usada por la empresa en su beneficio. Entendemos que el límite temporal no formaba parte de la solicitud de la trabajadora, más bien consideramos que la delimitación de efectos debió surgir como ponderación judicial frente a los efectos de una medida que si bien protege al trabajador pero que al mismo tiempo perjudica a la empresa. De este modo la sentencia de instancia obtenida el 14 de noviembre, dejaba de proteger a la trabajadora desde la fecha del alta médica, concretamente el 21/11/2016.

Por si tales circunstancias fueran pocas, el auto de medidas volvió a tener plena vigencia desde la sentencia dictada por el TSJ CL, 515/2017 de 9 de marzo en virtud de la cual se declaró la nulidad de actuaciones a partir del auto del Juzgado de 19/10/2016 por el que se acordó la acumulación, a fin de retrotraer las actuaciones hasta el límite de dicha acumulación, para que sigan por separado la tramitación legal de los procedimientos que quedaron vinculados por la defectuosa acumulación de procedimientos. Tal circunstancia volvió a dar

validez al auto de medidas cautelares, hasta la nueva sentencia de instancia que no fue dictada hasta el 4 de julio del 2017, para dar nuevamente la razón a la trabajadora.

Hasta aquí algunas de las circunstancias que pudieron concurrir para generar una actuación procesal tan accidentada y de tan nefastos resultados para la trabajadora, quien claramente vio frustradas sus expectativas de obtener la extinción de la relación laboral y el consecuente montante indemnizatorio y que tal vez sólo haya tenido que conformarse con recibir la cantidad que probablemente se derivó de la acción ejercida por la autoridad laboral al exigir la compensación económica de la situación discriminatoria vivida en la empresa.

3. UNA VALORACIÓN FINAL CON ATISBOS DE NEGLIGENCIA

Nuestra reflexión final, no va dirigida a los criterios jurisprudencias que han sido unificados, esperemos que definitivamente, por el TS en la sentencia que traemos a esta sección y con la que creemos haber mostrado suficiente adhesión de criterio. Nos llama poderosamente la atención el desarrollo del procedimiento que hemos conocido mediante la sentencia de unificación de doctrina, así como las dos sentencias precedentes del TSJ CL a las que nos hemos venido refiriendo. En cierto modo los incidentes comentados en el apartado precedente, no hacen sino señalar aquellas cuestiones que podrían y deberían haber tenido un tratamiento diferente desde el punto de vista de las justas pretensiones de la trabajadora que tan frustrantes resultados le han supuesto, valoración que hacemos desde las más estricta posición teórica, y admitiendo los múltiples matices que pueden haber generado la actuación de cada uno de los responsables de este procedimiento, entre ellos los profesionales intervinientes y la propia trabajadora.

En primer lugar, nos llama poderosamente la atención que sólo se proceda en el ejercicio de la acción de extinción de la relación laboral, atendiendo a la situación discriminatoria vivida por la trabajadora -concretamente discriminación por razón de sexo y maternidad según informes de la Inspección de Trabajo-, sin vincular la reclamación por daños patrimonial y moral vividos por la trabajadora dado el origen lesivo de la situación y los dos periodos de baja vividos por la trabajadora. No en vano a la fecha de presentación de la demanda, son muchas las sentencias del TS, que acceden a la indemnización adicional, la STS (Sala IV) de 17 de mayo de 2006 entre otras, como precedente diez años antes de que se produjera la presentación de la demanda. A mayor abundamiento el procedimiento iniciado de oficio por la por la que se solicitaba una indemnización por daños patrimoniales y morales en cuantía de 19.500 euros, a la postre la única satisfacción que habrá obtenido la trabajadora y no por las acciones ejercidas directamente por ella misma. No debió desatenderse esa petición de

indemnización que, junto a la extinción de la relación provocada por acoso moral, admite la indemnización adicional, a petición de la demandante².

De la misma forma, los responsables de la postulación y defensa de los intereses de la trabajadora, debieron alzarse ante la acumulación acordada por el juzgador con la causa surgida ante el procedimiento de oficio al amparo del art. 148. c de la LRJS, en el que reclamaba la cantidad de diecinueve mil quinientos euros como compensación de daños la trabajadora. Que fuera el complemento perfecto, del que carecía la demanda extintiva principal, no debía impedir valorar la improcedencia de la acumulación de procesos, en virtud del carácter de orden público que alcanza a las normas procesales, por tanto, siempre de inexcusable cumplimiento más aun cuando puedan afectar a las garantías del proceso -art. 24.2 de la Constitución-, o al equilibrio procesal de las partes -art. 75.1 de la LRJS-. Ni el artículo 26, ni el 148 c) ni el 31, todos ellos de la LRJS, dejaban resquicio alguno a la interpretación de la norma al caso que nos ocupa, como después tuvo la oportunidad de valorar el TSJ CL en su sentencia de 9 de marzo de 2017.

Tampoco debió la asistencia técnica de la trabajadora, aquietarse a la ambigua configuración del auto de medias cautelares del que según su literalidad la exención de la obligación de acudir a su puesto de trabajo durante la tramitación de los autos 345/2016 hasta que *“recayera la sentencia de instancia”*, interesando una aclaración al auto que fijara con mayor criterio, si la duración de la media cautelar debía amparar la totalidad de la tramitación de los autos, incluyendo también la fase de impugnación de la sentencia, dado el carácter recurrible de la sentencia que sobre los autos recayera, o simplemente hasta la sentencia de instancia, dejando a la trabajadora a merced de una relación laboral extinguida y recurrida durante el resto de la tramitación de la causa hasta la firmeza de la sentencia.

Pero por último y más importante, no alcanzamos a calibrar como dejó de impugnarse el despido, circunstancia que debió ser puesta por el trabajador en conocimiento del profesional que le asiste. La legítima estrategia del despido, no es sino el último recurso que le queda a una empresa acorralada entre las sanciones por infracción y las numerosas actas de liquidación a que le somete la Inspección de Trabajo y el montante de más de sesenta mil euros a que le somete la primera sentencia dictada por la instancia. En modo alguno puede considerarse que se actúa para obstaculizar el ejercicio del derecho de los trabajadores o que el despido es una conducta fraudulenta de la empresa. Lo que no podemos impedir

² Nos permitimos señalar, por conocimiento directo de la misma, la STSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 18 de julio de 2019 (recurso de suplicación 13/2019).

es que la empresa lo planteó con la finalidad de enervar la posible acción resolutoria mediante una rápida decisión de despido, para eludir el éxito de la acción basada en el artículo 50 del ET.

De esta forma, no es reprochable la conducta del empresario quien, acuciado por la cascada de responsabilidades desencadenadas buscó su propia vía de escape, por burda que pudiera parecer, y que no tuvo mayor acierto que sorprender al adversario, alcanzando la remota probabilidad de que el trabajador hiciera lo que finalmente hizo, no impugnar el despido y que ningún profesional debería haber ignorado, tal vez confundido por las muchas incidencias que concurrieron en el caso concreto o sabedor del alcance de una sentencia que ya le había dado la razón y que debía volvérsela a dar. Hasta la firmeza de la sentencia, nada de lo que ocurra en paralelo al procedimiento nos puede ser ajeno, lo que, conforme a la sabiduría popular, nos obliga a estar *“a Dios rogando y con el mazo dando”*.

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL-JUNIO DE 2020

Decreto-ley 7/2020, de 1 de abril, por el que se modifica el Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19). (Boletín número 513 de 01/04/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 8/2020, de 8 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes en el ámbito local y se modifica el Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19). (Boletín número 514 de 09/04/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-Ley 9/2020, de 15 de abril, por el que se establecen medidas urgentes complementarias en el ámbito económico y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). (Boletín número 516 de 15/04/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de ayudas en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). (Boletín número 521 de 29/04/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 11/2020, de 5 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes, extraordinarias y complementarias de apoyo financiero al sector económico como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). (Boletín número 523 de 06/05/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 12/2020, de 11 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes y extraordinarias relativas a la seguridad en las playas, medidas administrativas en el ámbito educativo, y otras medidas complementarias ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19). (Boletín número 524 de 11/05/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 13/2020, de 18 de mayo, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes relativas a establecimientos hoteleros, coordinación de alertas, impulso de la telematización, reactivación del sector cultural y flexibilización en diversos ámbitos ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19). (Boletín número 527 de 18/05/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 16/2020, de 16 de junio, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se establecen medidas en materia de empleo, así como para la gestión y administración de las sedes administrativas ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19). (Boletín número 538 de 16/06/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 17/2020, de 19 de junio, por el que se modifica, con carácter extraordinario y urgente, la vigencia de determinadas medidas aprobadas con motivo de la situación generada por el coronavirus (COVID-19), ante la finalización del estado de alarma. (Boletín número 539 de 19/06/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 59/2020, de 29 de abril, por el que se crea y regula el comisionado del Plan Director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales de Andalucía. (Boletín número 85 de 06/05/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 60/2020, de 29 de abril, por el que se regula la organización, el funcionamiento y el régimen jurídico del Tribunal Económico-Administrativo de la Junta de Andalucía. (Boletín número 85 de 06/05/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 5 de mayo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Contrato Plurianual de Gestión de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo para el periodo 2020-2021. (Boletín número 89 de 12/05/2020 Sección: Disposiciones generales)

ESTUDIOS

Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos
Francisco Alemán Páez

Y también en medio de la tempestad... reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales)
María Teresa Alameda Castillo

Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. En especial a la luz de los nuevos retos 4.0
Marina Fernández Ramírez

El SURE: ¿un paso hacia un sistema de protección por desempleo europeo?
Daniel Pérez Del Prado

El papel procesal de las asociaciones de defensa de la igualdad ante la presunción discriminatoria en el acceso al empleo: especial mención a la discriminación por orientación sexual
Lidia Gil Otero

INFORMES Y DOCUMENTOS

Contexto laboral en la República Popular China. Especial referencia a la influencia del Covid-19
Álvaro San Martín Rodríguez

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Universidad Loyola Andalucía

Libertad de expresión y prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual
M^a Teresa Velasco Portero

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: "la cuestión de género" como elemento clave para la revisión de doctrina del Tribunal Supremo
Jorge Baquero Aguilar

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

La superposición de la acción de extinción de contrato y la acción de despido y los riesgos de la falta de acción por pérdida sobrevenida de objeto
José María Moreno Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Junta de Andalucía

Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES



ORIGEN & DESTINO

Quinto Centenario de la Primera Unión al Reino