

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinadora de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO

M^a Belén Fernández Collados

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Coordinadora del doctorado en Derecho de la Escuela Internacional de Doctorado
Directora de la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral
Universidad de Murcia (España)

ÍNDICE

M^a Belén Fernández Collados , <i>Introducción al número por parte de la Coordinadora</i>	1
--	----------

Artículos

Juan Escribano Gutiérrez , <i>El trabajo no remunerado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	9
---	----------

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz , <i>Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”</i>	39
---	-----------

Francisco Vigo Serralvo , <i>Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta</i>	69
--	-----------

Ydangely Tropiano, Atilio Noguera , <i>Impacto de la sustitución del trabajador por la máquina, en especial la robotización. Oportunidad y/o amenaza</i>	113
---	------------

Juan Manuel Moreno Díaz , <i>La difícil concreción de los derechos colectivos en entornos laborales digitalizados</i>	152
--	------------

Francisco José Barba Ramos , <i>El tripartismo en las nuevas relaciones laborales entre la tradición y la innovación. Balance del diálogo social en España en la crisis pandémica</i>	172
--	------------

María Belén Fernández Collados , <i>¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?</i>	193
--	------------

Juan José Fernández Domínguez, Patricia Prieto Padín , <i>Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social</i>	210
---	------------

María de los Reyes Martínez Barroso , <i>La protección de la seguridad y salud de los trabajadores maduros: propuestas de actuación ante la revolución digital</i>	243
---	------------

II

Arturo Montesdeoca Suárez, *El impacto del teletrabajo en la salud de las personas trabajadoras* **282**

Henar Álvarez Cuesta, *La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?* **315**

Reseñas Bibliográficas

María Cristina Polo Sánchez, *Envejecimiento, cuidados y dependencia: una protección social con perspectiva de género*, por *María del Carmen López Anierte (dir.) y Belén García Romero (dir.)*. Una reseña..... **334**

Mónica Viviana Tepfer, *La música y la igualdad a través de sus letras*, por *Djamil Tony Kabale Carrillo*. Una reseña..... **338**

Introducción al número por parte de la Coordinadora

Tras más de una década, la última semana de noviembre o primera de diciembre, se ha convertido en una fecha señalada en la agenda de la más ilustre doctrina iuslaboralista internacional para reunirse en el marco incomparable de la bellísima ciudad de Bérgamo, donde tiene acogida anualmente el Congreso Internacional promovido por la ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali. La abrupta irrupción de la crisis sanitaria a raíz de la pandemia derivada de la expansión del virus SARS-CoV-2 y su inesperada extensión temporal impidió la celebración del Congreso en el año 2020, pero el regreso a la conocida como “nueva normalidad” ha posibilitado concitar, una vez más, a una destacada representación de investigadores e investigadoras internacionales, de distintas disciplinas, pero fundamentalmente laboralistas, que durante los días 25, 26 y 27 de noviembre de 2021 han presentado sus trabajos en la XI edición del referido evento.

En este nuevo número de la [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#) de enero-marzo de 2022, que tengo el honor de coordinar, y de presentar a lo largo de estas líneas, se retoma también la tradición de publicar una selección de los mejores trabajos e investigaciones presentados en idioma español a dicho Congreso Internacional y que por tanto dan cuenta de las principales conclusiones alcanzadas en los paneles de trabajo hispanoparlantes.

El XI Congreso Internacional, bajo el título *El trabajo y su valor. Reflexiones interdisciplinarias sobre un concepto en transformación*, sigue la estela de las ediciones anteriores en las que se ha abordado desde una perspectiva multidisciplinar e internacional la evolución y las transformaciones del trabajo, poniendo especial énfasis en la digitalización de las relaciones laborales, si bien, en esta ocasión, con el acicate del necesario replanteamiento del trabajo en términos económicos, sociales e incluso antropológicos como consecuencia de la pandemia por Covid-19.

Sin duda, el trabajo y su valor es un concepto multidisciplinar siempre en constante evolución, sobre todo por la imparable tecnificación y digitalización, especialmente sensible a los efectos socioeconómicos, pero que en este periodo pandémico todavía ha sido más vulnerable y más

cambiante.

Los once trabajos escogidos por el comité científico para conformar este primer número del décimo volumen de la *Revista* son la mayor expresión, así como una fantástica representación, de la excelencia de los distintos estudios presentados en la última edición del Congreso sobre la transformación que está sufriendo el valor del trabajo a través de categorías jurídicas.

Tales aportaciones reflejan, además, los distintos *workshops* o diferentes líneas de reflexión e investigación planteadas y analizadas:

- *Trabajo pobre, trabajo no remunerado, trabajo de cuidado y trabajo no productivo;*
- *La dignidad del trabajo entre valor económico y valor social;*
- *La idea de trabajo hoy y en la historia. Orígenes, desarrollo y perspectivas de futuro;*
- *Hombre-máquina: ¿amigos o enemigos?;*
- *Falsas y nuevas formas de representación;*
- *Trabajo y trabajos entre cuestiones de género y diferencias;*
- *Seguridad y salud en el trabajo: evolución, riesgos y profesionalidad;*
- *Trabajo y medio ambiente: caminos y objetivos de la Just Transition.*

Dentro de la línea de investigación denominada *Trabajo pobre, trabajo no remunerado, trabajo de cuidado y trabajo no productivo* se ubica la contribución del Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba (España), Juan Escribano Gutiérrez, titulado *El trabajo no remunerado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, fruto de la participación del autor en el proyecto de I+D PID2019-108628GB-I00, financiado con cargo al Plan Nacional de Investigación, para el trienio 2020-2023, *Condiciones de trabajo decentes en el marco de la Estrategia de Transición Justa*. En dicha contribución, el profesor Escribano expone los resultados del estudio y análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el trabajo realizado en empresas que integran el denominado tercer sector y que carecen de ánimo de lucro, con el firme propósito de determinar un concepto unitario de trabajador, constatándose que, pese a los avances experimentados a través de los últimos pronunciamientos, las constantes remisiones a lo establecido por los Estados miembros dificulta la vocación de unificación del Tribunal Europeo y sigue sin fijarse un deseable concepto autónomo de trabajador comunitario.

En el marco conceptual *La dignidad del trabajo entre valor económico y valor social*, Ignasi Beltran de Heredia Ruíz, Profesor Agregado de la Universitat Oberta de Catalunya (España), acreditado como Profesor Titular de Universidad, bajo la rúbrica *Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”*, diserta sobre la necesidad de recapitalizar el valor social del

trabajo y la dignidad de las personas trabajadoras, como columna vertebral de nuestro modo de vida y, a tal efecto, plantea la posibilidad de fijar una indemnización complementaria a la prevista legalmente en caso de despido improcedente. Tal medida, aunque no aleja totalmente el despido improcedente de la idea de conducta sujeta al pago de un precio, sí que acrecienta la dignificación y el valor del trabajo, actuando como fórmula de “disuasión marginal” destinada a aminorar el número de despidos injustificados. Una fórmula que estaría dotada de una mayor efectividad mediante su articulación normativa a través de reglas que incidan en el daño efectivamente sufrido y probado.

Como exponente de la línea de investigación *La idea de trabajo hoy y en la historia. Orígenes, desarrollo y perspectivas de futuro*, el trabajo del Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga (España), Francisco Vigo Serralvo, titulado *Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta*, huye del vigente discurso hegemónico cuestionándose, desde un punto de vista puramente lingüístico, pero sin duda muy significativo, la adecuación de la consigna “trabajo decente” esgrimida por la OIT y ampliamente difundida por otras muchas instituciones. El profesor Vigo revisa las concepciones jurídico-políticas de la dignidad humana y la dignidad del trabajo con el objeto de proponer una reformulación del lema del trabajo decente, bajo la premisa de que la dignidad no queda atenuada o anulada por el régimen jurídico-económico al que se sujeta una relación laboral y que, en consecuencia, sería más congruente en vez de reivindicarse el “trabajo decente”, instar una “conducta patronal decente” o un “estatuto normativo decente”, pues el término “decente” incorpora un desafortunado criterio de estratificación de la actividad y equipara la decencia del trabajo con las condiciones en las que éste se presta.

La innovación industrial como aspecto absolutamente indisociable a la transformación del trabajo y su valor ha sido ampliamente abordado en el Congreso, siendo uno de los *topics* más tratado el consignado como *Hombre-máquina: ¿amigos o enemigos?* y en el que ha de situarse la aportación de los Profesores de la Universidad Santa María y del Instituto Universitario de Mercadotecnia (Venezuela), Ydangely Tropiano y Atilio Noguera, *Impacto de la sustitución del trabajador por la máquina, en especial la robotización. Oportunidad y/o amenaza*. En la misma, tras adentrarnos en el mundo de la robotización y sus tipos, se realiza un breve análisis histórico de la robotización en el ámbito laboral en el que la pandemia por la Covid-19 ha contribuido fuertemente a su implementación. Pero lo más interesante es que a lo largo de esta publicación se analizan las oportunidades y amenazas de la

robotización en la prestación laboral a través de una investigación cualitativa de las fuentes doctrinales, judiciales, legales y del resultado de una encuesta a 94 personas de diversos países americanos (Estados Unidos, Panamá, México, Argentina, Colombia, Honduras, Guatemala y Venezuela). Entre las muchas conclusiones extraídas de esta investigación, cabe reseñar que, en países como Venezuela, en los que el coste de la mano de obra es muy bajo, no es atractiva o más bien rentable la robotización. Para los autores, en un futuro -más bien presente ya- los robots van a desarrollar una destacada labor de prevención de riesgos laborales, se crearán nuevas relaciones atípicas y el mayor hándicap estará en lograr un cierto equilibrio entre las partes de la relación laboral para conseguir una fructífera y pacífica transformación.

En una zona gris entre dos de los *topics* *Hombre-máquina: ¿amigos o enemigos?* y *Falsas y nuevas formas de representación*, se hallan los trabajos *La difícil concreción de los derechos colectivos en entornos laborales digitalizados* y *El tripartismo en las nuevas relaciones laborales entre la tradición y la innovación. Balance del diálogo social en España en la crisis pandémica*.

La difícil concreción de los derechos colectivos en entornos laborales digitalizados es fruto de la investigación desarrollada por el Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide (España), Juan Manuel Moreno Díaz, en el Proyecto competitivo financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro del Plan Estatal 2017-2020 Retos-Proyectos I+D+i (Referencia: RTI2018-098794-B-C31). El profesor Moreno Díaz tras abordar como aspectos introductorios las características de las modernas formas de producción y trabajo y de la economía digital, incide en cómo la globalización, la externalización y la deslocalización conllevan la degradación de los derechos de los trabajadores y en particular de los derechos colectivos, haciendo especial hincapié en las consecuencias del trabajo a distancia, el teletrabajo y la economía de plataformas, abogando por la necesidad de encontrar fórmulas representativas alternativas a las tradicionales, así como nuevas formas de negociación colectiva más allá de los códigos de conducta en el marco de la responsabilidad social, cuya nula fuerza vinculante los invalida, y más en sintonía con los Acuerdos Marco Internacionales, dado su mayor grado de juridificación. Finalmente, se concluye con un llamamiento a la pronta recuperación de los derechos colectivos en la era post pandemia.

Sigue una línea temática similar el artículo titulado *El tripartismo en las nuevas relaciones laborales entre la tradición y la innovación. Balance del diálogo social en España en la crisis pandémica*, del Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Director de Empleo, Emprendimiento y Cátedras de la

Universidad de Huelva (España), Francisco José Barba Ramos. Un trabajo en el que, tras contextualizar y analizar el diálogo social tripartito como instrumento de resolución de conflictos, siguiendo los datos aportados en el interesantísimo estudio de 133 países realizado por la propia Organización Internacional del Trabajo, se hace un auténtico y fundamentado alegato a favor del diálogo social como evidente manifestación del viejo neocorporativismo o gobernanza y su relevancia no sólo como instrumento para la solución de conflictos, también para la regulación laboral, fundamentalmente en este momento de crisis económica y social a consecuencia de la pandemia por la Covid-19.

Situada también en zona fronteriza entre las investigaciones sobre *Hombre-máquina: ¿amigos o enemigos?* y *Trabajo y trabajos entre cuestiones de género y diferencias* radica la propia aportación de la coordinadora de este número de la *Revista* que firma estas líneas introductorias, en la que se cuestiona si *¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?* Este artículo es uno de los resultados de los estudios de investigación desarrollados en el marco de la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Universidad de Murcia financiada por la Consejería de Empresa, Empleo, Universidades y Portavocía de la Región de Murcia e impulsada por la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral. Partiendo de la premisa de que el teletrabajo vinculado a la Covid-19 tiene un carácter excepcional y sus consecuencias y efectos, por lo menos en materia de conciliación, no son plenamente extrapolables a su ejercicio en situación de normalidad, sí que el mismo ha permitido una mayor difusión de esta modalidad organizativa permitiendo constatar algunas de sus carencias relacionadas con el tiempo de trabajo, fundamentalmente una suerte de presencialismo virtual nada coherente con la conciliación entre trabajo y vida personal y familiar. Tras valorarse los pros y los contras del teletrabajo frente a otras fórmulas de conciliación tradicionales, se esbozan media docena de conclusiones claves para dar una respuesta afirmativa a la cuestión planteada en el título del artículo con todas las garantías necesarias tanto para la parte social como para la empresarial.

Sobre *Seguridad y salud en el trabajo: evolución, riesgos y profesionalidad* versan tres de los trabajos de este número, dado que, desde antiguo, una de las consecuencias más relevantes de toda transformación en el mundo laboral son sus efectos en la salud de los trabajadores y trabajadoras. Las tres aportaciones son una destacada muestra de las principales preocupaciones más actuales a este respecto: la salud mental; la protección de la seguridad y salud de los trabajadores maduros ante la digitalización industrial; y el impacto del teletrabajo en la salud. Las dos primeras, además, son parte de

los resultados del Proyecto de Investigación Investum/21/LE/0001, titulado *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, financiado por la Consejería de Empleo e Industria de la Junta de Castilla y León.

En la primera de ellas, bajo el título *Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social*, Juan José Fernández Domínguez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León (España), y Patricia Prieto Padín, Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Burgos (España), ofrecen una clarificadora panorámica histórica de la evolución jurisprudencial de la protección social dispensada en España al suicidio y el debate sobre su etiología laboral, sin limitarse a recoger una mera exposición de los *items*, con un análisis crítico de cada una de las etapas, con el fin de alcanzar unos criterios claves definitorios del tratamiento judicial del suicidio como contingencia profesional. Finalmente, los autores auspician que el aumento de pronunciamientos judiciales reconociendo el suicidio como contingencia profesional supondrá un importante reto para la prevención de riesgos laborales y para la protección social, con una especial referencia en ese sentido al recargo de prestaciones.

En la segunda de ellas, titulada *La protección de la seguridad y salud de los trabajadores maduros: propuestas de actuación ante la revolución digital*, la Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León (España), María de los Reyes Martínez Barroso, trata con minuciosidad los efectos para la seguridad y salud laboral de los trabajadores y trabajadoras, derivadas de la prolongación de su vida activa como consecuencia de la imperativa sostenibilidad de los sistemas de pensiones. A tal fin, antes de analizar las principales líneas de actuación de las políticas internas en materia de seguridad y salud, se examinan las acciones e instrumentos a nivel europeo, para después, de forma más específica, abordar la ecuación: prevención de riesgos laborales, cambio demográfico, envejecimiento activo y digitalización industrial. Una ecuación que invariablemente queda despejada con la inclusión de la variable de la edad junto a la de género en las políticas preventivas, a fin de lograr su adaptación a la idiosincrasia particular de las personas trabajadores maduras y la cobertura de las necesidades específicas del colectivo, sobre todo ante los riesgos emergentes derivados de la digitalización de las relaciones laborales y de la sociedad digital, advirtiéndose que bajo ningún concepto la sostenibilidad del sistema puede primar o condicionar la tutela de la seguridad y salud.

La tercera aportación acerca de la seguridad y salud laboral, en este caso resultado del grupo de investigación de la Universidad de Alcalá, PID2020-112731RB-I00, dedicado a *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral*:

políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo, observa el *El impacto del teletrabajo en la salud de las personas trabajadoras*. Arturo Montesdeoca Suárez, Investigador en Formación de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España), relaciona la extensión del teletrabajo con el incremento de riesgos psicosociales emergentes ligados a la digitalización. Ahonda en cómo la forzosa implantación del teletrabajo durante la pandemia ha puesto de manifiesto las denominadas tecnopatologías (tecnoestrés, tecnoansiedad, tecnofobia, tecnofatiga y tecnoadicción), en los entresijos de la regulación de la prevención de riesgos laborales del trabajo desarrollado a distancia en la Ley 10/2021, de 9 de junio y, por último, propone reforzar el marco jurídico preventivo de *hard law* y de *soft law*, nacional y comunitario conforme a las líneas estratégicas del nuevo *Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación*.

Finalmente, supuesto que, como es conocido, la transformación en el mundo de las relaciones laborales, como en el mundo en general, no puede llevarse a efecto sin un compromiso con el medio ambiente como parte de los objetivos de la *Just Transition*, representando la línea temática *Trabajo y medio ambiente: cambios y objetivos de la Just Transition* se culmina este número de la *Revista* con el artículo *La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?* En él, la Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León (España), Henar Álvarez Cuesta, transita con maestría la reciente Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, en la que quedan reflejados los itinerarios trazados por el Pacto Verde Europeo, tanto en lo que respecta a las propuestas climáticas como en cuanto a la asunción del concepto de transición justa. Por último, la profesora Álvarez vincula la transición laboral y la climática y en la línea de la OIT defiende un mayor protagonismo de los agentes sociales en las mismas a través del diálogo social y la negociación colectiva.

El colofón a este primer número de 2022 de la [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), lo ponen dos recensiones bibliográficas. La Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca, María Cristina Polo Sánchez, realiza una interesante y metódica reseña de la obra colectiva, conformada por trece capítulos: *Envejecimiento, cuidados y dependencia: una protección social con perspectiva de género*, dirigida por las Catedráticas de la Universidad de Murcia María del Carmen López Anierte y Belén García Romero. Y la Abogada Especializada en Normas Internacionales de la OIT, Mónica Viviana Tepfer, reseña con acierto y buen criterio la monografía de carácter pedagógico y claramente innovador: *La música y la igualdad a través*

de sus letras del Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Cartagena, Djamil Tony Kahale Carrillo.

Ya como corolario, sin obviar una especial mención a la editora, la Dra. Serrani, *alma mater* de la [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), cuya constancia y saber hacer han posicionado esta *Revista* en los índices de impacto acordes con su calidad y proyección internacional en el ámbito hispano parlante, resta agradecer a los autores y autoras de todas estas investigaciones y de las dos reseñas bibliográficas por su riguroso trabajo, así como al Comité Evaluador de Calidad Científica tanto del propio Congreso, como de la *Revista*, su encomiable labor desde una perspectiva científica, que avala la calidad de este número que espero sea de interés de las personas que lo lean.

Esperemos que las conclusiones y propuestas vertidas a lo largo de estas páginas sean provechosas e incluso que puedan llegar a sumir un valioso papel *de lege ferenda*, animándoles no sólo a la lectura de este número, también a participar en la XII edición del Congreso Internacional promovido por ADAPT.

M^a Belén Fernández Collados

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Coordinadora del doctorado en Derecho
de la Escuela Internacional de Doctorado
Directora de la Cátedra de
Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral
Universidad de Murcia (España)

El trabajo no remunerado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Juan ESCRIBANO GUTIÉRREZ**

RESUMEN: En las últimas décadas, nuestra disciplina ha tenido que hacer frente a la proliferación de una serie de prestaciones de trabajo que no encajan en los tradicionales esquemas asumidos para la delimitación de su ámbito subjetivo. En concreto, se ha producido un incremento del trabajo realizado en favor de empresas que integran el denominado como tercer sector y que carecen de ánimo de lucro. Llevamos a cabo un estudio de la jurisprudencia del TJUE al respecto. A pesar de los avances experimentados en esta jurisprudencia en aras a la determinación de un concepto unitario de trabajador, un examen de las sentencias más recientes sigue arrojando un déficit importante. La concurrencia de una remuneración no es suficiente a efectos de tal delimitación, sino que, como ocurre en los ordenamientos jurídicos nacionales, se requiere la concurrencia de los tradicionales elementos de ajenidad o dependencia, apreciándose una concepción más restrictiva de lo que es habitual en dichos ordenamientos.

Palabras clave: Voluntariado, salario, ámbito subjetivo, ajenidad, dependencia.

SUMARIO: 1. El trabajo no remunerado como nueva realidad laboral. 2. Delimitación del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión. 2.1. Inexistencia de un concepto unívoco de trabajador en el Derecho de la Unión. 2.2. Capacidad del Derecho de la Unión para la definición autónoma del concepto de trabajador. 3. Elementos objetivos de la definición de trabajador en el Derecho de la Unión. 4. Utilidad económica y privilegios de las empresas sin ánimo de lucro en la contratación pública: la importancia de la inexistencia de retribución. 5. Un nuevo paso en la creación de un concepto autónomo de trabajador comunitario sin deseo de armonización: la sentencia *Betriebsrat*. 6. Libre tránsito de extranjeros y voluntariado: la Directiva (UE) 2016/801. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Este artículo es fruto de la participación del autor en el proyecto de I+D PID2019-108628GB-I00, financiado con cargo al Plan Nacional de Investigación, para el trienio 2020-2023, con el título *Condiciones de trabajo decentes en el marco de la Estrategia de Transición Justa*.

** Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba (España).

Unpaid Work in the Case Law of the Court of Justice of the European Union

ABSTRACT: In recent decades, our discipline has had to face the proliferation of a series of work services that do not fit into the traditional schemes assumed for the delimitation of its subjective scope. Specifically, there has been an increase in the work carried out for companies that are part of the so-called third sector and which are not for profit. Despite the progress made in this jurisprudence towards the determination of a unitary concept of worker, an examination of the most recent judgments still reveals a significant deficit. The existence of remuneration is not sufficient for the purposes of such a delimitation, but rather, as is the case in national legal systems, the concurrence of the traditional elements of alienation or dependence is required, with a more restrictive conception than is usual in those systems in the case law of the Court of Justice of the European Union.

Key Words: volunteerism, wage, subjective sphere, otherness, subordination.

1. El trabajo no remunerado como nueva realidad laboral

La realidad laboral se ha visto presidida, en los últimos tiempos, por la proliferación de toda una serie de supuestos de prestación de actividad laboral que, sin embargo, no han encontrado una acogida conveniente en los diferentes ordenamientos jurídico-laborales, al no encajar en los perfiles definidos por los mismos. Presididos éstos por un estrecho concepto de trabajador por cuenta ajena y dependiente, han vuelto la espalda a una serie de manifestaciones nuevas y que, por ello mismo, no encajan convenientemente en esos límites. Un ejemplo en este sentido estaría constituido por el de los trabajos prestados al margen de las reglas tradicionales del mercado de trabajo, en especial, aquéllos realizados a título gratuito o a cambio de una mera compensación por gastos¹, o de un precio inferior al de su valor en dicho mercado, en definitiva.

En este nuevo contexto es de destacar, a los efectos de este estudio, el supuesto del trabajo prestado a favor de una entidad pública o privada sin ánimo de lucro². De hecho, el papel que las entidades sin ánimo de lucro vienen asumiendo en los últimos tiempos como empleadoras de importantes contingentes de personas, encaminadas a prestar unos servicios que el llamado Estado del Bienestar venía desarrollando hasta hace algunos años, así como las especialidades de las prestaciones de servicios realizadas en su favor, han sido prácticamente obviados por parte de nuestra doctrina. La organización estatal se retrae en cuanto sujeto que organiza la prestación de servicios a los distintos colectivos de ciudadanos, dejando dicha función, en buena medida, en manos de organismos de derecho privado³. En este sentido, la importancia alcanzada por este sector desde la perspectiva del empleo ha conducido a considerarlo como uno de los tres grandes sectores de la estructura social del Estado de Derecho: el sector público, el sector

¹ Desde antiguo nuestra legislación y jurisprudencia se ha hecho eco de los denominados trabajos a título de amistad, benevolencia y buena vecindad (art. 1.3.d ET), con la finalidad expresa de excluirlos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo porque se trata de «servicios que se prestan a – u obras que se ejecutan para – otro a título absolutamente gratuito, trayendo de la gratuidad sin más su causa». *Vid.* M. ALONSO OLEA, *Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*, en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1999, p. 16.

² Pero téngase en cuenta que el trabajo benévolo excluido puede abarcar supuestos de prestación de servicios gratuitos para entidades privadas con otros fines no benéficos, como ha venido admitiendo nuestra jurisprudencia. *Vid.* M. ALONSO OLEA, *op. cit.*, p. 18.

³ *Vid.* V.F. MANRIQUE LÓPEZ, F.J. ARRIETA IDIAKEZ, *Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, n. 164.

privado mercantil y el sector privado no lucrativo⁴. Desde esta división tripartita de la estructura social, han sido numerosas las voces que han tratado de interpretar este tercer sector como el eslabón perdido entre el ciudadano y el Estado. Desde esta perspectiva, vendría a convertirse en el mecanismo ideal para estructurar la sociedad civil – canalizando, pues, la necesaria participación de los ciudadanos – así como en un necesario yacimiento de empleo – en caso de que se retribuya – en el que insertar a aquellos trabajadores excedentes tras la implantación en el sector productivo de las nuevas tecnologías⁵.

Descendiendo al plano de la realidad práctica, se aprecia, no obstante, cómo los objetivos teóricos, así como las necesidades a cubrir por las entidades sin ánimo de lucro sufren una doble perversión de gran trascendencia desde la perspectiva de nuestra disciplina. En primer lugar, desde el punto de vista del Estado se produce una utilización torcida de la institución, ya que a través de esta se pretende cubrir el vacío ocasionado por los progresivos recortes presupuestarios en las partidas de carácter social. Es decir, que, tras la apariencia de instituciones encaminadas a canalizar los deseos de solidaridad de parte de los ciudadanos de las democracias avanzadas, en muchas ocasiones se esconden auténticos programas, enmarcados en las nuevas tendencias neo-liberales, de privatización de aquellos servicios sociales tradicionalmente prestados por los Estados sociales y democráticos de derecho.

En el marco de esta utilización torcida de dichas instituciones se puede apreciar una tendencia a la precarización del trabajo, encaminada a la prestación de servicios hasta ese momento realizados por las administraciones públicas. Es decir, en muchas ocasiones la atribución a las entidades sin ánimo de lucro de funciones hasta ese momento asumidas por las instituciones públicas responde a un deseo de abaratar los costes de dicho servicio, aunque dicho abaratamiento se lleve a cabo a través de trabajadores en precario⁶. En concreto, dicho trabajo se viene a desempeñar desde dos posiciones jurídicas claramente diferenciadas. Por un lado, a través de trabajadores vinculados con las entidades sin ánimo de lucro con contratos de trabajo, en su mayoría a tiempo parcial, o escasamente remunerados. Por otro, a través de personas que, sin tener vínculo laboral

⁴ Cfr. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, *La progresiva extensión del “trabajo cívico” y otros pronunciamientos jurisprudenciales de interés*, en *Justicia Laboral*, 2002, n. 9, p. 5 ss.

⁵ J. RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, 1997, p. 180 ss.

⁶ Vid. R. SUSÍN BELTRÁN, *Algunas cuestiones para comprender la institucionalización jurídica del voluntariado*, en *Documentación Social*, 2001, n. 122.

alguno con la entidad sin ánimo de lucro, vienen a desempeñar, en la mayor parte de las ocasiones, trabajos semejantes a los de los asalariados, pero sin recibir a cambio remuneración alguna o una remuneración muy inferior a la media en el sector⁷.

Desde el punto de vista de los voluntarios, sin negar que la realización de dichas actividades obedecerá en su mayoría a una vocación altruista y de colaboración solidaria con los más necesitados⁸, no es menos cierto que también es usual su utilización como plataforma de inserción en el mundo laboral⁹. La incorporación como voluntario en una entidad pública o privada de carácter no lucrativo puede fácilmente estar presidida por un deseo de formación o promoción, como consecuencia, precisamente, de que dichas entidades se contemplan como yacimientos de empleo.

Asimismo, el carácter voluntario de este tipo de prestación puede verse cuestionado desde el momento en el que se produce una confusión, en el marco de una misma empresa, de actividades realizadas en el marco del contrato de trabajo y aquellas realizadas por los mismos trabajadores que, por prestarse gratuitamente, carecen de la consideración de objeto del contrato de trabajo. En este sentido, es especialmente significativa la figura del voluntariado corporativo introducido en el ordenamiento jurídico español a partir de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, del Voluntariado (art. 21). En virtud de tal precepto, la empresa podrá destinar a sus trabajadores, que voluntariamente así lo decidan, a la realización de actividades altruistas en el marco de la responsabilidad social corporativa de la empresa. En este supuesto, como puede fácilmente deducirse, se plantea el carácter realmente voluntario de la participación de los trabajadores en una actividad en favor de la imagen empresarial¹⁰.

⁷ Cfr. M.I. MARTÍNEZ MARTÍN, E. GONZÁLEZ GAGO, *Coexistencia de voluntariado y trabajo asalariado en las ONG de Acción Social*, en *Documentación Social*, 2001, n. 122. Puede verse, asimismo, F. VALDÉS DAL-RÉ, *El trabajo altruista y gratuito: un intento de reconstrucción dogmática*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2011, n. 1, pp. 145-153, y F. VALDÉS DAL-RÉ, *El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (I) y (II)*, *ibidem*, 2012, n. 10 y n. 12, pp. 1-7 y pp. 1-8.

⁸ El panorama no es uniforme. Por un lado, la prestación de servicios se presume gratuita cuando se realiza en beneficio de una entidad con “fines benéficos”; por otro lado, la ausencia de fin benéfico en quien se beneficia de la prestación obliga a indagar en la voluntad altruista, da igual si solidaria, ideológica o festiva, de quien los presta. Así lo describe M. ALONSO OLEA, *op. cit.*, p. 18.

⁹ Véase la propuesta del Parlamento Europeo para que dicha función del voluntariado quede institucionalizada en EFE, [Los eurodiputados piden que se cuente el voluntariado como experiencia laboral](#), en [www.elmundo.es](#), 12 junio 2012.

¹⁰ Cfr. N. SERRANO ARGÜELLO, *El voluntariado corporativo y la Ley 45/2015 de voluntariado*, en *Diario La Ley*, 2016, n. 879, y R. ESTEBAN LEGARRETA, *El voluntariado corporativo en el marco de la responsabilidad social empresarial. Nuevas cuestiones sobre las fronteras entre la actividad voluntaria*

Partiendo de estas premisas, resulta fácil deducir que deberán producirse necesariamente todo tipo de desajustes y fenómenos de conflictividad social. Por ello, una delimitación del ámbito subjetivo de la figura del voluntariado, y del trabajo gratuito en general, es capital en aras a la evitación de abusos¹¹. En este sentido, las sentencias aquí analizadas del TJUE parten del hecho de que se ha detectado la tendencia en alguno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a excluir de la consideración de trabajador a ciertos colectivos calificados como voluntarios, aun en el caso de que respecto a los mismos concurren las notas distintivas del contrato de trabajo. Sin embargo, se le excluye de tal consideración por la naturaleza jurídica del empresario o como consecuencia de la definición como no salarial de las partidas económicas recibidas por el trabajador.

Al mismo tiempo, desde la jurisprudencia del TJUE también se ha respaldado la posición jurídica privilegiada que algunos Estados miembros conceden a las empresas sin ánimo de lucro respecto de las concesiones públicas de servicios. Por su parte, las diferentes disposiciones dictadas por la Unión Europea tienen un claro hilo conductor y que no es otro que el de procurar una potenciación de las facetas más rentables del trabajo de voluntariado, olvidando, al mismo tiempo, que el origen de este tipo de instituciones se encuentra, precisamente, en la aportación de un trabajo con fines solidarios¹².

La Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, ha aportado una definición del voluntariado que, de nuevo, conjuga los tradicionales elementos de esta figura jurídica. Por un lado, la carencia de ánimo de lucro de la entidad receptora del trabajo y, por otro, el hecho de que las actividades desarrolladas no sean remuneradas, excepto en forma de reembolso de gastos o dinero de bolsillo o ambos.

Del análisis de la normativa comunitaria, así como de las resoluciones del TJUE, se desprende que se ha procedido a una utilización del término de trabajo no retribuido en tres contextos claramente diferenciados:

a. en primer lugar, la retribución se convierte en un elemento que coadyuva

y el contrato de trabajo, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 1.

¹¹ En este sentido, F. VALDÉS DAL-RÉ, *El trabajo altruista y gratuito: un intento de reconstrucción dogmática*, cit.; del mismo, *El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (I) y (II)*, cit.

¹² En este sentido, puede verse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el servicio cívico europeo. Sobre el particular, véase J.M. SERRANO GARCÍA, *El voluntariado: de fórmula de participación a instrumento para el empleo*, en *Temas Laborales*, 2014, n. 126, p. 136.

- a la delimitación del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión;
- b. al mismo tiempo, el derecho a la libre competencia comunitaria encuentra en el marco de las licitaciones públicas un límite relacionado con la inexistencia de ánimo de lucro de las empresas adjudicatarias y su carácter de receptoras de trabajo no remunerado;
- c. por último, en el libre tránsito de personas de terceros países dentro de la Unión también presenta importantes especialidades en función del tipo de actividad a desarrollar por el ciudadano de terceros países y, en especial, por su condición de voluntario.

El análisis del elemento retributivo como instrumento de delimitación subjetiva del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión ha de partir, necesariamente, de una descripción del propio concepto de trabajador en éste y en la jurisprudencia del TJUE. Una vez llevada a cabo esta descripción, procederemos a analizar cómo el Tribunal de Justicia ha abordado el papel del concepto de retribución en su más reciente jurisprudencia.

2. Delimitación del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión

2.1. Inexistencia de un concepto unívoco de trabajador en el Derecho de la Unión

Aunque pueda resultar paradójico, el Derecho de la Unión no ha incorporado aún una noción unívoca del concepto de trabajador. Por el contrario, ha optado por definir técnicamente de manera diferente a este en función de los distintos ámbitos afectados, no siendo coincidentes entre sí las diferentes opciones utilizadas¹³. Así, por ejemplo, podríamos destacar las siguientes definiciones subjetivas aportadas por el legislador comunitario:

- a. respecto a la titularidad y ejercicio de la libertad de circulación de trabajadores;
- b. referida a la aplicación de la normativa sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas¹⁴;

¹³ Así, por ejemplo, lo mantiene el TJUE en su sentencia 13 enero 2014, asunto C-256/01, *Debra Allonby c. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional y Secretary of State for Education and Employment*, punto 63.

¹⁴ Una interpretación reciente al respecto puede verse en la STJUE 20 julio 2017, asunto C-416/16, *Luis Manuel Piscarreta Ricardo c. Portimão Urbis EM SA y otros*, donde se viene a considerar como trabajador, a efectos la Directiva 2001/23/CE del Consejo, también a los

- c. a los efectos del ámbito de aplicación de la seguridad social de los trabajadores migrantes¹⁵.
- d. relativa a la aplicación de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal¹⁶. No son, sin embargo, los únicos supuestos que podríamos encontrar¹⁷, todo ello en un contexto de falta de unidad en los ordenamientos de los Estados miembros a la hora de definir el concepto de trabajador. En ellos son detectables, incluso, tendencias divergentes en el sentido de ampliar o reducir el campo de aplicación del Derecho del Trabajo¹⁸.

Es por ello, que un análisis de la jurisprudencia del TJUE se convierte en imprescindible pues, si bien dicha jurisprudencia no deja de interpretar la extensión de los diversos conceptos utilizados por las distintas Directivas que aportan los suyos propios, también es cierto que llevan a cabo una importante labor de precisión de términos, en muchas ocasiones, de uso recurrente por el Derecho de la Unión. Así, por ejemplo, conceptos como “trabajadores habitualmente empleados”, “retribución”, “realización de un trabajo a favor y bajo la dirección de otro”, “actividad económica”, entre otros, han sido recurrentemente objeto de cuestiones prejudiciales resueltas por el Alto Tribunal europeo.

En definitiva, lo que subyace en la labor del TJUE es el deseo de configurar, más allá de la diversidad de definiciones, un concepto supranacional de trabajador en todos aquellos supuestos en los que no se produce de manera expresa una remisión al derecho nacional a estos efectos. No obstante, dicha intención estará siempre condicionada por la anteriormente resaltada falta de unidad en la definición de dicho concepto.

Esta labor de interpretación arranca en su ya lejana sentencia *Unger*¹⁹. En esta temprana resolución se aprecia ya la clara intención de configurar un

trabajadores que no se encuentran prestando efectivamente sus servicios por encontrarse su contrato de trabajo en suspenso.

¹⁵ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)*, en AA.VV., *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 41.

¹⁶ Respecto de esta, puede verse C. GALA DURÁN, *La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 102.

¹⁷ Así, por ejemplo, pueden verse las matizaciones respecto a la extensión de las garantías del salario en J. GARCÍA MURCIA, [La garantía del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea](#), en *esta Revista*, 2016, n. 2, p. 18 ss.

¹⁸ A. SUPLOT (coord.), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 51.

¹⁹ STJUE 19 marzo 1964, asunto 75/63, M.K.H. *Unger, esposa de R. Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten te Utrecht*.

concepto de trabajador comunitario al margen de las legislaciones de los Estados miembros, al menos en lo referido al libre tránsito de trabajadores. En este sentido, mantenía que el Tratado, al consagrar los arts. 48-51 a la libre circulación de los trabajadores, confirió, de ese modo, alcance comunitario a dicho término. Además, en el supuesto de que dicho término hubiera de regirse por el Derecho interno, cada Estado tendría la posibilidad de modificar el contenido del concepto de trabajador y privar a su arbitrio a determinadas categorías de personas de la protección del Tratado.

A partir de aquí, el TJUE ha mantenido de manera constante el carácter autónomo del Derecho de la Unión en aras a la interpretación de los distintos conceptos de trabajador implementados por sus Directivas. Así, por ejemplo, respecto al despido colectivo²⁰, al acceso al empleo²¹ o respecto a la igualdad y no discriminación de los trabajadores o la protección de su seguridad y salud²².

En esta última se afirma, de manera especialmente contundente, esta consideración al afirmar que «la naturaleza jurídica *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario»²³. En concreto, la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del Derecho comunitario, si su independencia sólo es aparente²⁴.

2.2. Capacidad del Derecho de la Unión para la definición autónoma del concepto de trabajador

Partiendo de estas consideraciones, nos centraremos en la determinación de ese concepto de trabajador comunitario aportado por el TJUE en sus sentencias *Fenoll*²⁵ y *Betriebsrat*²⁶ en relación a la trascendencia de la

²⁰ Vid. STJUE 11 noviembre 2015, asunto C-422/14, *Christian Pujante Rivera c. Gestora Clubs Dir, S.L., y Fondo de Garantía Salarial*.

²¹ Vid. STJUE 3 julio 1986, asunto C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*.

²² Vid. STJUE 20 septiembre 2007, asunto C-116/06, *Sari Kiiski c. Tampereen kaupunki*.

²³ En el mismo sentido, pueden verse STJUE 23 marzo 1982, asunto 53/81, *D.M. Levin c. secretaria del Estado a la Justicia*, STJUE 31 mayo 1989, asunto 344/87, *I. Bettray c. Staatssecretaris van Justitie*, o STJUE 19 noviembre 2002, asunto C-188/00, *Bülent Kurç, nacido Yüce c. Land Baden-Württemberg*.

²⁴ Vid. sentencia *Allonby*, cit.

²⁵ STJUE 26 marzo 2015, asunto C-316/13, *Gérard Fenoll c. Centre d'aide par le travail "La Jouvène" y Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon*.

²⁶ STJUE 17 noviembre 2016, asunto C-216/15, *Betriebsrat der Rubrandklinik gGmbH c.*

retribución como elemento determinante en relación a la aplicación de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y del art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En estas sentencias, el TJUE afrontará, de nuevo, la noción de trabajador en el Derecho de la Unión para así determinar la aplicación de dichas Directivas.

En cuanto a la primera de las Sentencias, hemos de destacar que el TJUE se dispone a realizar un análisis de esta problemática desde la perspectiva de un supuesto concreto, en este caso, la aplicación de la Directiva en cuestión a aquellos trabajadores excluidos por el Derecho nacional de origen de la misma como consecuencia de la negación del concepto de salario de la retribución obtenida por los trabajadores como consecuencia de la prestación de servicios en favor de una entidad sin ánimo de lucro.

En concreto, el Tribunal remitente se pregunta si las personas admitidas en un centro de ayuda mediante el trabajo, y que no tienen la condición de trabajadores por cuenta ajena, están comprendidas en el concepto de trabajador en el sentido del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta que el trabajador en cuestión recibía una retribución muy por debajo del salario mínimo garantizado en Francia como consecuencia de que en este ordenamiento jurídico carecía de la consideración de trabajador. En concreto, el Tribunal remitente eleva tres cuestiones al TJUE:

- a. en primer lugar, si la persona en cuestión puede ser calificada como trabajador como consecuencia de la interpretación del art. 3 de la Directiva 89/391/CEE, a la que se remiten las disposiciones del art. 1 de la Directiva 2003/88/CE;
- b. en segundo lugar, si el art. 31.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión debe ser interpretada en ese mismo sentido;
- c. por último, si la persona mencionada puede invocar directamente los derechos que le confiere la Carta para obtener el derecho a vacaciones retribuidas en caso de que la normativa nacional no prevea que disfrute de tales vacaciones, y si debe el juez nacional, para garantizar la plena eficacia de tal derecho, puede excluir la aplicación de toda disposición de Derecho nacional contraria.

En definitiva, se trata de determinar si el concepto de trabajador utilizado en dichas Directivas ha de extenderse, incluso, a aquellos sujetos que

Rubrandklinik gGmbH. El concepto elaborado por esta última ha sido posteriormente reiterado por este Tribunal. Por ejemplo, véanse STJUE 20 noviembre 2018, asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța y otros c. Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Constanța*, y STJUE 15 julio 2021, asunto C-742/19, *B.K. c. Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo)*.

carecen de tal consideración desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional de referencia por recibir un salario muy por debajo de los niveles del mínimo. El órgano jurisdiccional remitente únicamente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si el Sr. Fenoll puede invocar, en calidad de trabajador, el derecho a vacaciones anuales retribuidas de una duración mínima de cuatro semanas, y no sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa francesa con arreglo a la cual, por un lado, las vacaciones no disfrutadas a consecuencia de una enfermedad no dan derecho a percibir una indemnización compensatoria ni sobre el hecho de que los períodos de baja laboral por enfermedad no generan el derecho a vacaciones retribuidas. Es evidente, considera el propio Abogado General en sus conclusiones, que el órgano jurisdiccional remitente considera que está suficientemente instruido sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia²⁷.

El TJUE había tenido ocasión de pronunciarse al respecto con anterioridad en otras ocasiones. En las mismas había mantenido que el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391/CEE debe entenderse en sentido amplio, de manera que las excepciones a su ámbito de aplicación previstas en su art. 2.2 han de interpretarse restrictivamente. Dichas excepciones, mantiene este Tribunal, fueron adoptadas únicamente con el fin de garantizar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud, así como del orden público en circunstancias de gravedad y amplitud excepcionales²⁸.

Dado que la actividad desarrollada por el trabajador recurrente no puede ser comprendida en ninguno de los supuestos expresamente excluidos por la Directiva, habrá que comprobar si la actividad ejercida por éste es realizada como trabajador en el sentido del art. 7 de la Directiva

²⁷ Así, por ejemplo, en la STJUE 24 enero 2012, asunto C-282/10, *Maribel Domínguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre*, punto 18: «Los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este».

²⁸ Véanse, en este sentido, STJUE 12 enero 2006, asunto C-132/04, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, punto 22, y STJUE 3 octubre 2000, asunto C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) c. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, puntos 34 y 35; ATJUE 3 julio 2001, asunto C-241/99, *Confederación Intersindical Galega (CIG) c. Servicio Galego de Saúde (Sergas)*, punto 29; STJUE 5 octubre 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, *Bernhard Pfeiffer (C-397/01)*, *Wilhelm Roith (C-398/01)*, *Albert Sijß (C-399/01)*, *Michael Winter (C-400/01)*, *Klaus Nestvogel (C-401/01)*, *Roswitha Zeller (C-402/01)* y *Matthias Döbele (C-403/01) c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, punto 52, y ATJUE 14 julio 2005, asunto C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg c. Leiter der Feuerwehr Hamburg*, punto 42.

2003/88/CE y del art. 31.2 de la Carta. Es decir, no es la denominación de la actividad desarrollada lo determinante sino el modo en el que la misma se realiza, al contrario de lo establecido en el ordenamiento de origen en el que era la consideración de discapacitado lo que excluía, en sí misma, la extensión de la consideración de trabajador al ser merecedor de una retribución inferior al salario mínimo.

Como hemos adelantado, la resolución de la cuestión planteada será llevada a efecto a través de la interpretación autónoma de la normativa comunitaria. La Directiva 2003/88/CE no contiene ninguna remisión al concepto de trabajador consagrado en las legislaciones nacionales por lo que el concepto de trabajador «no puede ser objeto de una interpretación variable según los derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión» (punto 25 de la sentencia) y ha de ser definido conforme a criterios objetivos²⁹ con el fin de garantizar la uniformidad del ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho a vacaciones retribuidas de los trabajadores.

Con base en dicho punto de partida, y retomando la jurisprudencia que ha abordado semejante cuestión, se define al trabajador como aquella persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. La característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución³⁰.

La prestación se calificará como laboral y, por tanto, será de aplicación la correspondiente Directiva, como consecuencia de que se constate la concurrencia de los elementos reseñados con independencia de la calificación otorgada en el derecho nacional a tal prestación y de la celebración o no de un contrato de trabajo³¹. Así, en el caso juzgado por el TJUE en el asunto *Fenoll*, el derecho francés excluía de la consideración de trabajador al colectivo de trabajadores discapacitados en centros especiales

²⁹ *Vid.* STJUE 14 octubre 2010, asunto C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère c. Premier ministre y otros*, punto 29, sentencia *Sindicatul Familia Constanța*, cit., y STJUE 21 febrero 2018, asunto C-518/15, *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*.

³⁰ Son muchas las sentencias que parten de dichos elementos como determinantes a la hora de elaborar un concepto comunitario de trabajador. Pueden verse STJUE 3 mayo 2012, asunto C-337/10, *Georg Neidel contra Stadt Frankfurt am Main*, punto 23; sentencia *Lawrie-Blum*, cit., puntos 16 y 17, STJUE 23 marzo 2004, asunto C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, punto 26, y STJUE 7 septiembre 2004, asunto C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, punto 15.

³¹ *Vid.* STJUE 11 noviembre 2010, asunto C-232/09, *Dita Danosa c. LKB Lāzings SLA*, puntos 40-42.

a los que se les retribuye por debajo del salario mínimo estipulado al efecto. Como consecuencia de todo lo anterior, habrá que comprobar la concurrencia de dichos elementos objetivos, para lo que habrá que proceder a su previa definición.

3. Elementos objetivos de la definición de trabajador en el Derecho de la Unión

De lo expuesto hasta ahora, podemos deducir un cierto cambio de tendencia en la jurisprudencia del TJUE a la hora de abordar el concepto comunitario de trabajador. Frente a una concepción que podríamos calificar como general en la que este Tribunal, si bien mantenía la facultad del Derecho de la Unión para mantener un concepto autónomo de trabajador, sin embargo, consideraba que ello no implicaba que tal concepto fuera unívoco. Así, por ejemplo, en la sentencia *Allonby* afirmaba que hay «recordar que el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate» (punto 63)³².

Por el contrario, el asunto *Fenoll* ahora analizado demuestra que el TJUE está inclinándose, cada vez más abiertamente, hacia una concepción uniforme y horizontal de la noción de trabajador. En concreto, en esta resolución el Tribunal se aventura a dar una definición única al término utilizado por el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE y por el art. 31 de la Carta de Derechos. Dado que en ambos supuestos se hace referencia al derecho de los trabajadores a un período de vacaciones anuales retribuidas, no era lógico mantener una definición diferente en ambos supuestos (punto 26). Además, deducimos esta tendencia del hecho de que en esta sentencia se apela, a la hora de analizar los elementos que han de concurrir para definir el concepto de trabajador a efectos de disfrute de vacaciones retribuidas, a una serie de elementos que habían sido utilizados con anterioridad por el TJUE para delimitar el concepto de trabajador en otros ámbitos diferentes: igualdad entre trabajadores y trabajadoras, protección de trabajadoras embarazadas o libre circulación de trabajadores.

Al mismo tiempo, en su afán de elaborar este nuevo concepto unívoco de trabajador, viene a utilizar otros elementos, en especial, los referidos a la

³² En el mismo sentido, pueden verse STJUE 12 mayo 1998, asunto C-85/96, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, punto 31, y STJUE 1º marzo 2012, asunto C-393/10, *Dermot Patrick O'Brien y Ministry of Justice, anteriormente Department for Constitutional Affairs*, punto 30.

necesidad de que el trabajador realice actividades reales y efectivas, lo que implica la exclusión de todas aquellas actividades que comporten labores puramente marginales y accesorias (punto 27), mención que ya aparecía contenida en las Conclusiones del Abogado General (puntos 38-44). Esta mención ni tan siquiera se encontraba presente en los anteriores pronunciamientos de este Tribunal a la hora de interpretar el concepto utilizado por esta misma Directiva³³, aunque sí respecto a la libre circulación de trabajadores³⁴, en especial, en la sentencia *Bettray* (punto 17).

Dada la vocación detectada en esta resolución de dotar al concepto de trabajador un carácter más unívoco al existente hasta ahora, es muy importante llevar a cabo una descripción de los distintos elementos que dicha sentencia considera necesarios para poder entender que nos encontramos ante un trabajador.

a) Prestación real y efectiva desempeñada por el trabajador

Como anteriormente adelantamos, el elemento definitorio más novedoso es el referido a la necesidad de que la prestación tenga un carácter real y efectivo y no sea meramente marginal o accesorio. Este elemento había sido utilizado hasta ahora, especialmente, por el TJUE a la hora de definir el ámbito subjetivo de la libre circulación de trabajadores. A este respecto, la falta de presencia de este elemento interpretativo llevó a excluir a aquellas actividades que suponen un simple medio de reeducación o reinserción de las personas que las ejercen³⁵. Esta es la razón por la cual el Gobierno francés solicita la aplicación por analogía de semejante jurisprudencia, dado que también en este caso el trabajo realizado por el demandante tiene un claro componente asistencial.

A este respecto, cabe diferenciar los razonamientos mantenidos por el Abogado General de los que, finalmente, constituyen el razonamiento del TJUE. En el primer caso, se niega la aplicación de la jurisprudencia sobre libre circulación para negar la aplicación del propio concepto de actividad real y efectiva. Ha de observarse, mantiene el Abogado General en sus Conclusiones, que el Tribunal de Justicia ha desarrollado su concepto de actividades reales y efectivas en el marco de la libre circulación de los trabajadores, considerando que, tanto de la formulación del principio de la libre circulación de los trabajadores como del lugar que ocupan las normas

³³ Así, por ejemplo, no aparece en la sentencia *Union syndicale Solidaires Isère*, cit.

³⁴ Sobre estos criterios, puede verse C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n. 37, p. 55.

³⁵ *Vid.* sentencia *Bettray*, punto 17.

a él referentes en el conjunto del sistema del Tratado, se deduce que dichas normas garantizan tan sólo la libre circulación de las personas que ejercen o desean ejercer una actividad económica y que, por consiguiente, solamente cubren el ejercicio de actividades reales y efectivas. En estas circunstancias, concluye el Abogado general, esa condición no ha de ser tan determinante para definir el concepto de trabajador, no ya en el ámbito de su libre circulación, sino en el de su protección laboral. Es decir, «el requisito de la realidad y efectividad de las actividades ha de ser menos decisivo en un contexto más social que el de la libre circulación de los trabajadores, por lo que no debe aplicarse de forma estricta» (punto 44).

Por el contrario, la sentencia sí acepta la aplicación analógica de los razonamientos mantenidos con relación a la libre circulación de trabajadores, aunque, una vez analizados los elementos concurrentes, se ha de afirmar que en este caso sí nos encontramos ante una actividad real y efectiva. El TJUE en su afán de desarrollar un concepto de trabajador cada vez más omnicomprendivo acepta la aplicación de conceptos de definición hasta ahora circunscritos a otras cuestiones y, a continuación, lleva a cabo una definición autónoma del propio elemento interpretativo. En este sentido, se trae a colación al hecho de que las actividades desarrolladas por el trabajador puedan considerarse comprendidas normalmente en el mercado de trabajo, como ya había hecho con anterioridad en la sentencia *Trojani* (punto 24). Respecto a esta última, sigue considerando como excluidos de la definición de trabajador a aquellos sujetos que realizan actividad a muy pequeña escala, exclusión, por otra parte, inexistente en ordenamientos nacionales como el nuestro.

Es esa aplicación analógica la que lleva a reproducir, sistemáticamente, entre los elementos que han de concurrir para la consideración de trabajador a efectos del Derecho de la Unión, la de que la prestación se lleve a cabo *durante un cierto tiempo*³⁶. Se introduce, pues, y no es la única ocasión, requisitos más restrictivos que los existentes en la mayor de parte de los países miembros, si bien no faltan ordenamientos en los que sí existe este requisito³⁷. En el ordenamiento jurídico español, la única referencia a la posibilidad de exclusión de los trabajos marginales, no constitutivos de medio fundamental de vida, se encuentra en el art. 7.5 TRLGSS. Si bien,

³⁶ Por citar las más reciente, véanse STJUE 13 febrero 2014, asunto C-596/12, *Comisión Europea c. República Italiana*, puntos 16 y 17, y STJUE 4 diciembre 2014, asunto C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media contra Staat der Nederlanden*, punto 34.

³⁷ A. SUPLOT (coord.), *op. cit.*, p. 51. Respecto a nuestro ordenamiento jurídico, puede verse I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente*, en *Actualidad Laboral*, 2007, n. 22.

dicha posibilidad no ha sido prácticamente utilizada³⁸.

b) Utilidad económica de la prestación realizada

Otro de los elementos destacados como de necesaria concurrencia para poder calificar como laboral una prestación de trabajo a tenor de la presente sentencia es la obtención por parte de la empresa de una utilidad económica (punto 32) sin precisar, sin embargo, qué hemos de entender por tal. Por el contrario, sí que mantiene, en línea con una jurisprudencia muy asentada³⁹, que es indiferente la productividad más o menos elevada del interesado (punto 34). La concurrencia de esta utilidad y el tratarse de una actividad comprendida normalmente en el mercado de trabajo habrá de ser, como consecuencia de la remisión de esta sentencia, apreciada por la jurisdicción nacional⁴⁰.

En este punto, una de las cuestiones que, entendemos, es necesario destacar consiste en la relación existente entre la utilidad económica de la prestación como elemento de delimitación subjetiva de la prestación de trabajo y la jurisprudencia emanada del TJUE con relación a las empresas sin ánimo de lucro. Asimismo, otro tema relevante será el determinar la posición en la que quedarán aquellos trabajadores que no poseen tal consideración desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales al negarse dicha utilidad económica, en concreto, el voluntariado.

Con respecto a este último supuesto, según se desprende de la jurisprudencia ahora analizada, podrían quedar excluidos de la consideración de trabajadores en aquellos supuestos en los que no se desprenda ninguna utilidad económica en favor de la entidad sin ánimo de lucro, independientemente de las características de dicha prestación.

c) Otros elementos propios de la definición de trabajador

La Sentencia ahora comentada no limita su afán de delimitación subjetiva del trabajador a los conceptos anteriormente mencionados, sino que se refiere, aunque sin entrar en su precisión, a algunos de los más tradicionales como son el que el trabajo se desarrolle en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta. Esta fórmula se ha convertido en una suerte de lugar

³⁸ Véase, de manera genérica, M.I. RAMOS QUINTANA, *El ámbito subjetivo del sistema de la Seguridad Social en el nuevo Texto Refundido*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. extra. 4.

³⁹ Véanse las sentencias *Levin*, cit., punto 16; *Bettray*, cit., puntos 15 y 16; *Kurz*, cit., punto 32; *Trojani*, cit., punto 16.

⁴⁰ Véase una crítica a tal remisión en H. VERDELHAN, Z. NENDI, *Arrêt Fenoll*, en *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 2015, n. 1, p. 161.

común en multitud de sentencias sin que hayamos podido encontrar ninguna precisión terminológica al respecto. Por el contrario, en ninguna de ellas se va más allá de, simplemente, enumerarlas. Es decir, que serán los órganos jurisdiccionales nacionales los que determinarán el alcance de estos. Con respecto a estos últimos no existe una unidad en los distintos ordenamientos jurídicos a la hora de precisar cuándo concurren tales elementos por lo que el papel delimitador de los ordenamientos nacionales es fundamental. En definitiva, se produce la paradoja de que el TJUE declara con cierto grado de solemnidad que es su competencia el definir el ámbito subjetivo de sus Directivas para, a continuación, dejar en manos de los jueces nacionales su precisión. Es más, se viene a afirmar, que «no se trata de aportar una claridad uniforme sobre una definición concreta sino de la armonización de un concepto transversal del Derecho del Trabajo que otorgará una amplia eficacia y protección en las distintas materias reguladas por el Derecho Europeo»⁴¹.

Se da, además, la circunstancia de que precisamente los conceptos menos precisados por la jurisprudencia del TJUE son, justamente, aquellos en los que se produce unas mayores divergencias en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros⁴².

d) Concepto de retribución a efectos de la delimitación subjetiva

Respecto a la retribución, el TJUE vuelve a partir de un concepto amplio de remuneración. Como hemos advertido anteriormente, una de las razones por las que el recurrente fue excluido de la consideración de trabajador fue la de que percibía una retribución que, por estar significativamente por debajo de los mínimos del salario interprofesional, no podía considerarse como salario.

Es indiferente según el Alto Tribunal europeo, a este respecto, el hecho de que esta remuneración pudiera estar muy por debajo del salario mínimo garantizado en Francia, pero sí que la actividad en cuestión posea una utilidad económica (punto 33).

El salario como elemento de necesaria concurrencia para la determinación del ámbito subjetivo del Derecho de la Unión habrá que conjugarse, en muchas ocasiones, con el carácter de la empresa, dada la significación que se le otorga al hecho de que la empresa obtenga una utilidad patrimonial del trabajo asalariado. La combinación de estos dos elementos nos aportará los

⁴¹ I. GUTIÉRREZ VELASCO, *El “trabajador europeo” se pone en forma*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 19, p. 4.

⁴² A. SUPIOT (coord.), *op. cit.*, p. 52 ss.

requisitos mínimos para poder determinar la extensión de término trabajador al trabajo no lucrativo.

No obstante, desde nuestro punto de vista, la interpretación en sentido amplio del salario a los efectos de la atribución del carácter de trabajador al perceptor de cualquier tipo de contraprestación choca con el otro elemento destacado por la STJUE, esto es, la utilidad económica obtenida por la empresa. En concreto, como hemos adelantado, la cuantía salarial no impide la calificación como trabajador del recurrente toda vez que dicho trabajo genera en la empresa una utilidad patrimonial. Como hemos advertido, la determinación de dicha utilidad corresponderá establecerla a los jueces nacionales. Indicando, eso sí, el TJUE que la misma estará en relación con el carácter del receptor de la prestación de trabajo.

A este respecto, podríamos recordar la jurisprudencia asentada por el TJUE respecto al concepto de prestación de servicios a los efectos de la interpretación de los límites en la aplicación de los arts. 49 y 56 TFUE. En concreto, la sentencia *Jundt*⁴³ mantiene que el concepto de remuneración contenido en el art. 57 TFUE incluye cualquier tipo de contrapartida, inclusive en aquellos supuestos en los que tal actividad sea realizada a título casi benévolo (punto 35). Siendo indiferente, además, que tal remuneración se perciba en dinero o en especie⁴⁴. Es decir, que el TJUE ha sido mucho más explícito al definir la remuneración percibida en el marco de la prestación de servicios como elemento definidor básico que cuando procede a definir el concepto de trabajador.

4. Utilidad económica y privilegios de las empresas sin ánimo de lucro en la contratación pública: la importancia de la inexistencia de retribución

Las incertidumbres planteadas vienen a sumarse a la clara tendencia de privilegio detectada en la jurisprudencia comunitaria con relación a la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro. Además, dicha línea jurisprudencial se justifica, precisamente, por el hecho de que las entidades sin ánimo de lucro realicen sus servicios a través de trabajo no remunerado. En concreto, en la sentencia *Consorzio Artigiano*⁴⁵ parte de la aplicación de la

⁴³ STJUE 18 diciembre 2007, asunto C-281/06, *Hans-Dieter Jundt y Hedwig Jundt c. Finanzamt Offenburg*.

⁴⁴ *Vid.* STJUE 23 febrero 2016, asunto C-179/14, *Comisión Europea c. Hungría*.

⁴⁵ STJUE 28 enero 2016, asunto C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) y Regione Piemonte*.

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, a los contratos públicos de servicios y de transporte sanitario de urgencia o de extrema urgencia. Esta Directiva se aplicaría al supuesto de hecho planteado de no concurrir ningún otro extremo como es, en el caso que se analiza, el carácter de entidad sin ánimo de lucro de la adjudicataria del servicio.

Asimismo, en el supuesto analizado también concurría el requisito cuantitativo exigido para que los contratos celebrados con la Administración. El TJUE parte del hecho de que un sistema de adjudicación como el analizado supone, en primera instancia, una vulneración de los objetivos de la libre circulación de servicios y representa un obstáculo a una apertura lo más amplia posible de los contratos públicos a una competencia no falseada.

No obstante, el TJUE considera que hay que recordar que el Derecho de la Unión respeta la competencia de los Estados miembros en materia de organización de los sistemas de salud pública y de seguridad social y los principios de universalidad, de solidaridad, de eficacia económica y de adecuación que inspiran el modo de organización de los servicios en el supuesto analizado.

De todo ello, se desprende a juicio del TJUE que, aunque los Estados miembros no pueden restringir de manera injustificada el ejercicio de las libertades fundamentales, aunque se trate de sectores clave, pueden recurrir a organismos privados que no persigan fines de lucro sin ser necesario la convocatoria de ningún tipo de licitación. La única condición para poder cubrir el servicio sin respetar la libre competencia se encuentra en el hecho de que la actividad de las organizaciones sea ejercida por «trabajadores únicamente dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal».

En definitiva, la adjudicación prioritaria a este tipo de organizaciones se justifica sobre la base de dos premisas. En primer lugar, que dicha adjudicación genere un beneficio derivado de las características del prestador del servicio. En segundo lugar, que dicho servicio sea prestado de manera prioritaria por voluntarios: «Así pues, la actividad de las organizaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe velarse por que no se persiga, amparándose en una actividad de voluntariado, ánimo de lucro alguno, ni siquiera indirecto, y para que el voluntario pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las

propias organizaciones»⁴⁶.

5. Un nuevo paso en la creación de un concepto autónomo de trabajador comunitario sin deseo de armonización: la sentencia *Betriebsrat*

La falta de un concepto unívoco de trabajador obliga al TJUE a elaborar uno propio, prácticamente, respecto de cada una de las Directivas en las que se refiere a trabajador. La utilización del elemento de la utilidad económica como mecanismo para la calificación jurídica del trabajador tendrá especial significación en aquellos supuestos en los que, expresamente, la normativa de referencia se refiera a la misma. De este modo, dicho elemento se verá reforzado en su delimitación subjetiva. Especial referencia podríamos hacer a este respecto al supuesto de la Directiva 2008/104/CE, en el que expresamente se menciona que solo será de aplicación en relación a aquellas empresas que ejercen una actividad económica (art. 1.2)⁴⁷. Por otra parte, el segundo de los elementos que habrá de ser tenido en consideración es el relativo a los efectos que posee la remisión que en el art. 3.1.a de la misma se realiza a la normativa de los estados miembros, en aquellos supuestos en los que se produzca una exclusión del concepto de trabajador como consecuencia de la de la no consideración como salario de la retribución obtenida por los trabajadores y, como consecuencia de ello, no se les considere tales.

En relación con esta última, la sentencia *Betriebsrat* viene a resolver la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Trabajo alemán respecto a la posibilidad de aplicar la normativa sobre empresas de trabajo temporal a una persona excluida de la consideración de trabajadora por la calificación del vínculo que le une con la empresa (una entidad sin ánimo de lucro). En concreto, la relación entre dicha entidad y sus miembros no se rige por un contrato de trabajo. El fundamento jurídico de la obligación de realizar un trabajo, por el contrario, se basa en su afiliación a la entidad y el compromiso que se deriva de tal afiliación de contribuir a la Hermandad mediante la realización de prestaciones laborales en el marco de una relación de dependencia personal (punto 13). Como puede comprobarse, se trata de un supuesto peculiar de voluntariado. La trabajadora se afilia a la

⁴⁶ STJUE 11 diciembre 2014, asunto C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros c. San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, punto 62.

⁴⁷ Vid. S. LAULOM, J.-P. LHERNOULD, *Le détachement des travailleurs intérimaires dans l'Union européenne*, en *Revue de Droit de Travail*, 2012, n. 5, p. 308 ss., y N. MOIZARD, *Les intérimaires dans l'Union européenne: les données du débat*, en *Revue de Droit du Travail*, 2012, n. 4, p. 240 ss.

Hermandad y, como consecuencia de ello, renuncia a la consideración de trabajadora a pesar de que la prestación de trabajo reúna todas las notas tradicionales del trabajo por cuenta ajena, incluida la remuneración periódica. Entre las obligaciones asumidas en este acto de afiliación se encuentra la de ser cedidos a terceros.

El Derecho alemán, por tanto, excluye a estos trabajadores de la aplicación del Derecho del Trabajo alemán. Como puede comprobarse, en este caso el Derecho alemán reconoce una suerte de voluntariado retribuido en el que la naturaleza especial de la relación no se manifiesta como consecuencia de la renuncia al salario sino a otros derechos laborales. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, a pesar de ello, la recurrente podría considerarse trabajadora en virtud del Derecho de la Unión y, en concreto, en el sentido del art. 1.1 de la Directiva anteriormente mencionada. En definitiva, se trata de saber si la inexistencia de contrato de trabajo y su sustitución por un compromiso de voluntariado es causa suficiente para la exclusión de la aplicación de la Directiva 2008/104/CE.

Como se sabe, para aplicar esta Directiva es preciso que concurren dos elementos. En primer lugar, que la persona en cuestión sea un trabajador conforme a la mención de su art. 1 y, en segundo lugar, que la empresa de trabajo temporal que lo ceda a una empresa usuaria ejerza una actividad económica (art. 2).

En lo que se refiere al concepto de trabajador, la propia Directiva aporta, una vez más, su propio concepto de trabajador, pero, en esta ocasión, realizando una remisión al ordenamiento jurídico del Estado miembro en cuestión. En concreto, se precisa que en dicho ordenamiento jurídico esté protegido por la legislación nacional sobre empleo. Es decir, se produce, como advertimos con anterioridad, una remisión a la normativa nacional en el momento de llevar a cabo su delimitación subjetiva. Es por ello por lo que el razonamiento que mantenga el TJUE en su interpretación nos aportará importantes indicios acerca de la verdadera tendencia, detectada en los últimos lustros, de crear un concepto autónomo de trabajador, al menos, con relación a cada una de las utilidades de dicho término en las distintas Directivas.

Al respecto, de nuevo el TJUE parte de que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución, y, ni la calificación jurídica en Derecho nacional y la forma de dicha relación, ni la naturaleza del vínculo jurídico existente entre esas dos personas, resultan determinantes a este respecto. Además, en el supuesto no se trata simplemente, desde nuestro punto de vista, de extender sin más esta

definición ya utilizada por el propio Tribunal durante más una década sino que, en realidad, se produce un reforzamiento de esta doctrina toda vez que la considera aplicable, incluso, en un caso como el presente en el que la Directiva se remite a la normativa de los Estados miembros: «ni la calificación jurídica en Derecho nacional de la relación que une a la persona de que se trate con la empresa de trabajo temporal, ni la naturaleza de su vínculo jurídico, ni tampoco la forma de esa relación son determinantes a efectos de la consideración de dicha persona como trabajador en el sentido de la Directiva 2008/104». Todo ello a pesar, como venimos advirtiendo, de que la Directiva contiene una expresa remisión a estos efectos al Derecho de los estados miembros.

Al respecto, continúa el TJUE considerando que la remisión del art. 3.2 de la Directiva significa que el «legislador de la Unión tenía la intención de preservar la competencia de los Estados miembros en lo que concierne a la determinación de las personas que entran dentro del concepto de trabajador en el sentido del Derecho nacional y que han de ser objeto de protección en el marco de su normativa interna, aspecto que la Directiva 2008/104 no aspira a armonizar» (punto 31).

Sin embargo, esta renuncia a la armonización del concepto de trabajador a nivel comunitario no significa una renuncia del legislador de la Unión, continúa el TJUE, a determinar por sí mismo el alcance de este concepto en el sentido de la Directiva. Así pues, a juicio del Alto Tribunal, el legislador de la Unión «no ha confiado a los Estados miembros la tarea de definir unilateralmente dicho concepto, sino que él mismo ha precisado los contornos del art. 3.1 a) de la Directiva, al igual que hizo respecto de la definición de trabajo cedido por una empresa de trabajo temporal en el art. 3.1. c)» (punto 32).

Con el propósito de corroborar esta interpretación, el TJUE continúa citando los objetivos planteados por la Directivas en sus considerandos 10 y 12 en aras a establecer un marco adecuado de protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal que garantice, a su vez, la utilización de este tipo de trabajo para contribuir eficazmente a la creación de empleo. Este objetivo se vería impedido si sólo pudiéramos aplicar tal Directiva cuando los ordenamientos nacionales reconozcan, conforme a sus propios elementos de definición, la consideración de trabajadores a ciertos colectivos de prestadores de trabajo: «tal limitación permitiría a los Estados miembros o a las empresas de trabajo temporal excluir, según su voluntad, a determinadas categoría de personas, de la protección que persigue dicha Directiva y, en particular, de la aplicación del principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y el personal contrato directamente por la

empresa usuaria consagrado en el art. 5 de la misma Directiva, siendo así que la relación laboral que vincula a estas personas con la empresa de trabajo temporal no se diferencia, en esencia, de la que vincula a los empleados que tienen la condición de trabajador en virtud del Derecho nacional con el empresario para el que trabajan» (punto 37). Se avanza, pues, en el tradicionalmente buscado efecto útil de las Directivas. Cada ordenamiento jurídico nacional podrá tener el concepto de trabajo que desee, pero ese concepto no puede entorpecer o restringir el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

A pesar de contundencia de los razonamientos ahora descritos, el TJUE termina remitiéndose a los ordenamientos jurídicos de los estados miembros como instrumentos de verificación de la concurrencia de los requisitos anteriormente analizados. En concreto, manteniendo su tradicional doctrina, entiende que la calificación de la relación por parte de los ordenamientos nacionales es intrascendente, pero termina afirmando que lo realmente determinante es la constatación de que el Estado miembro de que se trate proteja al trabajador como consecuencia de la concurrencia de los requisitos en cuestión: «la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que abarca a toda persona que realice una prestación laboral, es decir, que lleve a cabo, durante cierto tiempo, a favor de otra y bajo su dirección, prestaciones a cambio de las cuales recibe una retribución, y que esté protegida por ello en el Estado miembro de que se trate con independencia de la calificación jurídica de su relación laboral en Derecho nacional» (punto 43), extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Por último, el TJUE entra a interpretar de nuevo el concepto de “actividad económica” contenida en el art. 1.2 de la Directiva. En este sentido, retomando parcialmente la jurisprudencia elaborada con anterioridad, se considera que tiene carácter económico cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Una vez que se constata este objeto es indiferente la forma jurídica que revista la entidad empleadora de los trabajadores, así como el hecho de que la misma carezca de ánimo de lucro.

Sin embargo, esta interpretación plantea dudas sobre la posibilidad de que no posean el carácter de empresa, a los efectos de la aplicación de la normativa europea, aquellas entidades que no ofrezcan ningún tipo de bien o servicio en el mercado, además de no obtener ningún beneficio de la actividad desarrollada. A este respecto, las Conclusiones del Abogado General llevan a cabo, desde nuestro punto de vista, una interpretación más rigurosa de este concepto para lo que se remite a la más reciente jurisprudencia del TJUE sobre libre tránsito de trabajadores.

En concreto, el TJUE en la sentencia *Comisión Europea c. Hungría* pone el acento para la aplicación, en este caso de las disposiciones del TFUE relativas a la libre prestación de servicios, en que la actividad desarrollada por los trabajadores sea objeto de remuneración, independientemente de la obtención de beneficios por parte de la empresa de dicho trabajo remunerado (punto 154). Lo determinante, por el contrario, es la existencia de una remuneración a cambio de una determinada actividad, «aunque se hubiera ejercido a título casi benévolo»⁴⁸.

6. Libre tránsito de extranjeros y voluntariado: la Directiva (UE) 2016/801

Las diferentes disposiciones dictadas por la Unión Europea con relación al trabajo prestado en régimen de voluntariado tienen un claro hilo conductor y que no es otro que el de procurar una potenciación de las facetas más rentables del trabajo de voluntariado, olvidando, al mismo tiempo, que el origen de este tipo de instituciones se encuentra, precisamente, en la aportación de un trabajo con fines solidarios⁴⁹.

En concreto, la Directiva (UE) 2016/801 aportó una definición del voluntariado que, de nuevo, conjuga los dos elementos tradicionalmente exigidos. Por un lado, la carencia de ánimo de lucro de la entidad receptora del trabajo y, por otro, que las actividades desarrolladas no sean remuneradas, excepto en forma de reembolso de gastos o dinero de bolsillo o ambos.

Esta Directiva supuso la introducción de importantes modificaciones en la Directiva 2004/114/CE en la materia ahora analizada. En concreto, esta última diferenciaba en su art. 3 entre los nacionales de terceros países que soliciten la admisión en el territorio de un Estado miembro con el fin de cursar estudios y aquellos otros que lo solicitaban para participar, entre otros, en un servicio de voluntariado. En concreto, se debía presentar un convenio firmado con la organización encargada, en el Estado miembro interesado, del programa de voluntariado en el cual participara. En dicho programa se había de describir las tareas a realizar, así como las condiciones marco en que estaría integrado para realizarlas, el horario que tendría que cumplir, etc. A los efectos que aquí interesa, en dicho convenio se especificaría el “dinero de bolsillo” de que dispondrá a lo largo de su

⁴⁸ Sentencia *Jundt*, punto 34.

⁴⁹ En este sentido, puede verse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el servicio cívico europeo, cit.

estancia (art. 11).

No obstante, en esta Directiva no se recogía una definición de voluntario como sí se hacía, por el contrario, de los demás colectivos destinatarios de esta, esto es, aprendiz, estudiante o alumno. Por el contrario, a la hora de definir este otro colectivo optaba por centrarse en las características del programa en el que se insertaba el voluntario.

Asimismo, la Directiva se autoconfiguraba de manera diversa respecto al grado de obligatoriedad del deber de admisión de los nacionales de terceros países en función del status de los mismos. Así sería de aplicación obligatoria por los Estados en el caso de que se tratara de nacionales de terceros países que solicitaran cursar estudios. Por el contrario, para el resto de los supuestos, la aplicación de la Directiva era puramente potestativa (art. 3.1).

La nueva normativa aprobada en el año 2016 lleva a cabo, por una parte, una importante precisión terminológica y diferencia, por otra, entre los voluntarios que realicen sus actividades en el Servicio Voluntario Europeo y aquéllos que lo hagan en un servicio ajeno al mismo. Respecto de estos últimos, continúa estableciéndose el carácter potestativo de las disposiciones de la Directiva respecto de los Estados miembros, en contra de la propuesta inicial de la Comisión⁵⁰. Solo se altera dicho carácter en el supuesto de que los voluntarios presten sus servicios en el marco de denominado “Servicio Voluntario Europeo”. Sin embargo, el régimen jurídico de éste, así como el estatus legal de los voluntarios de la Unión Europea continúa sin definir⁵¹.

En cuanto a la cuestión terminológica, la Directiva (UE) 2016/801 define al voluntario como aquel nacional de un país tercero que sea admitido en el territorio de un Estado miembro a fin de participar en un programa de voluntariado. Este programa de voluntariado habrá de reunir los siguientes requisitos: esté constituido por actividades prácticas de carácter solidario; que persigan objetivos de interés general para una causa sin ánimo de lucro; y, por último, que las actividades realizadas no tengan carácter remunerado, excepto en forma de reembolso de gastos o de dinero de bolsillo o ambos

⁵⁰ Vid. E. ROJO TORRECILLA, *Nota sobre la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. Texto comparado con las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 22 mayo 2016.

⁵¹ A este respecto, puede verse la [Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 2016, sobre el Servicio Voluntario Europeo y el fomento del voluntariado en Europa \(2016/2872\(RSP\)\)](#), donde se mencionan todos estos déficits, así como a la necesidad de facilitar el acceso de ciudadanos de terceros países que deseen ejercer como voluntarios en Europa.

(art. 3.7). Es decir, nos encontramos, de nuevo ante un supuesto de delimitación subjetivo del ámbito de aplicación de una Directiva sobre la base de la retribución, obviando, pues, los restantes elementos de delimitación expuestos más arriba.

El TJUE tuvo ocasión de pronunciarse respecto al carácter potestativo del articulado de la Directiva respecto de los voluntarios en la sentencia *Ben Alaya*⁵². Según esta resolución, hay que destacar la voluntad de la Directiva de convertir las disposiciones relativas a los servicios de voluntariado como puramente discrecionales. Es por ello que, según este Tribunal, el deseo de llevar a cabo una aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en cuanto a condiciones de entrada y residencia se circunscribe, en exclusiva, al ámbito de los estudiantes (punto 29). Jurisprudencia plenamente aplicable tras la aprobación de la reciente Directiva respecto de los voluntarios que no se inserten en un programa del Servicio voluntario europeo.

La necesidad de realizar una delimitación clara entre voluntario y trabajador se ha visto reforzada en la propia Directiva (UE) 2016/801 al establecer en su art. 22.3 que las personas en prácticas, los voluntarios y *au pairs*, cuando se considere que han establecido una relación laboral en el Estado miembro de que se trate, y los estudiantes tendrán derecho a recibir un trato igual al dispensado a los nacionales del Estado miembro de que se trate según lo dispuesto en el art. 12, §§ 1 y 4, de la Directiva 2011/98/UE, bajo las restricciones contempladas en el § 2 de dicho artículo. De esta manera, se daba acomodo a la jurisprudencia emanada del TJUE en virtud de la cual habría de anteponer, también respecto a los voluntarios, el trabajo realmente realizado y no el *nomen iuris* empleado⁵³.

7. Conclusiones

A pesar de los avances experimentados en la jurisprudencia del TJUE en aras a la determinación de un concepto unitario de trabajador, un examen de las sentencias más recientes sigue arrojando un déficit importante en este sentido. A esta misma conclusión se ha de llegar si centramos dicho análisis en la retribución como elemento determinante del concepto de trabajador. Respecto a este elemento, la concurrencia de una remuneración no es suficiente a efectos de tal delimitación, sino que, como ocurre en los

⁵² STJUE 10 septiembre 2014, asunto C-491/13, *Mohamed Ali Ben Alaya c. Bundesrepublik Deutschland*.

⁵³ En este sentido, véase la STJUE 24 enero 2008, asunto C-294/06, *The Queen, a instancia de Ezgi Payir, Burhan Akşuz y Birol Oztürk c. Secretary of State for the Home Department*.

ordenamientos jurídicos nacionales, se requiere la concurrencia de los tradicionales elementos de ajenidad o dependencia. No obstante, las constantes remisiones a lo establecido por los Estados miembros dificultan la vocación del TJUE a la hora de aportar unos conceptos autónomos. En concreto, habría de recordarse cómo el TJUE en su sentencia de 17 de noviembre de 2016, tras exigir la concurrencia de los tradicionales caracteres (ajenidad, dependencia, retribución), plantea, como requisito adicional, que los trabajadores que presten sus servicios en el marco de un contrato de asociación hayan de estar protegidos por el Estado miembro en igualdad de condiciones a las del resto de trabajadores (punto 42). Es decir, dependerá, en última instancia, de la normativa de nacional correspondiente su consideración de trabajador a efectos de la aplicación de la correspondiente Directiva. Todo ello, como consecuencia del apego a la remisión contenida en la Directiva interpretada, al contrario de lo que había sido mantenido por el Abogado General en sus conclusiones.

Asimismo, se aprecia una concepción más restrictiva de lo que es habitual en los ordenamientos nacionales como consecuencia de las siguientes cuestiones:

- a. se utiliza un concepto de ajenidad relacionado con la utilidad económica obtenida por la empresa. Como se sabe, la relación entre ambos conceptos no es la predominante en el contexto nacional ni comparado⁵⁴;
- b. como consecuencia de la trascendencia de la utilidad económica como elemento definitorio junto a la remuneración, nos encontramos con la posibilidad de que, en ciertos supuestos, el carácter de las organizaciones receptoras del trabajo pueda ser trascendente a la hora de aportar una definición de trabajador y no sólo por la concurrencia de elementos estrictamente laborales;
- c. en el análisis de la más reciente jurisprudencia se aprecia, por último, la utilización de un concepto de remuneración más restrictivo que el que venía siendo manejado por el propio TJUE en relación con la libre prestación de servicios.

Respecto de los voluntarios, la nueva normativa aprobada en el año 2016 incluyó a este colectivo junto a los becarios, *au pair*, investigadores, etc. Además, la equiparación de los voluntarios inscritos en el Servicio voluntario europeo – aun no definidos normativamente – es absoluta.

⁵⁴ Más ampliamente, pueden verse J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, M.M. RUIZ CASTILLO, *Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado*, en *Justicia Laboral*, 2003, n. 14; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, M.M. RUIZ CASTILLO, *El trabajo no retribuido*, en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi, 2007.

Desde nuestro punto de vista, dicha equiparación incrementa la tendencia de la Unión a considerar a este colectivo desde el punto de vista de su rentabilidad económica, de ahí la diferencia de trato entre los voluntarios en general y aquellos que prestan sus servicios en favor de la Unión. De hecho, así es resaltado contundentemente en la Exposición de Motivos. En concreto, se mencionada la necesidad, cubierta por esta Directiva, de atraer capital humano altamente cualificado. En la misma línea, pues, que la iniciada por la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, con relación al trabajo por cuenta ajena. Estos objetivos son los resaltados en las Conclusiones del Abogado General Szpunar de 29 de noviembre de 2016, en la sentencia *Fabimian*⁵⁵, como elementos de interpretación de la anterior Directiva a pesar de que, *ratione temporis*, no es de aplicación al supuesto de hecho resuelto (punto 34 ss.).

8. Bibliografía

ALONSO OLEA M. (1999), *Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*, en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos

EFE (2012), [Los eurodiputados piden que se cuente el voluntariado como experiencia laboral](#), en [www.elmundo.es](#), 12 junio

ESCRIBANO GUTIÉRREZ J., RUIZ CASTILLO M.M. (2007), *El trabajo no retribuido*, en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi

ESCRIBANO GUTIÉRREZ J., RUIZ CASTILLO M.M. (2003), *Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado*, en *Justicia Laboral*, n. 14, pp. 13-34

ESTEBAN LEGARRETA R. (2017), *El voluntariado corporativo en el marco de la responsabilidad social empresarial. Nuevas cuestiones sobre las fronteras entre la actividad voluntaria y el contrato de trabajo*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 1, pp. 29-46

GALA DURÁN C. (2009), *La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España*, en *Temas Laborales*, n. 102, pp. 13-49

GARCÍA MURCIA J. (2016), [La garantía del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo](#), n. 2, pp. 1-32

⁵⁵ En la STJUE 4 abril 2017, asunto C-544/15, *Sahar Fabimian c. Bundesrepublik Deutschland*.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., MERCADER UGUINA J.R. (2002), *La progresiva extensión del “trabajo cívico” y otros pronunciamientos jurisprudenciales de interés*, en *Justicia Laboral*, n. 9
- GUTIÉRREZ VELASCO I. (2016), *El “trabajador europeo” se pone en forma*, en *Trabajo y Derecho*, n. 19, pp. 68-74
- LAULOM S., LHERNOULD J.-P. (2012), *Le détachement des travailleurs intérimaires dans l’Union européenne*, en *Revue de Droit de Travail*, n. 5, pp. 308-322
- MANRIQUE LÓPEZ V.F., ARRIETA IDIAKEZ F.J. (2014), *Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 164, pp. 143-174
- MARTÍNEZ MARTÍN M.I., GONZÁLEZ GAGO E. (2001), *Coexistencia de voluntariado y trabajo asalariado en las ONG de Acción Social*, en *Documentación Social*, n. 122, pp. 85-104
- MOIZARD N. (2012), *Les intérimaires dans l’Union européenne: les donnés du débat*, en *Revue de Droit du Travail*, n. 4, pp. 240-246
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (2002), *El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)*, en AA.VV., *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial
- RAMOS QUINTANA M.I. (2016), *El ámbito subjetivo del sistema de la Seguridad Social en el nuevo Texto Refundido*, en *Trabajo y Derecho*, n. extra. 4
- RIFKIN J. (1997), *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós
- RODRÍGUEZ CARDO I.A. (2007), *Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente*, en *Actualidad Laboral*, n. 22, pp. 2672-2691
- ROJO TORRECILLA E. (2016), [Nota sobre la Directiva \(UE\) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. Texto comparado con las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE](http://www.eduardorojotorrecilla.es), en www.eduardorojotorrecilla.es, 22 mayo
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C. (2002), *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 37, pp. 37-60
- SERRANO ARGÜELLO N. (2016), *El voluntariado corporativo y la Ley 45/2015 de voluntariado*, en *Diario La Ley*, n. 879

SERRANO GARCÍA J.M. (2014), *El voluntariado: de fórmula de participación a instrumento para el empleo*, en *Temas Laborales*, n. 126, pp. 131-166

SUPIOT A. (coord.) (1999), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch

SUSÍN BELTRÁN R. (2001), *Algunas cuestiones para comprender la institucionalización jurídica del voluntariado*, en *Documentación Social*, n. 122, pp. 251-270

VALDÉS DAL-RÉ F. (2012), *El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (II)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 12, pp. 1-8

VALDÉS DAL-RÉ F. (2012), *El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (I)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 10, pp. 1-7

VALDÉS DAL-RÉ F. (2011), *El trabajo altruista y gratuito: un intento de reconstrucción dogmática*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1, pp. 145-153

VERDELHAN H., NENDI Z. (2015), *Arrêt Fenoll*, en *Revue de Droit de l'Union Européenne*, n. 1, p. 157-163

Normativa Europea

[Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 2016, sobre el Servicio Voluntario Europeo y el fomento del voluntariado en Europa \(2016/2872\(RSP\)\)](#)

Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”

Ignasi BELTRAN DE HEREDIA RUIZ*

RESUMEN: A partir de la necesidad de recapitalizar el “valor social” del trabajo y la dignidad de las personas trabajadoras, como factores medulares de nuestro modo de vida, el estudio analiza en qué medida la indemnización complementaria a la legal tasada en caso de despido improcedente podría contener el número de extinciones injustificadas “agravadas”. Este análisis se lleva a cabo a través de la adaptación de las categorías conceptuales de lo que se conoce como la “disuasión marginal” (más propia del Derecho Penal). A su vez, a partir de la evaluación de la eficacia de esta medida desde este enfoque (limitada, pero oportuna) y las primeras reacciones judiciales que abordan esta cuestión sobre la base de la Carta Social Europea Revisada, se sugiere la (urgente) necesidad de una regulación normativa de esta cuestión que grave esencialmente sobre la base de los daños alegados y probados.

Palabras clave: Valor social del trabajo, despido injustificado, indemnización complementaria, disuasión marginal.

SUMARIO: 1. Extinciones injustificadas “agravadas” y compensaciones complementarias que capitalizan el valor social y la dignidad del trabajo. 2. Incentivos legales, márgenes y “disuasión marginal”. 3. El efecto “relativo” (o impredecible) de la disuasión marginal. 4. La “disuasión marginal” puede ser efectiva, especialmente si se articula normativamente. 5. Valoración final. 6. Bibliografía.

* Profesor Agregado y Titular de Universidad Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Oberta de Catalunya (España).

Work's Social Value and Unfair 'Aggravated' Dismissal: Complementary Compensation to the Legally Fixed as a Tool of 'Marginal Deterrence'

ABSTRACT: Based on the need to recapitalize work's 'social value' and worker's dignity, the study analyses the effect of the complementary compensation to the legally fixed in order to contain the number of unfair 'aggravated' dismissals. This approach is partially based on the criminal law conceptual categories of the 'marginal deterrence'. In turn, on the basis of the assessment of the effectiveness of this approach and the first judicial decisions that held this complementary compensation based on the European Social Charter revised, it is suggested the (urgent) need for a normative regulation that gravitates essentially on the basis of the damages alleged and proven.

Key Words: Work's social value, unfair dismissal, complementary compensation, marginal deterrence.

1. Extinciones injustificadas “agravadas” y compensaciones complementarias que capitalizan el valor social y la dignidad del trabajo

El cuerpo humano, como describe Supiot, ocupa una posición central en el contrato de trabajo, exigiendo no sólo la adopción de medidas dirigidas a neutralizar los riesgos *durante su ejecución*, sino también el de la *propia subsistencia de las personas trabajadoras*. De ahí que, «la idea de la seguridad económica por medio del trabajo prolonga, de forma natural, la de la seguridad física en el trabajo»¹. Por este motivo, forma parte del código genético del Derecho del Trabajo, a diferencia del derecho liberal decimonónico (insensible a esta dimensión), tratar de garantizar la seguridad de los ingresos *mientras se trabaja* (en esencia, más allá de la garantía del salario, rebajando, modulando y/o conteniendo el efecto extintivo de ciertas causas de ineficacia contractual); pero también para las situaciones de inactividad (provocada por el desempleo, la discapacidad o la enfermedad). No obstante, con el paso del tiempo se ha evidenciado que «no basta con conseguir que el trabajador salga indemne de la relación de trabajo; es preciso, también, que halle los medios para perpetuar su fuerza de trabajo, es decir, los medios para vivir y hacer vivir a los suyos». De ahí el “valor social” del trabajo y la preservación de la dignidad de quién lo presta. Sin olvidar que, como se ha puesto de manifiesto desde la economía política², el salario también representa una fuente de demanda de bienes y servicios (y no sólo un coste) y, por ende, sus efectos redundan en beneficio de la colectividad.

En todo caso, tampoco puede olvidarse que, en una economía de mercado, la conservación del empleo no puede mantenerse a cualquier precio. Y fruto de esta tensión tectónica (eficiencia-seguridad en el trabajo), debe procederse a una determinada distribución de los riesgos que responda a la pregunta de quién asume los costes del mantenimiento y la reproducción de la fuerza de trabajo³. La habilitación de mecanismos para posibilitar la “flexibilidad externa” si se dan ciertas circunstancias o contingencias ha respondido, en sus diversas formulaciones a lo largo de las décadas, a esta lógica (así como su estrecha conexión con los instrumentos de “flexibilidad interna”). Con la particularidad que, en la medida que el empleo está vinculado a la supervivencia de la empresa, en un contexto de hipercompetitividad como el actual, la conservación del contrato y el

¹ A. SUPIOT, *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, 1996, pp. 96 y 97.

² B. PIETRYKOWSKI, *Trabajo: un enfoque desde la economía política*, Alianza, 2021, p. 35.

³ A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 97.

estatuto protector de las personas trabajadoras están sometidos a una tensión devaluadora extrema. De hecho, este proceso de elevación de la supremacía del interés empresarial está experimentando su embestida más amenazante (conocida hasta la fecha) con el actual proceso de acelerada automatización⁴.

No obstante, al margen de estos procesos de sustitución severa e ilustrando el progresivo arrinconamiento del valor social del trabajo, esta presión creciente de las “fuerzas del mercado” también ha sido capaz de derruir algunos de los diques de contención sociolaboral que se estimaban como “irrenunciables” (y lo más paradójico es que, resignadamente, se ha aceptado como algo necesario, en aras a garantizar la continuidad de la actividad empresarial y, con ella, la de los empleos).

En este escenario la causalidad del despido juega un papel absolutamente medular, pues, mide la intensidad con la que “se quiere” preservar el empleo (o el coste, en función del valor que le hemos asignado, que estamos dispuestos a pagar para ello). De modo que, frente a la contingencia de perder el empleo, una de las cuestiones clave del mercado de trabajo (y, probablemente, de la paz social) es calibrar (con la mayor precisión posible) si la ineficacia contractual sin una causa (o con causa aparente) se ajusta al nivel que se estime como socialmente óptimo. En el fondo, partiendo de la base de que el sistema de extinción causal es una derivada del propio art. 35 CE (entre otras, STC 22/1981), debe evaluarse si las consecuencias anudadas al despido improcedente son adecuadas para contener estas reacciones indeseadas en el umbral de lo “aceptable”.

El Derecho es una manifestación muy sofisticada de la política y aspira a la “modulación” del comportamiento social. Con este propósito, proyecta diversas prescripciones con la voluntad de dirigir las conductas de los destinatarios de las normas.

Promover la interiorización de la norma, como una forma de “virtud cívica”, es uno de los objetivos del Legislador, incluido, obviamente, el sociolaboral. No obstante, lamentablemente, su eficacia es limitada y, por este motivo, conviene tratar de hallar fórmulas alternativas para disuadir a las personas que operan “en los márgenes” del ordenamiento jurídico laboral incumpléndolo (y que, a los efectos de este estudio, como se expondrá posteriormente, se denominarán miembros o individuos “marginales”).

La existencia de “sanciones” (entendidas en una concepción amplia) o “responsabilidades” en caso de incumplimiento de una regla son unos de

⁴ La literatura sobre este riesgo abunda. Ver, al respecto, J. SUZMAN, *Trabajo*, Debate, 2021, p. 335 ss., y E. SADIN, *La inteligencia artificial o el desafío del siglo*, Caja Negra, 2020, p. 153 ss.

los principales instrumentos del ordenamiento para tratar de alcanzar un ideal de comportamiento, como, en este caso, podría ser la extinción contractual sujeta a una causa. Y, desde el punto de vista de un agente económico (con todas sus limitaciones, a las que se hará referencia posteriormente), el importe de la indemnización si se quiebra esta regla puede ser calificado como un “precio” para (de acuerdo con el coste de oportunidad) la ejecución (o no) de esta conducta indeseada. Como se ha apuntado desde la psicología social, la amenaza a algún tipo de gravamen puede erigirse en un poderoso acicate para el cumplimiento de los dictados del Legislador, siempre que la gravedad y la celeridad y probabilidad (o certeza) del suceso amenazante sean comprendidas adecuadamente⁵.

Sin embargo, no puede afirmarse que todos los ciudadanos sean sensibles a estas variables (o, al menos, no lo son con la misma intensidad). En efecto, «las recompensas y los castigos son medios muy importantes para hacer que las personas aprendan y realicen actividades específicas, pero son muy limitadas como técnicas de influencia social, porque han de estar presentes siempre para ser efectivas – a menos que el individuo descubra alguna razón adicional para continuar con la conducta»⁶. Es obvio que la interiorización del mandato legal (a diferencia de la “sumisión”, por ejemplo, como se acaba de apuntar, por el temor a un gravamen; o la “identificación”, emulando a una persona cumplidora a la que se “admira”) es la «respuesta más duradera a la influencia social, precisamente porque el deseo de estar en lo cierto es una fuerza tan poderosa y autojustificadora que no depende de una constante vigilancia en forma de recompensas y castigos [...] ni de su continua estima por otra persona o grupo»⁷.

La particularidad y el objeto de este ensayo es que, recientemente, pueden detectarse ciertos testimonios judiciales que parecen responder a una nueva estrategia dirigida, precisamente, a ciertos miembros “marginales” (incrementando el “valor social” – o, si lo prefieren, la “cotización” – que debe atribuirse al trabajo). En concreto, así parece desprenderse de la posibilidad de compatibilizar una indemnización a la legal tasada en determinados tipos de despido improcedente.

En efecto, la entrada en vigor (el 1º de julio 2021) de la Carta Social Europea Revisada (CSEr) posibilita esta compensación. Conclusión que se desprende de la interpretación de su art. 24 que contiene la Resolución del CEDS 11 de septiembre 2019 (n. 158/2017), *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) vs Italy*, a propósito del sistema indemnizatorio tasado

⁵ A. OVEJERO BERNAL, *Psicología Social*, Biblioteca Nueva, 2015, p. 208.

⁶ E. ARONSON, *El animal social*, Alianza, 2000, p. 51.

⁷ *Ibidem*, p. 52.

italiano (muy similar al español)⁸.

No obstante, algunos Tribunales internos, antes incluso de la entrada en vigor de la CSEr, han reconocido esta compatibilidad, al menos teóricamente, al entender que las semejanzas de contenido con el Convenio OIT C158 habilitarían el “trasvase” del acervo hermenéutico de “aquella” a “éste”. A partir de este recurso interpretativo, y frente a las primeras resoluciones en la instancia que apelaban al carácter “poco disuasorio” e “insuficiente” de la indemnización “tarificada” para justificar este incremento compensatorio⁹, en suplicación, se ha “reconducido” esta posibilidad, acotándola. En efecto, se ha sostenido que, para poder reconocer esta indemnización, deben concurrir estos dos requisitos: «por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato». Si se dan estas circunstancias, obviando toda valoración (ciertamente “resbaladiza”) sobre el mayor o menor efecto “disuasivo” de la compensación, se ha entendido que, para evitar «posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas», podría reconocerse *también* la indemnización prevista en el art. 281.2.b LRJS (esto es, 15 días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades)¹⁰.

⁸ En concreto, se ha afirmado lo siguiente (traduzco del inglés, p. 96): «La Comisión señala que cualquier límite máximo de indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a los perjuicios sufridos y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta [...]. Si existe un límite máximo de indemnización por daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños no pecuniarios a través de otras vías jurídicas y los tribunales competentes para la indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable».

⁹ La SJS n. 26 Barcelona 31 julio 2020, n. 170, en una extinción del contrato por causas objetivas, califica el despido como improcedente. No obstante, entiende que, en virtud del Convenio OIT C158 (interpretado conforme a la CSEr), la indemnización legal tasada no es suficientemente disuasoria y por ello reconoce una indemnización complementaria de 60.000 € a compensar con la ya percibida, salvo que se produzca una readmisión. La SJS n. 26 Barcelona 31 julio 2020, n. 174, siguiendo un razonamiento idéntico a la anterior, alcanza la misma calificación, reconociendo una indemnización de casi 49.000 € (9 meses de salario), salvo readmisión.

¹⁰ STSJ Cataluña 23 abril 2021, rec. 5233/2020, STSJ Cataluña 20 mayo 2021, rec. 5234/2020, y STSJ Cataluña 14 julio 2021, rec. 1811/2021. Reconociendo, al menos en el plano teórico, esta compatibilidad, STSJ Navarra 24 junio 2021, rec. 198/2021, y STSJ Valladolid 1º marzo 2021, rec. 103/2021. En cambio, STSJ Galicia 23 marzo 2021, rec. 360/2021, y STSJ Galicia 12 enero 2021, rec. 1507/2017 y rec. 1563/2017, han rechazado que del Convenio OIT C158 pueda derivarse tal indemnización complementaria. Y, en términos similares se ha manifestado STSJ Madrid 1º marzo 2021, rec. 596/2020, y STSJ Madrid 18 marzo 2021, rec. 136/2021, añadiendo esta última que no podía acudir a la

Si bien es cierto que, a partir del 1º de julio 2021, todo parece indicar que la compatibilidad indemnizatoria es ya admisible¹¹, todavía quedan muchas dudas que resolver para su aplicación “pacífica” (o con el menor grado de incertidumbre posible)¹². No obstante, en el proceso de negociación de la reforma laboral en ciernes (al menos, al cierre de este trabajo en diciembre 2021), no parece que esta sea una cuestión que esté siendo objeto de negociación entre los interlocutores sociales y el Gobierno. Si, finalmente, este importante aspecto no acaba regulándose en el ET, habrá que estar muy pendientes de su evolución a nivel jurisdiccional, con todo lo que esto implica en términos, esencialmente, de incertidumbre y seguridad jurídica. Lo que se sabe hasta la fecha (a la luz de las primeras reacciones judiciales recién sintetizadas) es que se ha admitido esta compatibilidad de forma acotada. En efecto, parece que se aspira a incidir “quirúrgicamente” sobre un determinado tipo de reacción empresarial “agravada” (específicamente “dañosa” y particularmente “contraria” al ordenamiento). En este sentido (y a los efectos meramente expositivos), dado que se empleará en diversas ocasiones, les anticipo que se acudirá al concepto de “agravado” para referirse conjuntamente a ambas dimensiones (“dañoso”/“contrario” al ordenamiento).

Este enfoque hermenéutico proclive al reconocimiento de esta compatibilidad compensatoria desvela una importante dimensión de la función judicial en este contexto. Y para exponerla, permítanme la siguiente digresión a partir del planteamiento expuesto por Farnsworth: el «derecho no arregla los percances ya acaecidos. No puede: ya han sucedido. Lo único que el derecho puede hacer es redistribuir en alguna medida el sufrimiento»¹³. Asumiendo esta premisa, los Tribunales tienen dos formas

CSEr hasta que no entrara en vigor. STSJ Galicia rec. 360/2021, cit., y STSJ Galicia rec. 1507/2017 y rec. 1563/2017, cit., rechazan que la propia CSEr admita otra indemnización que no sea la legal tasada.

¹¹ No obstante, al margen de las opciones que esta interpretación del CEDS suscita, debe tenerse en cuenta que la naturaleza resolutoria del despido *ya admitiría* la posibilidad de compatibilizar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios (siempre que se acrediten y se establezca una relación de causalidad con la decisión empresarial). *Vid.*, extensamente, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato: manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2011, p. 277 ss.

¹² Por ejemplo, qué debe entenderse por perjuicios no pecuniarios y si deben acotarse (material y/o temporalmente). Por otra parte, convendría saber si la indemnización debe responder a una dimensión estrictamente “disuasoria” o compensatoria de los daños, o a ambas; y también si es conforme a la CSEr que pueda acotarse su importe (y, en tal caso, cómo queda fijado ese límite máximo). En paralelo, sería preceptivo que se establecieran los factores deben tenerse en cuenta para calcular el importe.

¹³ W. FARNSWORTH, *El analista jurídico*, Aranzadi, 2021, p. 24.

de afrontar un problema. Pueden adoptar una perspectiva *ex post*. Es decir, «mirar retrospectivamente sobre un infortunio u otro evento cualquier una vez que ya ha ocurrido y decidir qué hacer al respecto o cómo desfacer el entuerto». Pero también puede adoptar una perspectiva *ex ante*. Esto es, «mirar prospectivamente y preguntarse qué efectos tendrá en el futuro una decisión sobre el caso – sobre partes que van a encontrarse en situaciones similares y no han decidido todavía qué hacer, y cuyas acciones quizás vendrán influidas por las consecuencias que la ley anude a tales decisiones»¹⁴.

A la luz de lo anterior, parece claro que esta particular interpretación judicial sobre la compensación complementaria (más allá del “intento” de reparación del perjuicio padecido) tiene una función *ex ante*, pues, aspira a disuadir o intimidar, *en general*, a potenciales empresarios que estén barajando la posibilidad de actuar de forma “agravada”, como, *en especial*, a los que ya lo hayan hecho (y, de este modo, no vuelvan repetirlo o lo hagan con menor intensidad/frecuencia). Reparen que, aunque no se formule de forma explícita (o, al menos, no ha sido así exteriorizado), en este planteamiento subyacería una lógica “cercana” a la “prevención intimidatoria” propia del Derecho Penal desde (de nuevo) el punto de vista del “agente racional”¹⁵: se aspira a que la amenaza de abonar una indemnización superior (siempre que queden acreditados los daños) despliegue un efecto intimidatorio que influya en la decisión de cometer esta conducta indeseada o no. De forma que la posible compensación representaría una amenaza (si bien es cierto, no desprovista de incertidumbre) y evitarla, omitiendo el comportamiento “agravado” (o ejecutándolo en una escala inferior), se convertiría en «un incentivo psicológico que apela a la racionalidad del sujeto»¹⁶.

Partiendo de este contexto, el objeto de este estudio es tratar de abordar (en un plano estrictamente teórico) el efecto que un incremento del importe indemnizatorio puede tener en la reducción del número de extinciones

¹⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁵ S. CARDENAL MONTRAVETA, [*¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución*](#), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, n. 17, pp. 7 y 8.

¹⁶ De hecho, otras reacciones judiciales también parece que estarían apelando a esta dimensión “psicológica” de la “intimidación”. Por ejemplo, la calificación por parte de la STSJ Cataluña 14 septiembre 2021, rec. 2943/2021, de un despido como nulo en caso de extinción del contrato de forma injustificada de una persona trabajadora de baja por incapacidad temporal porque la decisión empresarial forma parte de una “política de empresa”, también estaría tratando de contener ciertos supuestos de ineficacia contractual que, al no poderse aplicar la doctrina *Daouidi*, quedarían circunscritos a la calificación de improcedencia.

injustificadas “agravadas”. Con este propósito, se abordará (§ 2), en el concepto de “margen” y, acudiendo a ciertos elementos conceptuales propios del Derecho Penal, a la “disuasión marginal”. A continuación (§ 3), se tratará de evidenciar que los individuos pueden ser particularmente refractarios a las prescripciones “marginales”. Especialmente porque, aunque es posible que el empresario que ha extinguido el contrato sin causa y de forma “agravada” sea capaz de actuar como un ser “racional”, esto es, sobre la base de una «ponderación de los costes y beneficios de su comportamiento», no puede subestimarse «la complejidad de la conducta humana y las limitaciones del propio ser humano para conocer los elementos que influyen en ella»¹⁷. A partir de lo anterior, podría suceder que el destinatario de la norma se acabe alejando (ostensiblemente) del ideal que persigue el Legislador. En la parte final del estudio (§ 4) se abordarán dos aspectos intrínsecamente relacionados: por un lado, se tratará de resaltar los elementos que sugieren que, a pesar de su eficacia limitada, las actuaciones “marginales” pueden ser oportunas. Y, por otro lado (y derivado de lo anterior), teniendo en cuenta que la presión sobre ciertos incentivos que repercuten sobre la conducta esperada puede acabar fomentando, en contra de lo pretendido, resultados indeseados, también se cuestionará que sean los Tribunales los que estén en la mejor posición para abordar esta cuestión. En definitiva, a la luz de lo anterior, se aspira a alcanzar, fundamentalmente, dos conclusiones. En primer lugar, que, a pesar de sus limitaciones, la indemnización complementaria a la legal tasada, en el marco conceptual de la “disuasión marginal”, puede ser un buen instrumento para contener hasta cierto punto las extinciones injustificadas “agravadas”. Y, en segundo lugar, que, para hacerlo bien (con toda su potencialidad), debería recogerse en un texto normativo. En todo caso, es obvio que esta cuestión está “viva” y, muy probablemente, acabará experimentando cambios (normativos y/o hermenéuticos) determinantes. A pesar de que esto podría condicionar algunas de las reflexiones que aquí se desarrollan, no obstante, este ensayo aspira a erigir (si se me permite la expresión) una “meta-exposición” que trascienda a esta “granularidad fina” que, a buen seguro, nos irán deparando los acontecimientos futuros. Espero que las páginas que siguen estén a la altura de este propósito.

2. Incentivos legales, márgenes y “disuasión marginal”

La articulación de normas que pretendan influir sobre los incentivos de sus

¹⁷ S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

destinatarios, como apunta Farnsworth¹⁸, deben considerarse los “márgenes”.

Un ejemplo (siguiendo con el citado Autor) puede contribuir a la comprensión de este concepto: la conducta “fumar” participa de diversas “dimensiones”: cuántos cigarrillos diarios se fuma, de qué tipo y dónde se fuman. Pues bien, cada una de estas opciones es un “margen”. Y, el ordenamiento jurídico puede ejercer presión sobre uno o varios de los márgenes (prohibiendo fumar en los restaurantes) en vez de sobre otros (sobre el tipo de cigarrillos). Repárese que la presión sobre alguno de los márgenes puede traducirse en un incremento del espacio de otro (si no se puede fumar en el trabajo, es posible que se fume más en casa). Así pues, si se decide poner presión sobre determinados comportamientos, podría empujarse a los destinatarios a moverse hacia otros márgenes de la conducta a su alcance. E, incluso, en este desplazamiento, los destinatarios de la norma no sólo acaben optando por “perfilarse”, sino que, incluso, busquen y encuentren sustitutos (y, en vez de fumar, pasen a comer chicle).

La cuestión es que, siguiendo con Farnsworth¹⁹, el concepto de “margen” también es predicable de una población o de un grupo de personas. De modo que, en vez de dictar reglas para un “individuo medio” de un grupo, las actuaciones vayan principalmente dirigidas a los miembros más sensibles que se encuentran en los márgenes, los “miembros marginales”. Siguiendo con el ejemplo, un fumador empedernido (un fumador “medio”) podría ser insensible a un impuesto sobre el tabaco, pero, en cambio, podría tener una particular afectación en los fumadores menos decididos o en los menos adictos (un fumador “marginal”).

En definitiva, la forma en la que el ordenamiento jurídico trata de incidir sobre las conductas (deseadas o indeseadas), presionando o no sobre específicos elementos (o de forma más o menos intensa) es «dinámica o progresiva», pues, la conducta de las personas bascula sobre un conjunto de elecciones posibles²⁰. Y, «puede que las normas jurídicas no provoquen cambios en el comportamiento de todo el mundo, pero cumplen con su papel si generan algún tipo de ajuste en los márgenes». Con este propósito, el derecho puede establecer «sanciones progresivas o exigir cambios progresivos de comportamiento» en estos ámbitos; de modo que, «si se quiere saber cuáles son los incentivos que una determinada norma crea, es importante captar la significación de los márgenes, porque es precisamente en los márgenes donde los incentivos ponen la presión»²¹. De modo que

¹⁸ W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

²⁰ *Ibidem*, p. 47.

²¹ *Ibidem*, p. 48.

puede concluirse que «cualquier incentivo generado por una norma jurídica puede formularse como un esfuerzo dirigido a hacer que los individuos opten por algún tipo de substitución y cambien el perfil de su conducta, eligiendo una opción distinta, volviéndose atrás desde algún margen para dirigir su conducta hacia otro margen distinto»²².

A la luz de lo anterior, se está en condiciones de abordar la posibilidad de articular normas dirigidas a proyectar una “disuasión marginal”. Este concepto, aunque formulado en el contexto del Derecho Penal, también puede extenderse (con las debidas “cautelos”) a ciertos ámbitos sociolaborales; y, quizás (sin llegar a atribuirle una naturaleza “sancionadora” propiamente o, si lo prefieren, de forma “impropia”), también, podría hacerse en el ámbito de la indemnización complementaria a la legal tasada en caso de extinción injustificada “agravada”.

Siguiendo con la exposición de Cardenal Montraveta (en una extensa cita, pero particularmente ilustrativa), «la teoría de la disuasión (prevención intimidatoria) parte de que la amenaza de un mal produce un efecto intimidatorio, que influye en la decisión de cometer o no el comportamiento al que se vincula la producción de ese mal. La influencia de la intimidación en la decisión de actuar de una u otra manera se vinculan a una concepción del comportamiento humano como una decisión racional, basada en la consideración de la utilidad de sus consecuencias: pros y contras, coste y beneficio y, más concretamente, en el hecho de que los beneficios vinculados a la realización de la conducta son superiores a los costes que amenazan con producirse». Añadiendo que «La teoría de la prevención intimidatoria no pretende modificar unos criterios de decisión del comportamiento que se consideran patológicos y específicos de los delincuentes, sino influir en el comportamiento alterando las variables que influyen en el que se considera que es el criterio común y racional de actuar (o uno de los criterios comunes y racionales de actuar): el cálculo de los costes y beneficios». Aunque esta corriente de pensamiento también admite que el coste-beneficio no es el único factor “racional” que puede perfilar las reacciones, (como se apuntará posteriormente) son diversas las evidencias que cuestionan la proximidad del ser humano a la idea del agente racional²³. Desde este punto de vista y, siguiendo ahora con Shavell²⁴, partiendo de la base de que un individuo puede elegir entre varios comportamientos dañosos cuál de ellos cometer, la amenaza de sanciones esperadas para cada uno de ellos (aunque no le disuada completamente), incide en «cuáles de

²² *Ibidem*, p. 51.

²³ Una visión crítica a estas objeciones en S. PINKER, *Racionalidad*, Planeta, 2021, p. 207 ss.

²⁴ S. SHAVELL, *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 579 y 580.

esos actos nocivos eligen cometer dichos individuos». De modo que «tendrán motivos para cometer actos menos perjudiciales en vez de más perjudiciales si las sanciones esperadas aumentan con el daño. Tal disuasión de los actos más perjudiciales se denomina a veces disuasión marginal». Así que puede ser conveniente que el ordenamiento genere este tipo de disuasión, «de modo que aquellos que no desisten de cometer actos perjudiciales tengan motivos para mitigar la cantidad de daño que causan». Por consiguiente, «esto sugiere que las sanciones deberían aumentar con la magnitud del daño (y, por lo tanto, todos los actos, excepto los más graves, deberían ser castigados con sanciones inferiores a las máximas)»²⁵. No obstante, esta doctrina ha puntualizado que «la disuasión marginal opera natural y automáticamente si la sanción esperada es igual al daño para todos los niveles de daño; porque si una persona está pagando por el daño causado, sea cual sea su nivel, tendrá que pagar más si causa un daño mayor. Así, por ejemplo, si la multa esperada por un contaminador ascendiera desde 100 dólares hasta 500 si vierte en un lago cinco galones en lugar de un galón de desechos, donde cada galón genera 100 dólares de daño, su incentivo marginal a no contaminar será correcto».

En definitiva, desde el punto de vista de los incentivos, se espera que, a la hora de cometer un acto dañoso, si se tiene a disposición dos alternativas (X e Y), el encarecimiento de las consecuencias asociadas a una de ellas (X), empujará a los potenciales agresores a escoger la otra (Y). No obstante, desde la doctrina penalista²⁶, se ha apuntado que es poco probable que se produzca una permutación en el comportamiento de esta naturaleza (sustituyendo uno “indeseado” por otro totalmente distinto); y se estima que estas medidas intimidatorias serían efectivas si posibilitan una escalabilidad proporcional de la conducta indeseada (es decir, se desincentiven reacciones que impliquen el mismo acto dañoso, pero en una escala mayor).

A partir de esta “mecánica” de funcionamiento de la “disuasión marginal”, podría colegirse que la posibilidad de compatibilizar una compensación económica a la legal tasada por despido improcedente podría tener un efecto “similar” y sea suficiente para contener los incumplimientos

²⁵ No obstante, como apunta Shavell, «el fomento de la disuasión marginal puede entrar en conflicto con la consecución de la disuasión en general: para la programación de sanciones que aumenten lo suficiente abruptamente como para lograr la disuasión marginal, las sanciones por actos menos nocivos pueden tener que ser tan bajas que no se disuada adecuadamente a los individuos de cometer estos actos» (*ibidem*, p. 579).

²⁶ Véase al respecto también, recogiendo la doctrina sobre esta materia, J.F. SÁNCHEZ OTARÁN, *La protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*, Tesis Doctoral, Universitat de Barcelona, 2018, pp. 260 y 261.

“agravados” que se pretenden evitar. No obstante, como se apuntará en el epígrafe que sigue, debe tenerse en cuenta que las personas (y los empresarios incluidos) pueden responder de forma heterogénea a estos “impulsos normativos”.

3. El efecto “relativo” (o impredecible) de la “disuasión marginal”

La “disuasión marginal” podría tener una eficacia inferior a la esperada, condicionado el comportamiento en un menor grado del esperado.

En efecto, la propia doctrina penalista ha advertido que, «ninguna evidencia creíble demuestra, con carácter general, que aumentando las penas pueda confiarse en producir efectos disuasorios marginales»²⁷. Especialmente porque el efecto intimidatorio de toda amenaza de un gravamen tiene sus limitaciones²⁸. En particular, porque la mayor o menor probabilidad de ser declarado responsable y la celeridad en la imposición son variables que (junto con la severidad de la “carga” anudada) pueden influir, por motivos objetivos y/o subjetivos, en el efecto intimidatorio²⁹. Hasta el extremo de que se ha afirmado que «la amenaza de la sanción es, en el mejor de los casos, impredecible y, en el peor, poco fiable para la modulación de la magnitud de la sanción con la que se amenaza, una incapacidad que en sí misma frustrará el esquema disuasorio»³⁰.

Lo anterior es una derivada de una importante dimensión del ordenamiento

²⁷ S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 31.

²⁸ *Ibidem*, pp. 8 y 9: «Tales limitaciones derivan de los requisitos que deben concurrir para que la pena produzca un efecto intimidatorio que influya de la forma descrita en la decisión de no delinquir, de las circunstancias que, a su vez, influyen en la concurrencia de aquellos requisitos, de las dificultades para modificar la certeza, la severidad y la celeridad de la pena – que son las variables a las que se vincula su efecto intimidatorio – y del conjunto de consecuencias que ello comporta».

²⁹ *Ibidem*, pp. 11 y 12. Añadiendo, recogiendo el estudio de Robinson (expuesto en el contexto del Derecho Penal, pero extensible al ámbito objeto de este estudio): «para que el Derecho penal tenga efectos sobre el comportamiento de un sujeto debe responderse afirmativamente a cada una de estas tres preguntas: 1) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicaciones que tiene para él la norma que pretende influirle?; 2) si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones?; 3) si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus decisiones ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito?, esto es, ¿superarán los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitirla?».

³⁰ *Vid.* la conclusión de Robinson recogida, aunque sin compartirla, en S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

jurídico. Adviértase que formamos parte de lo que se conoce como “sistemas complejos adaptables” y, por consiguiente, somos “agentes interactuantes” que, con el transcurso del tiempo, modificamos nuestras reglas a medida que acumulamos experiencia. De modo que emergen comportamientos complejos a partir de las interacciones agregadas de agentes menos complejos. Es como si (y, espero que no se ofendan) se creara un «organismo inteligente construido con partes poco inteligentes»³¹. Por consiguiente (aunque a los juristas parece olvidárseles), las personas no sólo se comportan de forma estratégica (y no simplemente paramétrica), sino que, incluso, también puede que adopten decisiones alejadas de toda “racionalidad”³²; y/o bien, promovidas por impulsos por debajo del nivel consciente. En el fondo, y salvo que los avances de la ciencia que puedan darse en un futuro nos ofrezcan mayor luz, toda medida legislativa que pretenda establecer un marco disuasorio tiene un problema de fondo: «no tenemos acceso directo al modo que tienen los demás de percibir los riesgos. Solamente disponemos del comportamiento observable (decisiones, juicios), a partir del cual debemos inferir creencias, miedos e incertidumbres»³³.

Aunque es cierto que un incremento de la certeza, gravedad y celeridad de un gravamen percibidas por cualquier sujeto puede disminuir la probabilidad de que «resulte indiferente a tal amenaza y prescinda de tomarla en consideración o la infravalore al contrastarla con el beneficio que asocia a la posibilidad de cometer» el acto ilícito³⁴, cabe la posibilidad de que tales sujetos se resistan al cumplimiento a causa de una amalgama de imbricados factores difícil de desenmarañar. Permítanme exponerles algunos escenarios para ilustrar.

En ocasiones, como se acaba de exponer, los individuos, sabedores de que sus actos son claramente contrarios a la ley, pueden hacer estimaciones más o menos precisas sobre la “propensión” a ser sancionados. No obstante, los seres humanos tenemos serias dificultades para interiorizar el concepto de “probabilidad” y actuar en consecuencia³⁵. En el fondo, este

³¹ J.H. HOLLAND, *El orden oculto. De cómo la adaptación crea la complejidad*, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 20, 24 y 27.

³² Concepto no exento de controversia, especialmente, cuando, por ejemplo, se anuda a la idea del libre albedrío. Una aproximación desde el punto de vista de la filosofía de la mente en D.C. DENETT, *La libertad de Acción*, Gedisa, 2018, p. 34 ss. Más recientemente, y desde el punto de vista de diversas dimensiones, S. PINKER, *op. cit.*, p. 21 ss.

³³ B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *Riesgo: una introducción*, Alianza, 2013, p. 141.

³⁴ S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ Sobre la discusión relativa a la comprensión humana del concepto de “probabilidad” (y de sus dificultades para interiorizar este concepto), véase D. KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, 2012, p. 220 ss., B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *op. cit.*, p. 150 ss.,

comportamiento, no deja de ser una derivada del hecho de que “ignoramos nuestra ignorancia”. De hecho, se nos da muy mal asumir que “no sabemos que no sabemos”. Hasta el extremo que, como ha expuesto Kahneman, cuando la información es escasa, no tenemos problemas en complementar rápidamente la información que nos falta con datos que no tenemos e intuitivamente “saltamos” directamente a la conclusión que nos parece más verosímil. Y lo hacemos sin prestar excesiva atención sobre su exactitud. En realidad, la coherencia de nuestra “historia resultante” es tan firme que mostramos una confianza ciega en su certeza³⁶.

No obstante, la realidad puede, incluso, ser algo más compleja, pues, «las personas faltas de confianza pueden ser innecesariamente prudentes». Y, en el otro extremo, «por mucho que una persona sepa sobre un riesgo, para tomar decisiones con sensatez es necesario que sepa cuánto sabe. Sin saberlo, las personas con exceso de confianza pueden asumir riesgos y omitir señales de alerta». Y «la falta de sensibilidad sobre por la calidad de los datos constituye una fuente de exceso de confianza»³⁷.

Este “exceso de confianza”³⁸ incide de forma determinante en otras dimensiones de nuestros actos. En efecto, sobre la base del mismo y de lo que se conoce como “sesgo de la retrospcción” (y que nos lleva a la ilusoria identificación de una cristalina relación de causalidad de factores sucedidos hasta el presente)³⁹, las personas pueden pensar que, si en el pasado no han sido “castigados”, es una señal poderosa y absolutamente “fiable” de que el futuro se comportará de idéntica forma. Y, la mayor o menor “disponibilidad” de un riesgo específico en nuestra mente es, a su vez, un

o C.R. SUNSTEIN, *Leyes de miedo*, Katz, 2009, p. 101 ss. Y, formulando un planteamiento contrario, G. GIGERENZER, *Decisiones instintivas*, Ariel, 2018, p. 107 ss. Alineándose con este último, S. PINKER, *op. cit.*, pp. 55 y 56. Desde el punto de vista del derecho penal, Robinson (recogido en S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 15) afirma que «el incremento de la probabilidad real no siempre comporta la percepción de una probabilidad mayor. Además, la capacidad del sistema de justicia para incrementar la probabilidad real y la percibida de ser castigado es también una capacidad limitada».

³⁶ D. KAHNEMAN, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

³⁷ B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *op. cit.*, p. 163. Autores que añaden que «las emociones influyen en las percepciones del riesgo por el modo en que dirigen la atención», hasta el punto de que «algunas decisiones tienen un componente emocional tan fuerte que las personas apenas reflexionan al respecto» (*ibidem*, pp. 170 y 171).

³⁸ D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 334: «Casi todos los humanos vemos el mundo más benigno de lo que realmente es, nuestras capacidades más estimables de lo que realmente son, y los fines que perseguimos más fáciles de lograr de lo que realmente son. También tendemos a exagerar nuestra capacidad para predecir el futuro, lo cual fomenta un optimista exceso de confianza».

³⁹ N.N. TALEB, *El cisne negro*, Booket, 2008, p. 53 ss., D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 265 ss., y M.J. MAUBOUSSIN, *La ecuación del éxito*, Empresa Activa, 2013, p. 321.

poderoso factor preventivo condicionante, sobreprotegiéndonos o todo lo contrario (si el riesgo está “más disponible” en nuestra mente, se recurre a este pensamiento de forma más asidua que otros casos que no los tenemos tanto “a tiro”)⁴⁰. En definitiva, la “disponibilidad”, siguiendo con Fischhoff y Kadvany, es «una de las muchas reglas de decisión que la gente emplea para juzgar sobre acontecimientos inciertos, y proporciona juicios útiles, aunque imperfectos, cuando se carece de los conocimientos y de los recursos necesarios para tener certeza»⁴¹.

Estas estimaciones (más o menos burdas) de la incertidumbre (una derivada del “problema de la inducción” de Russell), como sugiere la teoría del agente racional, aparecen frecuentemente combinadas con valoraciones del provecho que puede extraerse del propio incumplimiento. En estos casos, estos sujetos pueden estimar que con la ilicitud se obtiene una ventaja o satisfacción superior al coste (y no sólo económico) de la sanción (para el caso de que los pillen “in fraganti”). No obstante, debe tenerse en cuenta que las personas tienden a asumir conductas más arriesgadas para evitar una pérdida (como podría ser una sanción legal) que las que adoptarían para alcanzar una ganancia⁴². Y su efecto no es baladí, pues, con esta “aversión a las pérdidas” se estima que se asume casi el doble de riesgo (lo que puede erigirse en un factor multiplicador del comportamiento ilícito).

En paralelo, desde el punto de vista de lo que se conoce como la “psicología de la escasez”⁴³, la toma de decisiones puede variar de forma sustancial en función de si se está en una situación de “escasez” (de, por ejemplo, dinero) o de “holgura”. En este segundo caso, al comprar una cosa (por ejemplo, un ticket a un parque de atracciones) no se siente la necesidad de renunciar a otra cosa, de modo que, a diferencia de las personas que se encuentran en una situación de “escasez”, no se hacen cambios compensatorios (pensando qué otras cosas se hubieran podido comprar con el dinero invertido). Esto es así cuando se trata de comprar algo que representa una cantidad de dinero “pequeña”. De modo que, en estas circunstancias, al no poder determinar a qué se renuncia, es difícil saber el valor de las cosas. Lo que, en términos de la ciencia económica, implica que se estarían tomando decisiones sin considerar el “coste de oportunidad”. Y, por consiguiente, el pretendido efecto disuasorio que se quiere atribuir a una sanción pueda estar sometido a una subjetividad difícil de anticipar⁴⁴.

⁴⁰ D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 184.

⁴¹ B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *op. cit.*, p. 159.

⁴² R.H. THALER, *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*, Deusto, 2016, p. 56 ss.

⁴³ Extensamente, S. MULLAINATHAN, E. SHAFIR, *Escasez*, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 128-138.

⁴⁴ Por ejemplo, los datos del importe medio de las indemnizaciones por despido

Asimismo, derivado de lo anterior (esto es, de la “aversión a las pérdidas”), para el caso de que algunas ilegalidades estén muy arraigadas (y, por consiguiente, estas personas estimen que esta forma de proceder desviada forma parte de su “acervo de facultades”) es muy probable que la resistencia a abandonar el *statu quo* también se encuentre con un nivel de “resistencia” (doblemente) equivalente (es lo que se denomina el “efecto posesión” o “efecto dotación”)⁴⁵.

Incluso, algunas personas, a sabiendas de que sus actos son claramente “desviados”, puede que hayan sido capaces de “normalizarlos”, modulando su “brújula moral” para “blanquearlos”. De hecho, todas las personas se rigen por un extraordinario y flexible “factor de tolerancia”⁴⁶ que nos permite engañar sólo un poco, de modo que podemos seguir sintiéndonos bien con nosotros mismos. Este factor es particularmente inquietante cuando se trata del respeto de la ley, pues, al hallar una justificación para apartarse de la norma (alimentada por lo que se conoce como el “sesgo de confirmación”)⁴⁷, estas personas son totalmente insensibles a sus dictados

improcedente (cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Estadística de despidos y su coste. Datos 2015-2018](#), 2018) podrían sugerir una disminución del efecto disuasorio de esta compensación. No obstante, asumiendo que, en este período de tiempo, el marco normativo ha permanecido estable (y, por ende, los factores que conforman la fórmula de cálculo de las indemnizaciones) es obvio que estas estadísticas evidencian, o bien, una reducción del importe de los salarios, o bien, una extinción sobrevenida más anticipada de los contratos, o una combinación de ambos factores. Ahora bien, aunque pueda resultar contraintuitivo, a la luz de estos datos, no puede inferirse que exista una relación de causalidad entre estos factores y el hecho de que se haya producido un debilitamiento de la fuerza disuasoria de la indemnización por despido improcedente (o, al menos, no en todos los casos). Al hilo de la “psicología de la escasez” a la que se acaba de hacer referencia, esta relación no podría conocerse a no ser que se tuviera en cuenta la situación de “holgura” o de “escasez” que padece el empresario que decide despedir sin causa (en hipótesis, podría suceder que la extrema competitividad en algunos sectores, de hecho, haya “encarecido” el despido improcedente, porque sea más difícil acumular el capital para pagar las indemnizaciones).

⁴⁵ Entre otras muchas aproximaciones a este importante concepto, puede accederse a una exposición (muy didáctica) por parte del autor del mismo, R.H. THALER, *op. cit.*, p. 39 ss. De hecho, la trascendencia de este concepto es profunda, pues, cuestiona las bases del conocido Teorema de Coase. Véase, al respecto también, W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 273 ss., y J. ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, Gedisa, 2010, p. 333 y 334.

⁴⁶ D. ARIELY, *Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos*, Ariel, 2012, pp. 34, 35 y 226.

⁴⁷ Este “portavoz interno” (como lo denomina J. HAIDT, *La mente de los justos*, Deusto, 2019, p. 124) es especialmente hábil a la hora de justificar automáticamente todo, construyendo una «negación plausible». Véase también, entre otros, S. SUTHERLAND, *Irracionalidad: el enemigo interior*, Alianza, 2015, p. 183 ss., y T. GILOVICH, *Convencidos, pero equivocados*, Milrazones, 2009, p. 69.

y operan sistemáticamente al margen de las reglas⁴⁸. La deshonestidad se vuelve invisible y este autoindulto alimenta la “desviación” *sine die* (los casos de corrupción persistente, probablemente, sean la manifestación paradigmática más patológica). El hecho de que algunas decisiones que acarrearán un comportamiento contrario a la norma se ejecuten a través de un agente (por ejemplo, un asesor, un gestor o un abogado), también puede contribuir a sentirse cómodo con uno mismo, pues, se establece una cierta distancia (física y/o, moral) con el engaño (a fin de cuentas, es un tercero el que acaba ejecutándolo)⁴⁹.

En otros casos, las personas pueden apartarse del dictado de la ley porque crean que no es una norma legítima y se resisten empeñadamente a respetar su mandato; o bien, porque, víctimas de lo que se conoce como una “cascada de conformidad”, estimen que un número de personas extramuros de su entorno más inmediato tampoco la cumplen (y piensen que “todo el mundo” hace lo mismo)⁵⁰. De hecho, la combinación de estos dos factores recién descritos puede materializarse en un estadio de resistencia especialmente persistente (una especie de “*subcultura contra legem*”) difícil de doblegar⁵¹. E, incluso, pueden darse “cascadas de

⁴⁸ S. SUTHERLAND, *op. cit.*, p. 205: «la persistencia en una creencia puede derivar de la negativa a abandonar una buena historia inventada para explicar algo que el sujeto cree que es verdad».

⁴⁹ El incremento de la distancia psicológica entre una acción deshonestas y sus consecuencias hace incrementar el factor de tolerancia y esto provoca que los seres humanos tiendan a engañar más (D. ARIELY, *op. cit.*, pp. 37, 39, 60 y 165).

⁵⁰ T. GILOVICH, *op. cit.*, p. 69, se refiere al “efecto del falso consenso”, como «la tendencia que hace que las creencias, valores y hábitos de la gente sesguen su percepción de la extensión con que los demás los comparten». O, tal y como exponen C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Un pequeño empujón*, Taurus, 2009, pp. 85 y 86, a propósito de la implementación de estrategias para fomentar el cumplimiento de la legislación fiscal, «algunos contribuyentes tienden a violar la ley por la percepción equivocada – seguramente basada en los casos que airean los medios de comunicación – de que el porcentaje de ciudadanos que cumplen la ley es bastante bajo». No obstante, como exponen dichos autores, en un experimento llevado a cabo en Estados Unidos (Minnesota) se constató que a los ciudadanos «cuando se les informó de que el cumplimiento de la Ley era en realidad alto, la posibilidad de que defraudaran se redujo». Lo que permite a los autores citados a concluir que «al menos hasta cierto punto, las conductas deseables o no deseables pueden fomentarse atrayendo la atención pública hacia lo que hacen los demás». Ver también C.R. SUNSTEIN, *Conformidad*, Grano de Sal, 2020, p. 108. Y, cerrando esta aproximación, téngase en cuenta, como apunta E. ARONSON, *op. cit.*, p. 45, que «en una situación ambigua otras personas pueden inducirnos al conformismo, simplemente ofreciéndonos una información que sugiera lo que la gente hace habitualmente en una situación determinada».

⁵¹ Recogiendo el criterio de Kagan y Skolnick, C.R. SUNSTEIN, *Conformidad*, cit., p. 107, afirma: «la gente desacatará normas o leyes dominantes, aun si hay algún riesgo importante de ser castigada, cuando cuenta con el apoyo social de una “subcultura transgresora” que

incumplimiento”, en las que las infracciones de destacados miembros de una comunidad alienten, a través de una “polarización de grupo”, el comportamiento similar del resto (y, en ocasiones, también puede verse amplificado al contribuir a aumentar la reputación de los infractores)⁵². En otras ocasiones, puede que no sean conscientes de la existencia de una determinada regla, o bien, estimen erróneamente que la imprecisión de la norma (a partir de lo que sean capaces de comprender de la misma⁵³ o de recordar⁵⁴) habilita un haz de conductas posibles, incluidas algunas ilícitas⁵⁵. Y, finalmente (cerrando este breve repaso de potenciales conductas, que admiten combinaciones diversas), repárese que el ser humano, a diferencia de otros sentidos, no tiene uno para captar el error⁵⁶. Y esto puede provocar que las personas se alejen de la prescripción normativa equivocadamente y (en el mejor de los casos) sólo se den cuenta una vez «ya se han equivocado»⁵⁷.

En definitiva, a la luz de todo lo expuesto, la capacidad “disuasoria” de un gravamen está profundamente condicionada por la complejidad del comportamiento humano (y nuestra dificultad para comprenderlo en cada

sigue apoyando la validez del comportamiento condenable». Y añade: «es posible encontrar “subculturas transgresoras” en las que el incumplimiento de alguna ley se premia de manera efectiva con la admiración e incluso con el aumento general de la importancia del infractor».

⁵² *Ibidem*, pp. 107 y 108.

⁵³ B. FISCHHOFF, J. KADVANY, *op. cit.*, p. 224. No obstante, como apunta Robinson (recogido en S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, pp. 13 y 14), «la posibilidad de que un elevado número de personas no conozca las penas sólo es relevante en la medida en que se trate de potenciales autores del delito que corresponde castigar con la pena que desconocen. El desconocimiento de la previsión de una pena es irrelevante si se trata de sujetos que no se plantean cometer ese delito, y el desconocimiento de las características de la pena es irrelevante para quienes cualquier pena ya representa un coste superior a los beneficios que asocian a la comisión del delito. Incluso en relación con los potenciales delincuentes, la posibilidad de que la pena tenga un efecto disuasorio no exige que conozcan cuál es exactamente su contenido. La pena puede producir un efecto disuasorio aunque el sujeto desconozca cuál es exactamente su contenido. Bastará con que los potenciales delincuentes conozcan que la comisión del hecho tiene prevista una pena para que ésta pueda producir un efecto disuasorio si concurren los otros requisitos. Y el efecto disuasorio de la pena puede ser mayor que el que se produciría si los potenciales delincuentes conocieran exactamente su contenido: el desconocimiento del contenido exacto de la pena puede aumentar o disminuir la intensidad de su eficacia disuasoria».

⁵⁴ Robinson, recogido en S. CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁵ D. ARIELY, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁶ De modo que sólo podemos darnos cuenta (pretéritamente) que nos hemos equivocado (y no mientras lo estamos haciendo). Por este motivo, cuando nos equivocamos, siempre nos sorprendemos de nuestro propio error (pues, hasta entonces, estábamos convencidos de que estábamos en lo cierto).

⁵⁷ K. SCHULTZ, *En defensa del error*, Siruela, 2015, p. 28.

caso individual no lo facilita). O, dicho de otro modo (parafrasando a Cardenal Montraveta), la influencia de todas estas circunstancias descritas podría provocar que los potenciales causantes de extinciones injustificadas “agravadas” no tomen en consideración el gravamen que su comportamiento, *a priori*, conlleva, «con independencia de que ese coste sea mayor o menor».

4. La “disuasión marginal” puede ser efectiva, especialmente si se articula normativamente

El análisis llevado a cabo en los epígrafes anteriores podría llevar a pensar que los incentivos implícitos en las normas (como, la que nos ocupa en este ensayo: una indemnización complementaria a la legal tasada por despido improcedente) tienen un impacto, en el mejor de los casos, difícil de medir. Especialmente porque, siguiendo de nuevo a Farnsworth, podría colegirse que «se basan en visiones infundadas sobre cómo se comportan los seres humanos». En efecto, es obvio que «la gente no tiende a planificar sus asuntos a partir de una atenta observación del sistema jurídico. Normalmente no sabe el suficiente derecho para ello y, es más, ni siquiera es hasta tal punto racional»⁵⁸. La gestión humana de la incertidumbre y la toma de decisiones en consecuencia puede responder a una compleja miriada de factores y arrojar resultados que pueden ser muy contraproducentes.

Sin embargo, siguiendo con Farnsworth⁵⁹, el interés por los “márgenes” no reside en el comportamiento “medio” del individuo, sino en el “marginal”. Es decir, en aquellas personas que alberguen dudas sobre lo que tienen que hacer, esto es (en nuestro caso), si deben o no deben proceder a una extinción contractual “agravada”. En tales casos, y conviene destacarlo debidamente, *serían sensibles a los incentivos que proyectan las normas*.

La presión sobre los márgenes nunca debe ser planteada en términos de “todo-o-nada”, especialmente, porque es muy difícil que la norma jurídica sea capaz de hacer que todos sus destinatarios hagan o no hagan una cosa: «la pretensión, realista o no, es meramente que reduzca la eventualidad precisamente en los márgenes». Es probable que muchos empresarios sean refractarios al incremento indemnizatorio que la CSEr plantea porque, entre las diversas opciones a su alcance, las conductas “agravadas” no sean una de ellas (ni se las plantean). Y, lo mismo podría decirse respecto de los que

⁵⁸ W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 48 y 49.

las han “normalizado” y puedan pagarlas. Ahora bien, cabe que, en algunos casos, el posible incremento de la indemnización haya “activado” la sensibilidad de algunas personas (o lo haya hecho en algún momento) y “perfilen” sus actos, actuando en consecuencia.

Si se acepta este enfoque, repárese que esto significa que, al poner presión sobre un determinado margen, algunos individuos optarán por una alternativa (actuando en otro estadio de la escala, o bien, mediante una sustitución). Y, en el mejor de los casos, por las deseadas. No obstante, la cuestión es que no podemos estar seguros de la magnitud de estos efectos, es decir, en qué dirección se dirigirá el individuo “marginal”⁶⁰.

En efecto, la actuación sobre un determinado margen puede tener efectos colaterales que también deben ser evaluados. Aunque una concreta regla (en este caso, hermenéutica) persiga cambios hacia ciertos márgenes o reacciones sustitutivas socialmente más deseadas, no puede obviarse que pueden darse giros hacia conductas indeseadas (por ejemplo, si se presiona sobre el importe de la indemnización en caso de despido injustificado “agravado”, podría suceder que, algunos “miembros marginales” podrían optar, por ejemplo, por el recurso a contratos temporales irregulares o falsos autónomos o la economía irregular). Y esta cuestión es esencial porque enlaza con la capacidad de los órganos jurisdiccionales para dar respuesta satisfactoria sobre los márgenes.

En efecto, el problema en estos casos es que debe ampliarse el campo de visión del conflicto que se quiere resolver, pues, para evitar la expansión de estos márgenes indeseados, debe procederse a una regulación de un número mayor de márgenes en juego. Y esta no es una tarea sencilla y, además, puede acarrear, a su vez, numerosos “costes” y/o “disfunciones” indeseadas. Y, en ocasiones, puede suceder que, al no poder abarcar satisfactoriamente todas las dimensiones implicadas (no podemos controlar todos los márgenes), el “remedio sea peor que la enfermedad” (incrementándose la presión a otra disfunción no controlada). De modo que «los cambios que mejoran los márgenes que controlamos pueden redundar en un estropicio en aquellos que no controlamos»⁶¹.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 53: «Es difícil saber si toda esta historia sobre sustituciones es cierta. Aquí, como en todo, no sabemos todo lo que quisiéramos sobre las consecuencias reales de las decisiones que estamos analizando. Sin embargo, vale la pena valorar las sustituciones indeseadas de esta clase cuando reflexionamos sobre el interés de una norma jurídica».

⁶¹ *Ibidem*, p. 55. Extremo que ha sido muy analizado desde el punto de vista de la conocida teoría del “*second best*”. En efecto, si la consecución de un objetivo depende de la concurrencia de cierto número de condiciones (y no menos), no es cierto que cuantas más condiciones se cumplan para alcanzar la optimalidad, esto es, más nos acerquemos a dicho número, mejor se cumplirá este objetivo (pues, podría conseguirse si se dan en un número inferior). *Vid.* J. ELSTER, *op. cit.*, p. 472 y 473.

Por este motivo, como apunta Farnsworth⁶², «los tribunales tienden a estar en una mala posición para especular acerca de cuáles pueden ser los efectos colaterales de una solución basada en la segunda mejor opción». De modo que, en estos casos, los «ajustes de los márgenes a mayor escala, con esfuerzos para controlar la totalidad de los efectos colaterales, vienen mejor atendidos en manos de un parlamento o de una agencia gubernamental, que pueden reunir más información que las que las partes aportan a un juez en un pleito».

En cualquier caso, también conviene advertir que la delimitación de los objetivos de la política legislativa, en ocasiones, no es una tarea sencilla. Como se ha tratado de exponer en los epígrafes anteriores, aunque esta tarea no está exenta de dificultad (pues, puede que desconozca el mecanismo interno más adecuado para despertar los “impulsos” humanos específicos que garantizarán que se alcance el propósito propuesto), en ocasiones, también es posible que se esté focalizando el esfuerzo legislativo en una prioridad, en el mejor de los casos, secundaria.

En efecto, puede suceder que, víctimas de lo que se conoce como el “sesgo de supervivencia”⁶³ (y que se expondrá con mayor detalle a continuación) a la luz de ciertos actos ilícitos (y, en especial, si tienen un carácter vívido y/o de su publicidad), se alcance la conclusión de que cierta ilegalidad es el patrón de comportamiento (la mayor visibilidad de los casos “positivos” puede interpretarse falsamente como la evidencia más clara de su extendida generalización). Esta convicción es, cuanto menos, “conflictiva” porque puede inducir a obviar que tales reacciones son, en realidad, residuales y, por consiguiente, se pase por alto que la inmensa mayoría de ciudadanos se hallan en el “lado bueno” de la ley. No obstante, la mayor “disponibilidad” de estas conductas ilícitas en el “ideario colectivo” puede magnificar artificialmente su número, alejándose del real. Y, a resultas de este sesgo, puede generarse una nueva “cascada” que precipite su extensión a más personas, lo que puede incrementar, a su vez, su “disponibilidad” en sus mentes y contribuir a su propagación exponencial⁶⁴. Este efecto, puede acabar alimentando una espiral de presión social creciente dirigida a forzar (innecesariamente) nuevos cambios normativos y/o con una intensidad superior a la adecuada⁶⁵.

El impacto de este efecto, en el ámbito objeto de este estudio, puede ser

⁶² W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 57.

⁶³ N.N. TALEB, *¿Existe la suerte?*, Booket, 2009, p. 181 ss. En concreto, en estos casos, se estaría confundiendo «la distribución del máximo de una variable con la de la propia variable» (*ibidem*, p. 207).

⁶⁴ D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 190 ss., y C.R. SUNSTEIN, *Leyes de miedo*, cit., p. 133 ss.

⁶⁵ C.R. SUNSTEIN, *Riesgo y razón*, Katz, 2006, p. 129 ss.

mucho más poderoso que lo que, *a priori*, podría pensarse. Permítanme que se lo exponga con algo de detalle⁶⁶. En la medida que sólo tenemos constancia de aquellos despidos sin causa que son, efectivamente, llevados a cabo, impugnados y acreditados, podría llegarse a la conclusión de que “son todos los que hay”. Es decir, podría pensarse que su número coincide con un porcentaje cercano al 100% de casos en los que los empresarios *tienen la intención* de extinguir sin un motivo legalmente justificado.

Y, esta podría ser una de las principales razones que alimentaría la necesidad de corregir esta conducta empresarial (modificando las indemnizaciones al alza); pues, esta “evidencia” estaría mostrando que la medida no es todo lo “efectiva” que se estima que debería ser (la objeción que subyace en el fondo es que su *capacidad de contención* sería limitada).

Sin embargo, alcanzar una conclusión de esta naturaleza a partir de los casos en los que la intención extintiva ilícita ha tenido “éxito” (por ejemplo, a partir de los datos estadísticos existentes sobre el importe medio de las indemnizaciones por despido improcedente)⁶⁷ podría, en hipótesis, ser parcial, al no ajustarse a la totalidad de situaciones que acontecen (y, por consiguiente, arrojar una conclusión alejada de la *verdadera efectividad* de la indemnización)⁶⁸.

En efecto, es probable que se estén obviando todas aquellas “intenciones empresariales” que no han acabado plasmándose en una decisión extintiva sin causa, porque la indemnización (y la posible litigación posterior) han operado como un *factor de contención* “verdaderamente efectivo”. En definitiva, no vemos (no se tienen en cuenta) los casos de “fracaso” (porque quedan “en la sombra”). El siguiente ejemplo, puede ayudar a ilustrar este aspecto:

imagínense una población de jirafas con el cuello corto que viven en un entorno en el que la vegetación cambia y la comida sólo es accesible en los árboles más altos. Sólo las jirafas con el cuello más alto tendrán probabilidades de reproducirse antes de morir.

Este breve escenario descrito por du Sautoy⁶⁹ es el punto de partida de su síntesis de la teoría de la evolución de la vida según Darwin. Pues bien,

⁶⁶ La exposición que sigue a continuación es una síntesis de lo expuesto en mi ponencia a las XXXI Jornades Catalanes de Dret Social, online, 9 y 16 abril 2021, titulada [Crisis empresarial provocada por la pandemia y extinción de la relación laboral](#).

⁶⁷ Véase nota 40.

⁶⁸ Incluso, aunque el importe medio haya descendido tampoco es un dato clarificador para poder desvelar la verdadera efectividad (pues, este indicador sigue gravitando sobre los casos de “éxito”).

⁶⁹ M. DU SAUTOY, *Lo que no podemos saber*, Acantilado, 2016, p. 74.

imaginen que, en este escenario, tiramos un dado de seis caras para determinar:

la suerte de sufrir una mutación adaptada a este cambio de entorno, para cada una de las jirafas nacida en la siguiente generación. Si sale 1, 2, 3, 4 o 5, la jirafa queda condenada a tener un cuello de la misma longitud o más corto, y si sale 6, tiene la suerte de sufrir una mutación que produce un cuello más largo. Las jirafas de cuello largo consiguen la comida y las jirafas de cuello corto no sobreviven lo suficiente como para reproducirse. Así que son justamente las jirafas de cuello largo las que tienen la oportunidad de transmitir su ADN.

En la siguiente generación pasa lo mismo. Si en el dado sale 1, 2, 3, 4 o 5, la jirafa no crece más que sus padres. Pero otro 6 hace que la jirafa crezca un poco más. De nuevo la jirafa más alta sobrevive. El entorno favorece a las jirafas que han sacado un 6. Cada generación termina siendo un poco más alta que la generación anterior, hasta que llega un momento en el que ya no supone ninguna ventaja crecer más.

Y, aquí viene la clave de la argumentación a los efectos de la indemnización por despido que pretendo exponer:

En retrospectiva, parece muy sorprendente ver tantos seises en fila. Pero la clave es que no vemos otros muchos resultados de la tirada del dado porque corresponden a individuos que no sobrevivieron para reproducirse. Lo que parece un juego amañado no es más que una combinación de suerte y selección natural.

Pues bien, como se ha apuntado al inicio de este trabajo, algunas sentencias recientes⁷⁰ y un sector de la doctrina muy autorizado (a la luz del Convenio

⁷⁰ Por ejemplo, la SJS n. 26 Barcelona n. 170/2020, cit., entiende que la indemnización legal tasada no puede ser considerada como mínimamente disuasoria para la empresa («no llegando a cubrir ni una mensualidad del salario del demandante»), aunque luego admita que dicho importe es una derivada de la breve antigüedad que atesora, 7 meses), pudiéndose sospechar que «la empresa no se molestó en exponer con un mínimo de precisión las verdaderas motivaciones del despido al haber hecho los cálculos sobre el coste de un despido improcedente». Y esta circunstancia – estima – puede ser contraria al Convenio OIT C158. Motivo por el cual procede al análisis del control de convencionalidad del art. 56 ET (*ex* arts. 23.3, 28, 29, 30.1 y 31, Ley 24/2014). En concreto, entiende que asumiendo el escaso efecto disuasorio de la indemnización (dado su bajo importe), en la medida que no «supone esfuerzo financiero alguno para la empresa, los efectos prácticos son los propios de un desistimiento, sin otra causa que la simple voluntad de la empleadora. Y ello podría ser contrario a las disposiciones del Convenio n° 158 de la OIT». El art. 24 CSEr (que es una reordenación del citado convenio de la OIT), de acuerdo con las interpretaciones del CEDS, permite concluir que «de que la aplicación estricta del

OIT C158 y de la CSEr)⁷¹ han defendido que el importe de la indemnización por despido improcedente no es “adecuado”, pues, la mera existencia de despidos sin causa es la prueba palpable de que no es una medida suficientemente “disuasiva”⁷².

En mi modesta opinión, esta valoración podría estar sesgada, porque (como con el caso de las jirafas con el cuello alto), sólo reparamos en los casos que efectivamente han “emergido”, esto es, se han materializado. El resto de situaciones en las que la indemnización por despido sí ha tenido un efecto “intimidatorio” efectivo (es decir, los casos en los que, en el ejemplo de las jirafas, el resultado del dado ha sido 1, 2, 3, 4 o 5) nos quedan “en la sombra”.

La existencia de estos casos “en la sombra” impide que pueda saberse en qué medida (con qué intensidad) la indemnización por despido improcedente fomenta las decisiones extintivas ilícitas. Al no saber los casos de “fracaso” provocados por la fuerza “intimidatoria” de la indemnización (esto es, la extensión de la “sombra”), no podemos colegir que, efectivamente, la posibilidad de despedir “pagando” esté describiendo un despido “libre” indemnizado. O, si lo prefieren, podría suceder que lo fuera en un número de casos inferior al que se le tiende a atribuir (obviando la efectividad que *en realidad* la indemnización tiene en aras a la contención del empleo en la actualidad).

Sería muy difícil (por no decir imposible) saber cuántos casos de “fracaso” se producen. No obstante, creo que es razonable pensar que los de “éxito” están lejos del 100% que les he apuntado anteriormente. En todo caso,

art. 56 del ET, con una indemnización muy reducida [...] es contraria al Convenio nº 158 de la OIT, por no tener un efecto disuasorio para la empresa, dando carta de naturaleza, como causa de extinción de la relación laboral, a la simple voluntad de la empleadora (el desistimiento). El control de convencionalidad permite inaplicar en este caso el régimen ordinario del art. 56 del ET, y fijar una indemnización que sea verdaderamente disuasoria para la empresa, y que compense suficientemente al trabajador por la pérdida de su ocupación».

⁷¹ Véase, al respecto, C. MOLINA NAVARRETE, *El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 455, p. 1 ss.

⁷² Estas aproximaciones no acuden a este concepto de “disuasión” en los mismos términos que los descritos en este estudio (o, al menos, si lo han hecho, no lo han explicitado). En este sentido, la SJS n. 26 Barcelona n. 170/2020, cit., y la SJS n. 26 Barcelona n. 174/2020, cit. De hecho, como se ha apuntado anteriormente, en suplicación (también STSJ Cataluña rec. 5233/2020, cit.; STSJ Cataluña rec. 5234/2020) se ha rechazado las indemnizaciones complementarias reconocidas en la instancia (de 60.000 € y 49.000 €, respectivamente) porque dichos importes han gravitado sobre la dimensión estrictamente “disuasiva” y no en la del daño efectivamente alegado y probado.

como apunta Taleb⁷³ no podemos considerar un resultado sin tener en cuenta la media de intentos ni la muestra de los que han acabado materializándose. Si sucede, en hipótesis, podríamos acabar siendo víctimas del citado “sesgo de supervivencia”.

Debe advertirse que con esta digresión no se pretende negar que los empresarios estén efectivamente despidiendo sin causa, ni tampoco que su número pueda ser elevado. Sin embargo, dado que este enfoque gravita sobre la idea de que la fuerza “disuasiva” de la indemnización es escasa (o muy inferior a la que sería “deseable”)⁷⁴, reparen que, en realidad, está refiriéndose exclusivamente a su efectividad. Y, por consiguiente, es en este ámbito (si es o no efectiva) en el que “sesgo de supervivencia” podría debilitar (notablemente) la premisa de partida de estas tesis.

En cambio, el hecho de que sólo veamos los casos en los que se materializa la improcedencia del despido, podría estar produciendo el efecto de pensar que las indemnizaciones deben ser más elevadas para intensificar un efecto disuasivo que podría parecernos, *a la luz de los resultados visibles*, insuficiente (o bien, proponer la readmisión *in natura*). La ratificación de la CSEr y la reciente Resolución CEDS en el asunto *CGIL vs Italia*, podría ser el factor precipitador. Y, de hecho, la misma lógica que estaría impulsando esta reforma al alza, podría justificar posteriores incrementos ante la constatación de nuevos casos de extinciones infundadas (evidenciando que, otra vez, la compensación legal tasada que eventualmente se previera seguiría siendo insuficientemente intimidatoria). Sólo el reconocimiento del derecho de opción en estos casos a las personas trabajadoras (o la readmisión obligatoria) paralizaría esta espiral argumentativa.

En este sentido, no estoy sugiriendo que las indemnizaciones no deban incrementarse, sino que con estas líneas se trata de apelar a que no se

⁷³ N.N. TALEB, *¿Existe la suerte?*, cit., pp. 70 y 181.

⁷⁴ De algún modo, este planteamiento estaría alineado con la teoría del despido “libre” indemnizado (o de la nulidad por despido fraudulento o sin causa). En contra de esta perspectiva, puede objetarse que el hecho de que el incumplidor de una norma esté dispuesto a asumir las consecuencias de sus actos, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, no convierte a dicha conducta en lícita (y, por ello, el despido no puede ser calificado como “libre”). El despido es una institución causal y, por este motivo, se le anuda una responsabilidad en caso de incumplimiento (si no fuera así, como sucede en el desistimiento durante el período de prueba, no debería abonarse compensación alguna). Lo que, obviamente, no obsta que (si así se estima oportuno) pueda valorarse si el importe de esta indemnización debe ser más o menos elevado. En todo caso, las teorías que, en relación al despido improcedente, acuden a los términos “desistimiento empresarial” o “despido libre indemnizado”, en el fondo, apelan a una dimensión propia de la ciencia económica (el “coste de oportunidad”) y, por ello, estarían confundiendo el saber jurídico con el económico.

menosprecie a las “jirafas de cuello corto” que no podemos ver, y, por consiguiente, el mayor importe que se prevea se ajuste al daño efectivamente alegado y probado⁷⁵.

De hecho, volviendo a la lógica de los “márgenes”, repárese que podría suceder que la posibilidad de reclamar esta compensación complementaria se tradujera en un incremento de los incentivos de las partes para negociar sobre la misma (en particular y entre otros motivos, para evitar la incertidumbre del resultado si se acaba litigando y, obviamente, para soslayar los costes que esto último lleva anudado).

5. Valoración final

En un contexto monopolizado por implacables fuerzas del mercado que predominan el discurso sobre la conservación de la actividad empresarial y, con ella, la del empleo y que, a su vez, galopan hacia una automatización acelerada, es absolutamente prioritario “recapitalizar” el “valor social” del empleo como eje medular de nuestro modo de vida. No obstante, esta tarea (sin duda, inaplazable) exige sintonía fina.

Desde este punto de vista, la CSEr abre la posibilidad de combatir aquellos comportamientos que destacan por atesorar una carga de reprobación social acentuada (o por encima del umbral aceptable). Y debe aprovecharse. La complejidad intrínseca que los actos humanos atesoran sugiere que el ordenamiento jurídico sociolaboral, no sólo debería limitarse a dictar la pauta de conducta social “deseada”, sino que también debería tratar de tener en cuenta las palancas que lo “activan” y, como se acaba de exponer, sin menospreciar las que operan por debajo del nivel consciente. Este enfoque, a partir de una “arquitectura de las decisiones”⁷⁶, debería permitir crear los incentivos y los mecanismos que nos acerquen las normas a este ideal de la conducta colectiva deseado. En este contexto, la estrategia dirigida a las conductas “marginales”, a pesar de su eficacia limitada, pueden erigirse en un buen instrumento para inducir el comportamiento esperado de aquellos individuos que puedan ser sensibles a su contenido. La indemnización complementaria a la legal tasada encajaría en esta lógica disuasoria marginal. Y aunque encorsetada en parámetros más propios del agente racional (con sus limitaciones), contribuye a revalorizar el valor social del empleo (al

⁷⁵ De hecho, como se ha apuntado en una nota anterior, desde hace años he defendido la posibilidad de compatibilizar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios si se dan ciertas condiciones.

⁷⁶ Término sugerido por C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *op. cit.*, p. 28, en el marco de los conocidos “*nudges*”.

menos, conforme a la parametrización que se deriva de la lógica de la flexibilidad externa que hemos aceptado dotarnos)⁷⁷ y, aunque no aleja totalmente al despido improcedente de la idea de conducta sujeta simplemente al pago de un “precio” (una “tarificación” mayor)⁷⁸, acrecienta la dignificación de las personas trabajadoras y el valor cívico que atesora el empleo.

Ahora bien, si se acepta la oportunidad de este enfoque, pretender que sean los Tribunales los que, a partir de las particularidades del caso, articulen una respuesta “óptima”, puede acabar teniendo efectos colaterales indeseados; o, en el mejor de los casos, alcanzarse mucho más tarde de lo que sería deseable. El número de dimensiones implicadas y la interconexión entre ellas podrían arrojar resultados contraproducentes. Adaptando el ilustrativo ejemplo sugerido por Farnsworth⁷⁹, podría pasarnos lo mismo que cuando se trata de eliminar las burbujas de la cubierta de un libro (mal) forrado y, al presionar sobre las mismas, sólo se consigue que aparezcan nuevas en otro lugar. En definitiva, si bien conviene revertir ciertos procesos de resignada devaluación, tampoco puede olvidarse que, salvo que cambie el paradigma, la hipercompetividad e hiperconexión de nuestras economías sugieren que el equilibrio es frágil. Desde este punto de vista, la ampliación del marco de visión (la “perspectiva”) es esencial para poder tratar de abordar el mayor número de derivadas comprometidas. Y, obviamente, el Legislador está en una posición mucho mejor que los órganos jurisdiccionales para hacerlo.

En esta tarea legislativa, para evitar una presión excesiva sobre todas las extinciones contractuales injustificadas, convendría tratar de ser sensible a las “jirafas de cuello corto” (es decir, los casos en los que la indemnización sí ha sido suficientemente elevada como para contener decisiones empresariales de esta naturaleza) y, articular reglas jurídico-positivas que, mejorando la compensación legal tasada vigente, graviten sobre el daño efectivamente sufrido y probado.

La complejidad del momento que nos ha tocado vivir es, probablemente, inaudita y las reacciones exigen actuaciones con la mayor precisión a

⁷⁷ Recuérdesese que en otros momentos de la historia la calificación de nulidad (y readmisión) se predicaba en un número mayor de situaciones.

⁷⁸ En cuanto a las diferencias derivadas de la existencia de “multas” y “tarifas” desde el punto de vista de la filosofía y de la psicología de la conducta aplicadas al ámbito del despido (y, en particular, en determinados supuestos de despidos injustificados de personas estando de baja por incapacidad y no pueda aplicarse la doctrina *Daonidi*), véase I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, [Improcedencia e indemnización: ¿corrupción de deberes cívicos?](#), en [ignasi.beltran.com](#), 3 junio 2019.

⁷⁹ W. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 54, apunta que hay que «evitar que el problema se mueva de un lado a otro como el pliegue de una alfombra».

nuestro alcance.
Sin duda, nos jugamos mucho.

6. Bibliografía

- ARIELY D. (2012), *Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos*, Ariel
- ARONSON E. (2000), *El animal social*, Alianza
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), [Crisis empresarial provocada por la pandemia y extinción de la relación laboral](#), ponencia a las XXXI Jornades Catalanes de Dret Social, online, 9 y 16 abril
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2019), [Imprudencia e indemnización: ¿corrupción de deberes cívicos?](#), en [ignasibeltran.com](#), 3 junio
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2011), *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato: manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo*, Aranzadi
- CARDENAL MONTRAVETA S. (2015), [¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución](#), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17, pp. 1-44
- DENEIT D.C. (2018), *La libertad de Acción*, Gedisa
- DU SAUTOY M. (2016), *Lo que no podemos saber*, Acantilado
- ELSTER J. (2010), *La explicación del comportamiento social*, Gedisa
- FARNSWORTH W. (2021), *El analista jurídico*, Aranzadi
- FISCHHOFF B., KADVANY J. (2013), *Riesgo: una introducción*, Alianza
- GIGERENZER G. (2018), *Decisiones instintivas*, Ariel
- GILOVICH T. (2009), *Convencidos, pero equivocados*, Milrazones
- HAIDT J. (2019), *La mente de los justos*, Deusto
- HOLLAND J.H. (2004), *El orden oculto. De cómo la adaptación crea la complejidad*, Fondo de Cultura Económica
- KAHNEMAN D. (2012), *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo
- MAUBOUSSIN M.J. (2013), *La ecuación del éxito*, Empresa Activa
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2018), [Estadística de despidos y su coste. Datos 2015-2018](#)
- MOLINA NAVARRETE C. (2021), *El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal*

Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre, en Trabajo y Seguridad Social – CEF, n. 455

MULLAINATHAN S., SHAFIR E. (2016), *Escasez*, Fondo de Cultura Económica

OVEJERO BERNAL A. (2015), *Psicología Social*, Biblioteca Nueva

PIETRYKOWSKI B. (2021), *Trabajo: un enfoque desde la economía política*, Alianza

PINKER S. (2021), *Racionalidad*, Planeta

SADIN E. (2020), *La inteligencia artificial o el desafío del siglo*, Caja Negra

SÁNCHEZ OTARÁN J.F. (2018), *La protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*, Tesis Doctoral, Universitat de Barcelona

SCHULTZ K. (2015), *En defensa del error*, Siruela

SHAVELL S. (2016), *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces

SUNSTEIN C.R. (2020), *Conformidad*, Grano de Sal

SUNSTEIN C.R. (2009), *Leyes de miedo*, Katz

SUNSTEIN C.R. (2006), *Riesgo y razón*, Katz

SUNSTEIN C.R., THALER R.H. (2009), *Un pequeño empujón*, Taurus

SUPIOT A. (1996), *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS

SUTHERLAND S. (2015), *Irracionalidad: el enemigo interior*, Alianza

SUZMAN J. (2021), *Trabajo*, Debate

TALEB N.N. (2009), *¿Existe la suerte?*, Booket

TALEB N.N. (2008), *El cisne negro*, Booket

THALER R.H. (2016), *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*, Deusto

Repensemos el *trabajo decente*. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta*

Francisco VIGO SERRALVO**

RESUMEN: Cuestionaremos el lema del *trabajo decente* enarbolado por la OIT y otras muchas instituciones. No discutimos el contenido y los fines que se promueven bajo dicha consigna – cuya legitimidad está para nosotros fuera de toda duda –, sino tan solo su aspecto más formal, la configuración de su título. Y es que, según trataremos de justificar, el trabajo humano siempre – con algunas excepciones a las que se aludirá – es decente, con independencia de las circunstancias materiales en las que se desarrolla. Para sostener esta postura, afirmaremos que la dignidad humana, tal y como aparece caracterizada filosófica y jurídicamente, es un valor inmanente de la persona, que no puede arrebatarse o concederse externamente. Aceptando esta premisa, explicaremos cómo la actividad laboral, en cuanto actividad personal que involucra intensamente a su ejecutor, ostenta una dignidad que no queda atenuada o anulada por las insuficiencias del régimen jurídico-económico al que se sujeta. Por tanto, para denunciar la iniquidad que soportan muchos trabajadores en el mundo, antes que el *trabajo decente*, debería reivindicarse una *conducta patronal decente*, o un *estatuto normativo decente*: es decir, acorde a la singular valía intrínseca de las personas que se ven implicadas en la relación laboral. Concluiremos enunciando algunas disfuncionalidades simbólicas que, a nuestro modo de ver, se siguen de la reivindicación del *trabajo decente*: entre otras, la segregación y la estigmatización de la población obrera, al estratificarse valorativamente el fenómeno del trabajo humano, distinguiendo entre empleos decentes e indecentes.

Palabras clave: Dignidad, persona, trabajo decente, OIT, crítica.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Aclaración sobre el muy conciso objetivo de nuestra crítica. 2. El trabajo decente según la OIT. 3. Breves – e insuficientes – notas sobre la dignidad humana. 4. Distintas – y antagónicas – concepciones jurídico-políticas de la

* Un avance de este artículo fue presentado en [Noticias CIELO, 2021, n. 5](#), con el título [Contra el “trabajo decente”. Sobre lo inadecuado de esta consigna y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta.](#)

** Profesor Ayudante Doctor, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

dignidad humana. 4.1. El valor de la dignidad en el discurso del trabajo decente. Especial alusión al documento *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*. 4.2. La dignidad personal como valor filosófico juridificado. 5. La dignidad del trabajo. 5.1. La dignidad ontológica del trabajo. 5.2. La dignidad adquirida a través del trabajo. 5.3. Excurso incompleto sobre la eventual indecencia del trabajo. 5.4. Recapitulación sobre las características del trabajo humano de las que emana su especial valía. 6. Algunos motivos para reformular el lema del trabajo decente. 6.1. La necesidad de consenso conceptual para lograr un discurso homogéneo. 6.2. Algunas implicaciones del disenso en torno a la dignidad para el derecho del trabajo. 6.3. El desplazamiento de la responsabilidad sobre la cuestión social. 6.4. Segregación de la población obrera. 6.5. La estigmatización de quien soporta las condiciones de trabajo más precarias. 7. Reflexión recapituladora sobre nuestra posición. 8. Bibliografía.

Rethinking *Decent Work*. About the Inadequacy of This Slogan and the Reasons Why the Work’s Dignity is Independent of the Conditions in Which It Is Provided

ABSTRACT: We will recuse the slogan of decent work used by the ILO and many other institutions. We are not discussing the content and purposes that are promoted under that slogan – whose legitimacy is uncontroversial for us –, but only its most formal aspect, the configuration of its title. As we will try to justify, human work is always – with some exceptions that will be allude – is decent, regardless of the conditions in which it is provided. To support this position, we will affirm that human dignity, as it appears philosophically and legally characterized, is an immanent value of the person, which cannot be taken away or granted externally. Accepting this premise, we will explain how work activity, as a personal activity that involves its executor intensely, has a dignity that is not attenuated or annulled by the insufficiencies of the legal-economic regime to which it is subject. Therefore, to denounce the inequity that many workers in the world endure, before decent work, decent employer conduct should be claimed, or a decent normative status: that is, according to the unique intrinsic worth of the people who are involved. in the employment relationship. We will conclude by enunciating some symbolic dysfunctionalities that, in our view, follow from the demand for decent work: among others, the segregation and stigmatization of the working population, by stratifying the valuation of human work, differentiating between decent and indecent jobs.

Key Words: Dignity, person, decent work, ILO, criticism.

1. Introducción

Aunque pueda ser controvertida, la idea que queremos exponer en este comentario es bastante sencilla: según defenderemos, no es apropiado reivindicar el trabajo decente porque el trabajo siempre – al margen de supuestos excepcionales cuya catalogación como trabajo resulta cuestionable – es decente, con independencia de las condiciones materiales en las que se preste. Dicho con más precisión: la decencia o dignidad del trabajo – ambos conceptos, se verá *infra*, actúan aquí como perfectos sinónimos – reside en la cualidad personal del trabajador y en la orientación que lo guía, nunca en el régimen contractual al que queda sujeto.

Siendo esta, como decimos, una idea sumamente simple, su justificación admite cierta labor de argumentación, pues exige acudir a algunos pronunciamientos filosóficos de cierto calado – lo cual esperamos hacer sin demasiada temeridad – que ayuden a esclarecer el concepto de dignidad humana. Y es que, como se tratará de justificar, y esta es una idea central de nuestra argumentación, la dignidad es un concepto que solo puede comprenderse desde su análisis filosófico. Aunque este ideal aparezca frecuentemente invocado en declaraciones jurídicas, no es posible definirlo desde la exegesis autorreferencial del derecho positivo. Es, por el contrario, un valor estrictamente metalegal, que no es creado por el ordenamiento normativo, sino que, precisamente, antecede a este y le sirve de fundamento axiomático.

Tal conexión entre la dignidad humana y el derecho no es, empero, asumida en todos los instrumentos normativos. Precisamente, la incorrección que nosotros denunciaremos aquí deriva de la muy extendida práctica institucional que invoca el valor de la dignidad sin apelar a una definición previa y certera de esta. Esto provoca que incluso en el ámbito jurídico-positivo encontremos alusiones a la dignidad humana con muy diferentes connotaciones, en ocasiones, incluso, contrapuestas. Es por eso que, si aquí acudimos a determinadas teorizaciones filosóficas, no lo hacemos con ningún afán especulativo, sino para propiciar una mejor hermenéutica del ordenamiento jurídico, al menos en aquellos casos en los que este invoca un concepto, el de la dignidad humana, que, ya hemos dicho, no puede definirse dentro los límites de la normativa positiva.

Cuando hayamos conseguido una primera caracterización filosófica de la dignidad humana – que será aquí necesariamente sintética e incompleta –, nos proponemos explicar de qué modo la misma se proyecta sobre la actividad laboral. Sostendremos que el trabajo, *qua* actividad personal que implica de manera muy intensa a la persona que lo ejecuta, ostenta una *dignidad intrínseca*, independiente de las condiciones materiales que lo rodean.

Afirmaremos, además, que el trabajo, en cuanto actividad dirigida a la perfección de nuestros semejantes, permite el desarrollo de la *dignidad moral* de la persona. A partir tales afirmaciones, cuestionaremos el eslogan institucional del trabajo decente en la medida que este, subliminalmente, de forma no pretendida, niega la dignidad inherente a la labor humana, haciendo depender tal dignidad del régimen patrimonial o contractual en el que se incardina.

En síntesis de todo lo dicho, y de forma no del todo coincidente con los epígrafes que la componen, nuestra exposición estará ordenada en una triple secuencia: 1) una aproximación al concepto del “trabajo decente”, tal y como ha sido presentado institucionalmente; 2) una exposición de las razones por las que la decencia del trabajo es independiente de las condiciones materiales en las que este se ejecuta; 3) una relación de motivos por los que estimamos conveniente reformular la consigna del trabajo decente.

1.1. Aclaración sobre el muy conciso objetivo de nuestra crítica

Cuando hemos expresado la opinión que aquí desarrollamos en algunos foros, formales e informales, hemos encontrado algunas discrepancias entre nuestros colegas. Algunos de estos recelos – siempre gratos y movidos por un sano ánimo de discusión académica – han sido recurrentes con más frecuencia, lo que nos mueve a introducir algunas precisiones liminares sobre el objeto de nuestro comentario, tratando así de responder cautelarmente a estas eventuales recusaciones.

Así, de manera más inmediata, aclaramos que cuando afirmemos que estamos *en contra del “trabajo decente”*, no estamos cuestionando, en modo alguno, el contenido y objetivos de las acciones políticas que se han promovido bajo dicha consigna. En la medida que estas pretenden el acendramiento de las condiciones materiales en las que se presta el trabajo y, a la postre, la mejora de las circunstancias vitales de quien lo realiza, su pertinencia y su legitimidad están fuera de toda duda, al menos en términos generales y teleológicos, sin perjuicio de que, a nivel micro, pueda discutirse cuál o tal medida resulta técnicamente más efectiva para lograr los fines pretendidos. Nuestra censura se dirige, por tanto, de manera exclusiva, contra el eslogan empleado para presentar estas acciones de mejora de las condiciones laborales. Dicho de otro modo, criticaremos el aspecto formal y más superficial de tales acciones políticas, sin entrar a enjuiciar su dimensión sustantiva, cuya ecuanimidad es aquí incuestionada. Con mayor síntesis todavía: recusaremos la consigna del trabajo decente, no su

contenido. Remarcamos aquí esta postura porque ello nos permitirá emplear en lo que sigue un lenguaje mucho más directo, omitiendo circunloquios y justificaciones tautológicas.

Hecha esta precisión, aclaramos igualmente que, aunque la incorrección que denunciemos sea más bien formal, le otorgamos alguna trascendencia. Si sostenemos que el lema del *trabajo decente* debe ser reformulado, no es por un mero prurito semántico, sino porque creemos que su imprecisión actual, siendo adjetiva, origina consecuencias relevantes; y ello por dos razones: 1) el del *trabajo decente* no es un eslogan ocasional. Acaso así se formuló inicialmente, pero hoy se ha instalado – ¿definitivamente? – en ámbitos institucionales e instrumentos normativos de muy alto rango; 2) Creemos que tal imprecisión podría difundir un discurso sobre el trabajo humano equivocado, y el uso impropio del lenguaje no es inocuo, sino que, sobre todo cuando ocurre en tan altas esferas políticas, condiciona nuestra forma de ver y entender la realidad que nos circunda. Por ambos motivos, opinamos que conviene reformular la consigna del *trabajo decente*, acaso sustituyéndola por otra más acorde al verdadero significado de la dignidad personal y su proyección sobre el trabajo humano.

En estas líneas aclaratorias huelga indicar, por fin, que cuando más abajo nos refiramos a las derivadas negativas que se siguen de la reivindicación del *trabajo decente*, no imputamos ninguna actitud dolosa a las numerosas instituciones que enarbolan tal consigna. Al final de este estudio identificaremos algunas disfuncionalidades que presenta este eslogan, tratando de advertir los efectos negativos que de ellas se derivan, pero no opinamos, empero, que la formulación del *trabajo decente* pretendiera generar, directa o indirectamente, tales perjuicios. Esta aclaración se entenderá mejor más abajo, cuando abordemos el último punto de nuestra exposición.

2. El trabajo decente según la OIT

El proceso por el cual el objetivo del *trabajo decente* se ha instalado en la agenda política global ha sido ampliamente tratado por la doctrina, por lo que nos abstendremos de incurrir en reiteraciones ociosas¹. Quizás baste recordar, a meros efectos expositivos, que apareció por primera vez en el año 1999, en el Informe del Director General de la OIT – a la sazón, el chileno Juan Somavía – a la octogésimo séptima reunión general de este

¹ En la doctrina española, sin vocación exhaustiva, *cf.* J.L. MONEREO PÉREZ, *La dignidad del trabajador*, Laborum, 2019; A.P. BAYLOS GRAU, *Sobre el Trabajo Decente: la Formación del Concepto*, en *Derecho & Sociedad*, 2016, n. 46; J.L. GIL Y GIL, *Concepto de trabajo decente*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18.

organismo. Contextualizando su razón de ser, se ha dicho que la introducción de este concepto buscaba proporcionar un referente universal sobre la calidad en las relaciones laborales, un concepto susceptible de lograr un consenso mínimo entre los distintos agentes nacionales, públicos y privados, que, en un escenario globalizado, asumían unos estándares laborales de partida muy dispares².

Andando el tiempo, tras esta formulación original de la OIT, el concepto del *trabajo decente* ha sido acogido por multitud de organismos institucionales³. También ha trascendido a un gran número de instrumentos normativos de ámbito *intra* y *supranacional*⁴ y ha sido objeto de un tratamiento doctrinal muy atento. Sin la posibilidad de recoger aquí a todas las caracterizaciones del *trabajo decente* – y estimando que las particularidades de cada una de ellas son en buena medida irrelevantes para nuestro propósito – tomaremos como punto de partida la definición que nos brinda la OIT, que estimamos más pertinente en la medida que, como dijimos, es este organismo el principal responsable del surgimiento y la difusión de la consigna:

Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo⁵.

² A.P. BAYLOS GRAU, *op. cit.*

³ Con mera vocación ejemplificativa, comprobaremos como el objetivo del trabajo decente aparece, además de en las de la OIT, en las líneas programáticas de la OCDE (*cf.* S. BURROW, *Decent work is not a slogan*, en www.oecd.org, 28 septiembre 2018), de la Unión Europea (*cf.* EUROPEAN COMMISSION, *Decent work and economic growth*, en ec.europa.eu, 18 septiembre 2021), de la Santa Iglesia Católica (*cf.* la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001 el Vaticano promovió la *Coalición Global por un Trabajo Digno*) o de las Naciones Unidas, en cuyo seno ha adquirido una notable trascendencia con su incorporación a los *Objetivos del Desarrollo Sostenible* y la *Agenda 2030*.

⁴ Con idéntica pretensión enunciativa, centrándonos solo en el caso español, el objetivo del trabajo decente aparece como un fin normativo en las exposiciones de motivos del RD 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, o del RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. Sobre la proyección normativa de este concepto, *vid.* F. LOZANO LARES, *La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente*, en *esta Revista*, 2016, n. 4.

⁵ V. LEVAGGI, *¿Qué es el trabajo decente?*, en www.ilo.org, 9 agosto 2004. Esta definición

Resaltaremos tres ideas que encontramos implicadas en esta definición:

- 1) *El término “trabajo decente” es equiparable al empleo digno.* La propia OIT maneja indistintamente ambos términos, se afirma, incluso, que una traducción rigurosa al castellano de los documentos originales sobre este concepto conduciría al uso del adjetivo *digno*, y no *decenté*⁶. Esta apreciación, de índole todavía semántica, nos resulta útil, ya que las obras que nos sirven de base acuden con mayor frecuencia al término dignidad. Comoquiera que la OIT emplea indistintamente ambos vocablos⁷ – que son además sinónimos para la RAE –, aquí usaremos preferentemente el de dignidad, apoyándonos de manera directa en los distintos estudios que han inquirido el significado de dicho valor.
- 2) *Solo dignifica el trabajo que se presta en condiciones laborales adecuadas.* En este punto encontramos el principal fundamento de nuestro desencuentro con el planteamiento de la OIT. Y es que, si se admitiese tal hipótesis, estaríamos negando cualquier valor dignificante a la actividad profesional que, impulsada por móviles muy legítimos, no cuenta con una adecuada correspondencia empresarial. Si se aceptase la premisa que maneja la OIT, se haría descansar la dignidad del trabajo en la persona que fija las condiciones de trabajo (el empleador), cuando, en realidad, como trataremos de justificar, la dignidad del trabajo emana solo de la condición personal de quien lo ejecuta (el trabajador).
- 3) *Existen trabajos “indecentes” o, cuanto menos, “adecentes”.* Esta última idea se obtiene en una lectura *a sensu contrario* del *verbatim* extractado. Si el trabajo

institucional, actualizada a la sucesión de modificaciones que ha experimentado el programa del trabajo decente, no difiere en exceso de la que se introdujo originalmente en el Informe a la 87ª reunión general. Según allí se leía: «un trabajo decente, que es sinónimo de trabajo productivo, en el cual se protegen los derechos, lo cual engendra ingresos adecuados con una protección social apropiada. Significa también un trabajo suficiente, en el sentido de que todos deberían tener pleno acceso a las oportunidades de obtención de ingresos. Marca una pauta para el desarrollo económico y social con arreglo a la cual pueden cuajar la realidad del empleo, los ingresos y la protección social sin menoscabo de las normas sociales y de los derechos de los trabajadores. Tanto el tripartismo como el diálogo social son objetivos por derecho propio, que garantizan la participación y la democracia y que contribuyen a la consecución de los demás objetivos estratégicos de la OIT. La nueva economía mundial brinda oportunidades al alcance de todos, pero es preciso enraizarlas en unas instituciones sociales basadas en la participación, con objeto de conseguir la legitimación y la permanencia de las políticas económica y social».

⁶ A.P. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, p. 21.

⁷ El informe del Director General de la OIT, [Reducir el déficit de trabajo decente – un desafío mundial](#), emitido con ocasión de la Conferencia Internacional del Trabajo de Ginebra, 89ª reunión, en 2001, sostiene que «En todas partes, y para todo el mundo, trabajo decente es sinónimo de dignidad humana».

decente busca expresar lo que debería ser un empleo digno, al reivindicar este se está presuponiendo la existencia de empleos *indignos* o, al menos, *adignos*. Estos serían aquellos que no se presten en las condiciones económicas y sociales fijadas como estándares mínimos en cada momento. Como hemos adelantado, la hipótesis que nosotros manejamos se asienta sobre una valoración del trabajo bien distinta. Desde ella, no sería apropiado vindicar el trabajo decente porque el trabajo siempre – aunque más abajo introduciremos algún matiz – es decente, bajo cualquier régimen, con independencia del salario y las condiciones contractuales en las que se preste. La dignidad o decencia del trabajo emana de su carácter personal y de su vocación de servicio a nuestros semejantes.

3. Breves – e insuficientes – notas sobre la dignidad humana

Como ya hemos adelantado, la premisa de nuestro razonamiento la encontraremos en la propia noción de dignidad personal, tal y como aparece esta caracterizada filosóficamente. Estimamos que un mínimo entendimiento de esta nos llevará, de manera lógica, a afirmar la dignidad consustancial al trabajo humano. Para una primera aproximación, acudiremos a la etimología de la palabra dignidad: Según explica el filósofo español Ferrer Santos «el término dignidad (del griego *axión*) significa algo que es valioso, lo que es estimado o considerado por sí mismo, y no en función de otra cosa»⁸. De este modo, cuando apelamos a la dignidad personal estamos connotando una idea bastante simple, la que afirma que cada persona es valiosa por sí misma considerada, y no por cualquier fin que pudiera permitirnos alcanzar. Siguiendo nuevamente al precitado autor: «La dignidad humana radica en el valor interno e insustituible que le corresponde al hombre en razón de su ser, no por ciertos rendimientos que prestara ni por otros fines distintos de sí mismo»⁹.

La dignidad, por tanto, atendiendo todavía a su mera composición etimológica, incorpora dos características: a) la superioridad, mejor valía, de una determinada realidad frente a otra; aquella que denominamos digna frente a la que no lo es; b) La interioridad o inmanencia de esa valía. Esta caracterización de la dignidad que tomamos como punto de partida es muy simplificada, pero nos parece útil porque de ese modo evitamos inmiscuirnos en discusiones más o menos procelosas que son aquí por

⁸ U. FERRER SANTOS, *La dignidad y el sentido de la vida*, en *Cuadernos de Bioética*, 1996, n. 26.

⁹ *Idem*.

completo irrelevantes¹⁰. Con esta definición esperamos, por tanto, encontrar un punto mínimo de consenso sobre el significado de la dignidad que nos exima de recorrer los múltiples discursos que, desde ese común denominador, alcanzan conclusiones bien heterogéneas. Además, siendo simple, ya esta noción de dignidad incorpora una idea muy potente y que será nuclear en este ensayo: la autonomía de la dignidad, su carácter *absoluto*, ya que es un valor que descansa en el propio ser del que se predica, en sí mismo considerado, que no se ve amenazado por las circunstancias que lo rodean¹¹. Luego repararemos en ello con más detalle.

Resaltamos, por el momento y para continuar, que la noción de dignidad señala la especial e incondicional valía de una determinada realidad. Lo que toca ahora preguntarse es si el ser humano, o la persona, si se prefiere, aparece dotada de este tipo de valía intrínseca y si, por tanto, podemos predicarle dignidad. Aunque apriorística e intuitivamente responderíamos de manera afirmativa a este interrogante, nos resulta preciso buscar algún soporte analítico para esta respuesta e identificar cuáles serían sus fundamentos: ¿por qué reconocemos la singular valía de todas las personas, con independencia de sus respectivas particularidades? Aunque son muchos los argumentos que se han invocado para resolver esta cuestión, aquí mencionaremos solo los dos más destacados: a) uno ontológico y b) otro de índole moral o conductual.

a) La libertad ontológica de la persona (el libre albedrío): es sin duda el argumento que cuenta con una mayor tradición en las especulaciones sobre la dignidad humana. Aunque aparece ya formulado en la filosofía antigua, será en la obra de Immanuel Kant donde encontrará una consolidación definitiva. Desde entonces y hasta nuestros días se ha admitido que la libertad racional que ostenta por naturaleza el individuo es la que impide

¹⁰ En efecto, esta definición simplificada de la dignidad humana ha sido criticada por presentar un concepto demasiado vago, carente de contenido específico. *Vid.* J. WEINRIB, *Dimensions of dignity. The theory and practice of modern constitutional law*, Cambridge University Press, 2016 (orig. 1982), p. 6. Para nosotros, sin embargo, nos parece que ahí reside su valor, al permitir un consenso global, y dejar el oportuno margen de concreción al diálogo democrático para dirimir que acciones políticas son adecuadas con esta singularísima valía del ser humano. De este modo, aunque la dignidad personal posea un significado constante, las medidas político-normativas que se promuevan para respetar tal dignidad variarán según, entre otras razones, el desarrollo económico y científico de la sociedad. Además, tomando esa valoración simple, pero sólida, de la dignidad, eludimos ciertas discusiones que, siendo trascendentes, extenderían impropiaemente este comentario (nos referimos a cuestiones tales como la dignidad de los animales y otras realidades naturales o la dignidad del *nasciturus*).

¹¹ T. MELENDO, *Introducción a la antropología. Apuntes de curso sobre la dignidad personal y la familia*, Edufamilia, 2021, p. 87.

que este pueda ser sometido y dirigido hacia la consecución de cualquier fin. Según expuso el pensador de Königsberg: «Siendo un fin en sí mismo, cada ser humano es único y no puede ser sustituido por nada ni por nadie porque carece de equivalente. No posee un valor relativo, un precio, sino un valor intrínseco llamado dignidad». Y concluye: «la autonomía, es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional»¹².

Por tanto, definimos al sujeto, en función de su libertad inmanente, como un ser valioso en sí mismo, sin atención a cualquier otra consideración, solo por su condición o naturaleza personal. Esto equivale a decir así que la dignidad personal connota un *valor absoluto*, no un valor relativo. Esta distinción, la del valor inmanente o en sí mismo, es nuclear para comprender verdaderamente el significado de la dignidad humana. Para expresar mejor esta idea, y rehuyendo aquí cualquier dogmatismo, nos permitimos traer un sencillo ejemplo que utiliza el profesor Melendo en sus lecciones sobre la dignidad humana: Piénsese en cualquier instrumento o herramienta, pongamos por caso, un destornillador: ¿podemos atribuir al destornillador algún valor? Evidentemente, pero solo en la medida que nos proporciona una *utilidad*. En un escenario hipotético en el que no existieran los tornillos o en el que no hubiera nada que atornillar, el destornillador carecería de cualquier valor, porque no es valioso en *sí mismo*, sino en la medida que nos permite alcanzar alguna otra cosa. Decimos así que ostenta un *valor dependiente o relativo*, ya que no lo valoramos como un fin, sino solo por cuanto nos permite alcanzar otros fines que juzgamos superiores. En la medida que la persona sí ostenta una valía intrínseca, con independencia de la utilidad que nos reporte, le atribuimos un valor absoluto, *id est*, «independiente, ilimitado, que excluye cualquier relación»¹³. Esta caracterización de la dignidad humana, siendo aun sencilla, contiene implicaciones trascendentales: La dignidad personal, su valía intrínseca, no solo connotará la sublimación del ser humano, sino la igualación de todas las personas por su mera condición personal, allende cualquier condición genética, social o económica¹⁴. Si contextualizamos estas ideas – sublimidad

¹² «En el sistema de la naturaleza el hombre [...] es un ser de escasa importancia [...]. Ahora bien, el hombre, considerado como persona, es decir, como sujeto de una razón práctico-moral, está situado por encima de todo precio; porque como tal [...] puede valorarse [...] como fin en sí mismo, es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto hacia él a todos los demás seres racionales del mundo» (I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Austral, 1996 (orig. 1785), p. 49).

¹³ Primera acepción del término absoluto, según la RAE.

¹⁴ J.I. DELGADO ROJAS, *Dignidad humana*, en *Eunomía*, 2018, n. 15, p. 179.

e igualdad de las personas –, en el régimen sociopolítico previo a la Ilustración, podremos ponderar su magnitud subversiva¹⁵, y tampoco nos costará intuir la fuerza que todavía hoy conservan.

b) La conducta dirigida a la perfección personal, propia o ajena: La conciencia sobre la dignidad humana, *id est*, sobre la superioridad valorativa de la persona, no solo tiene implicaciones ontológicas o metafísicas, también pauta normas prácticas o morales. En efecto, sobre el axioma de la dignidad humana, Kant formuló su imperativo categórico que, en una de sus variaciones, quedaba así enunciado: «Obra del tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solamente como medio»¹⁶. Será la autopercepción de nuestra dignidad personal la que nos impedirá instrumentalizar la vida de una persona, incluida la propia, para la consecución de cualquier fin¹⁷. De hacerlo, si transgrediéramos esta regla, no estaríamos actuando *conforme* a nuestra propia dignidad, estaríamos rebajándola del mismo modo que, en sentido contrario, la acrecentaríamos si nos tratásemos a nosotros mismos y a nuestros semejantes como un fin, como seres libres dotados de albedrío y, por tanto, merecedores de veneración y de un respeto irrestricto. Se suele hablar, entonces, de *dignidad adquirida* cuando el ser humano, en el ejercicio de su libertad innata, dirige su conducta conforme a esta regla de comportamiento, tratándose a sí mismo y a los demás como un fin, no subordinados a la consecución de cualquier interés concreto. Esta otra dimensión de la dignidad, la que denominamos *moral*, aunque está íntimamente conectada con la ontológica, debe distinguirse de ella en la medida que esta segunda es invariable e inalienable, pues ni tan siquiera su titular puede anularla. Desde tal óptica, incluso el más perverso de los seres humanos ostenta un núcleo de dignidad integral que radica en lo más íntimo de su ser. Tal entendimiento está muy arraigado en el acervo político-filosófico de Occidente y es lo que impide, por ejemplo, el sometimiento a tratos inhumanos o – según se argumenta frecuentemente – la pena de muerte¹⁸.

¹⁵ Sobre la influencia de la teoría kantiana de la dignidad en el surgimiento del Estado de Derecho moderno, *vid.* T. GUTMANN, *Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana*, en *Estudios de Filosofía*, 2019, n. 59, p. 245.

¹⁶ I. KANT, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷ «Podemos asentar nuestra idea de dignidad en el hecho de que nadie desea ser tratado como objeto. Por ello, la razón última de la dignidad sería que tratar a los demás como fines es una regla de comportamiento que puede ser universal, que se puede universalizar, que era, por cierto, la primera formulación del imperativo kantiano» (J.L. REY PÉREZ, *El discurso de los Derechos Humanos. Una introducción a los Derechos Humanos*, Universidad Pontificia de Comillas, 2011, p. 40).

¹⁸ *Vid.* F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia*

Así, y en síntesis, podemos distinguir dos dimensiones de la dignidad humana, la *ontológica* y la *moral*¹⁹. Ambas derivan de un mismo fundamento: la libertad intrínseca del ser humano y su raciocinio. Ambas tienen otra nota en común muy relevante para lo que aquí nos interesa: radican en la esfera íntima del ser humano, por lo que no pueden ser dañadas o anuladas por cualquier atentado proveniente del exterior. Incluso en el caso de la dignidad moral, que admite modulaciones, tales variaciones de grado dependerán, exclusivamente, de la conducta del sujeto que la ostenta. En la medida que el fundamento de la dignidad es la libertad consustancial de la persona, solo el uso que esta haga de tal libertad será lo que provoque cualquier alza o devaluación de su propia dignidad moral. Subrayamos por ahora esta idea, ya que sobre ella esperamos más adelante cimentar nuestra argumentación.

4. Distintas – y antagónicas – concepciones jurídico-políticas de la dignidad humana

En el derecho positivo, a nivel intra y transnacional, encontramos frecuentes menciones al valor de la dignidad humana. Estas alusiones, sin embargo, no apelan a un concepto preciso y unívoco, lo que no solo dificulta una exégesis cabal del ordenamiento, sino que lo devalúa al construirlo sobre conceptos indeterminados. En este sentido, Chueca Rodríguez, entre otros muchos, al referirse a este asunto advierte «la evidente banalización de un concepto» propiciada por todos los operadores jurídicos y la doctrina científica, «muy especialmente con el abuso del recurso retórico a la dignidad humana, a veces en condiciones pintorescas», desembocando en «su degradación a mero eslogan: la dignidad humana es hoy una noción inconsistente y hasta fofa»²⁰.

Como respuesta a esta vulgarización conceptual de la dignidad humana en el derecho, un amplio sector dentro del pensamiento filosófico-jurídico reivindica la necesidad de promover un proceso reflexivo que afiance un contenido sólido de este valor²¹. Siguiendo, por todos, a la filósofa española

constitucional y otros estudios de derecho público, Dykinson, 2008, p. 273.

¹⁹ Estos dos fundamentos de la dignidad humana quedan sintetizados en la distinción que efectuó el filósofo español Millán-Puelles entre la *dignidad ontológica* y la *dignidad adquirida*. Vid. A. MILLÁN-PUELLES, *Léxico filosófico*, Rialp, 1984, pp. 465-466.

²⁰ R.L. CHUECA RODRÍGUEZ, *La marginalidad jurídica de la dignidad humana*, en R.L. CHUECA RODRÍGUEZ (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. Tomo la cita de J.I. DELGADO ROJAS, *op. cit.*, p. 177.

²¹ Esta posición doctrinal crítica es presentada por J.I. DELGADO ROJAS, *op. cit.*, pp. 177 y

Castilla de Cortázar:

Es un hecho también que tras décadas después de su reconocimiento jurídico en el derecho positivo y de que la dignidad humana, unida a los derechos humanos, sea temática omnipresente en la reflexión antropológico-jurídica del siglo XX, sigue vigente su desvinculación con una fundamentación, lo que, desde el punto de vista teórico, no deja de ser una falta de rigor²².

Para mostrar esta indeterminación en torno al concepto de la dignidad humana vamos a resaltar una divergencia de enfoques que para nosotros es trascendental²³: la que se da entre aquellos textos normativos en los que la dignidad se presenta como una cualidad preexistente al ordenamiento jurídico y aquellos otros en los que la dignidad humana aparece como un fin a alcanzar, precisamente, a través de dicho ordenamiento. Para el primero de estos enfoques, la dignidad humana es un axioma sobre el que se fundamenta la existencia del derecho; para el segundo es un objetivo, una meta a alcanzar a través del reconocimiento de ciertas garantías jurídicas. Vamos a tratar de recopilar algunos exponentes de cada una de estas perspectivas con los que esperamos poner mejor de relieve sus diferencias:

La dignidad como valor innato que el ordenamiento reconoce	La dignidad como un objetivo que el ordenamiento debe lograr
<p>DUDH 1948</p> <ul style="list-style-type: none"> • «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca» (Preámbulo) • «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (art. 1) 	<p>Carta DDFF UE, 2000</p> <ul style="list-style-type: none"> • «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural» (art. 25) • «Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una

178.

²² B. CASTILLA DE CORTÁZAR, *En torno a la fundamentación de la dignidad personal*, en *Foro*, 2015, n. 1, p. 68. Allí mismo se lee: «se está manteniendo una praxis – que anteriormente tuvo una implícita fundamentación en la dignidad – silenciando u omitiendo las razones que la fundan, lo que tarde o temprano hace peligrar la continuidad de dicha praxis».

²³ Esta dualidad de enfoques es advertida, entre otros, por J. WALDRON, *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2019 (orig. 1953), pp. 46 y 48: «Si se echa un vistazo rápido al modo en que la dignidad aparece utilizada en el derecho, probablemente se concluirá que hay una confusión seria en su uso. Aparece definida de distintas maneras en distintos documentos jurídicos [...]. Un dualismo todavía más interesante tiene que ver con la distinción entre la dignidad como el fundamento de los derechos y la dignidad como el contenido de los derechos».

<ul style="list-style-type: none"> • «Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana» (art. 23.3) 	ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna» (art. 34)
<p>CIDECSC 1966</p> <ul style="list-style-type: none"> • «Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana» (Preámbulo) 	<p>Carta Social Europea, 1961 (rev. 1996)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 26, Derecho a la dignidad en el trabajo
<p>LF de Bonn</p> <ul style="list-style-type: none"> • «La dignidad del hombre es intangible²⁴ y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección» (art. 1) 	<p>Convenio OIT C189</p> <ul style="list-style-type: none"> • «Consciente del compromiso de la Organización Internacional del Trabajo de promover el trabajo decente» (Preámbulo)

Vemos cómo, mientras el primero de estos enfoques se limita a *reconocer* la dignidad del ser humano, el segundo de ellos parece pretender *otorgarla* a través de la codificación de derechos subjetivos o, de manera más impropia, presentando a la dignidad misma como uno de estos derechos. Como podrá ya intuirse, en coherencia con lo que venimos expresando, aquí defenderemos la mayor corrección del primero de estos planteamientos, y ello porque se ajusta más a la tradición filosófica hegemónica sobre la dignidad humana, según la cual, esta nace en la dimensión más íntima de la subjetividad personal, sobre la que el derecho – o cualquier otra instancia ajena al individuo – no despliega ninguna influencia. Dicho con otras palabras, el significado de la dignidad humana para el derecho se deriva de lo que significaría la dignidad humana incluso si no existiera el derecho²⁵. Esto no obsta a que, en efecto, puedan darse atentados contra la dignidad que el ordenamiento deba repeler. Nos referimos a comportamientos particulares o contingencias sociales que no son acordes a la dignidad personal del individuo. Tales comportamientos no merman o dañan la dignidad del individuo, que, por su dimensión íntima, es inmune, pero sí son contrarios a la misma y, por tanto, reprochables en un sistema jurídico que ha acogido a este valor como referente. Tal y como se proclama en el

²⁴ Algunas otras traducciones al castellano de la ley fundamental no traducen *unantastbar* (del art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn: *Die Würde des Menschen ist unantastbar...*) como *intangible*, sino como *sagrada*. Sobre la corrección ambas opciones de traducción *vid.* A.M. GARCÍA CUADRADO, [Problemas constitucionales de la dignidad de la persona](#), en [Persona y Derecho](#), 2012, n. 67, p. 452.

²⁵ J. WEINRIB, *op. cit.*, p. 9.

preámbulo de la DUDH de 1948: «La dignidad de los seres humanos es integral, pero a fin de que se creen normas e instituciones que los respeten, los derechos humanos se han ido reconociendo poco a poco, conforme ha avanzado el proceso de autoconciencia de la humanidad».

No es, por tanto, que el ordenamiento artifice o conceda la dignidad personal, sino que, aceptando la existencia de esa valía innata e intrínseca, trata de promover un estatuto jurídico acorde o conforme a la misma. La dignidad humana es así un condicionante prejurídico, un sustento fundamentador de todo el ordenamiento jurídico: en palabras más certeras de Peces-Barba Martínez, la dignidad humana es «el fundamento último de la cultura política y jurídica moderna. La raíz tanto de los valores, los principios y los derechos, como de los procedimientos iguales para todos»²⁶. No existe, por tanto – y esto es una idea muy importante aquí –, un derecho a la dignidad, sino que, según sintetizó Arendt, la dignidad actúa como un derecho a tener derechos. En términos similares lo expresaría Robert Spaemann, quien en una lucida disquisición *sobre el concepto de dignidad humana*²⁷ concluye que esta «no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general. Lo que con él se nombra es algo más originario que lo que se expresa por medio del término *derecho humanos*»²⁸.

Esta interpretación, por lo demás, no se limita a la literatura teórica, también la acogen algunos de los interpretes institucionales de las respectivas constituciones y declaraciones internacionales de derechos, los cuales afirman que «la dignidad es el presupuesto jurídico, el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento»²⁹. En este sentido, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma de la Convención»³⁰. Para el Tribunal Constitucional español, por su parte, la dignidad sería un «*prius* lógico y ontológico para la existencia y

²⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, 2010, p. 32, visto en J.I. DELGADO ROJAS, *op. cit.*, p. 178.

²⁷ R. SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Persona y Derecho*, 1988, n. 19 (orig.: *Über den Begriff der Menschenwürde*, en R. SPAEMANN, *Das Natürliche und das Vernünftige: Aufsätze zur Anthropologie*, Piper, 1987).

²⁸ *Ibidem*, p. 15.

²⁹ C. VITERI, D. DAMARIS, *La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional Federal alemán*, en *Estudios de Derecho*, 2012, n. 153.

³⁰ STEDH 29 abril 2002, n. 2346/02, *Pretty c. Reino Unido*, punto 65; STEDH 11 julio 2002, *Goodwin c. Reino Unido*, ap. 90.

especificación de los demás derechos»³¹, «un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar»³². Según el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la dignidad humana es «la base de todos los derechos fundamentales»³³, e incluso en otros ordenamientos, como el norteamericano, que carecen de cualquier mención expresa a este valor, su Corte Suprema ha caracterizado la dignidad como «un valor subyacente que da significado a derechos y garantías constitucionales existentes»³⁴.

Podemos concluir, por tanto, que el enfoque que estimamos genuino, el que presenta a la dignidad como un valor prelegal que sirve de fundamento al ordenamiento positivo, es mayoritariamente seguido, tanto por los intelectuales, como por los interpretes oficiales del ordenamiento³⁵. Pero iríamos más allá: en sentido contrario no hemos encontrado pronunciamientos que avalen argumentativamente que la dignidad, por no ser preexistente, deba ser lograda a través de la positivización de derechos. Ciertamente este otro planteamiento aparece plasmado en algunas normas y otros tantos discursos institucionales, pero de manera indeterminada y sin ninguna fundamentación que revele un convencimiento sólido al respecto. Al confrontar ambos discursos en torno a la dignidad humana nos encontramos así con uno que asume una posición teórica sobre la dignidad humana y positiviza en coherencia con la misma, y otro que, al referirse a ella, parece manejar una acepción coloquial e impropia de la dignidad. Aunque descartamos que sea este el espíritu político que subyace detrás de este otro enfoque, al reconocer el *derecho a la dignidad* se propone, a) bien otorgar al individuo, *ex novo* y *ope legis*, una dignidad de la que, según se deduciría, carece el sujeto en un estado de naturaleza o prejurídico; b) o

³¹ STC 11 abril 1985, n. 53. Existen posiciones doctrinales contrarias a este criterio desde las que se sostiene que, además de un principio fundante, la dignidad actúa como un propio derecho autónomo. Por todos, en la doctrina iuslaboralista española ha destacado Monereo Pérez, quien afirma que «quizás sea el momento de superar la visión más limitada de nuestro más Alto Tribunal que ve en la dignidad lo que en gran medida es en sí (principio o valor fundamental) e ir más lejos para adicionalmente afirmar su configuración jurídica como un verdadero derecho de doble sentido: referidos a ámbitos de autonomía y de libertad y servir fundamento para todos los derechos fundamentales» (J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 246).

³² STC 27 junio 1990, n. 120 (FJ 4º), STC 28 febrero 1994, n. 57 (FJ 3º), y STC 7 noviembre 2007, n. 236 (FJ 1º).

³³ *BVerfGE*, vol. 30, p. 194. Tomo la cita de I. MUNCH, *La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán*, en *Foro*, 2009, n. 9, p. 113.

³⁴ *Vid.* M. GOODMAN, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, en *Nebraska Law Review*, 2005, vol. 84, n. 3, p. 743.

³⁵ J. MARTÍNEZ SORIA, *La constitución de los principios*, en G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, p. 307; I. DE MIGUEL BERIAIN, *La dignidad humana, fundamento del Derecho*, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2005, n. 27, p. 333.

bien garantizarle el mantenimiento de una valía de la que se puede ver despojado. Así, a modo de ejemplo, el art. 26 de la Carta Social Europea proclama *el derecho a la dignidad en el trabajo*³⁶. Aunque debe descartarse esta interpretación, *prima facie* tal derecho sugiere que un ser humano pueda ver alienada su dignidad al incorporarse en su puesto de trabajo. Tal planteamiento es obviamente equivocado, por lo que más bien este derecho a la dignidad en el trabajo debe leerse como un derecho a la protección frente a conductas contrarias a dignidad del trabajador³⁷, del mismo modo que los genéricos derechos a la vida o a la intimidad no solo protegen la erradicación de tales bienes jurídicos, sino que actúan también frente a transgresiones ilegítimas. Ocurre sin embargo que, a diferencia de estos otros bienes jurídicos, la dignidad es invulnerable y se encuentra en una posición lógica anterior: el ser humano ostenta el derecho a la vida, por ejemplo, porque es una realidad valiosa, porque ostenta dignidad. Así, en contraposición al art. 26 de la Carta Social Europea, nos parecen más acertadas otras disposiciones que, con idéntica finalidad, se muestran más coherentes con la genuina conceptualización de la dignidad y su posición en el ordenamiento normativo. Acudamos, por mayor cercanía, al artículo 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores español que, como cláusula general, reconoce que el trabajador tiene derecho «a la consideración debida a su dignidad». El matiz es sutil pero muy trascendente: no es ya el derecho el que otorgue o garantice la dignidad a la persona trabajadora, sino el que la reconoce y, en consecuencia, reclama un comportamiento acorde a la misma.

4.1. El valor de la dignidad en el discurso del *trabajo decente*. Especial alusión al documento *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*

Orientándonos de nuevo hacia lo que aquí nos incumbe, ante estos dos enfoques jurídico-políticos sobre la dignidad, concluiríamos – según ya podría deducirse – que el programa de la OIT sobre el *trabajo decente* se adhiere al segundo de estos, al que invoca la dignidad como un objetivo que las instituciones deben promover, entre otras formas, a través de la mejora

³⁶ Un tanto de los mismo ocurre, por ejemplo, con algunos derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, como el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna (art. 25) o el derecho a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna (art. 34) ¿Acaso hay vidas o existencias humanas indignas?

³⁷ La parte II de la Carta, con algo más de propiedad, matiza el significado de este derecho al identificarlo con el «del derecho de todos los trabajadores a la protección de su dignidad».

material de las condiciones de vida. Cuando la OIT afirma que *solo dignifica el trabajo que se presta en condiciones laborales adecuadas*, descarta que el trabajo tenga, inmanentemente, cualquier valor dignificante. Esto se corrobora si observamos el contenido de todas las políticas que se han presentado bajo la consigna del *trabajo decente*: todas ellas asumen que la dignificación del trabajo se consigue mediante la mejora material de las condiciones laborales. Con todo, este posicionamiento en torno a la dignidad o decencia del trabajo, estando muy extendido, carece de un respaldo reflexivo sólido. En efecto, la propia OIT en algunos de sus documentos de estudio admite que la introducción del discurso del trabajo decente no estuvo precedida por una reflexión previa que afianzase la idea de dignidad sobre la que se asentaba³⁸, y, solo después de su formulación, se efectuaron algunos esfuerzos para la «profundización de la base conceptual del trabajo decente»³⁹. Con tal vocación surgieron los trabajos llevados a cabo desde Instituto Internacional de Estudios Laborales para «ayudar a la OIT a desarrollar los cimientos conceptuales de las políticas en materia de trabajo decente»⁴⁰. Otra muestra de este intento de fundamentación conceptual lo encontramos en *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, un sugerente análisis en el que la OIT agrupó a distintas tradiciones filosóficas y religiosas con el propósito de ahondar en el significado teórico del *trabajo decente*. En esta obra, acaso por la pluralidad de autores y cosmovisiones concurrentes, encontramos conviviendo los dos enfoques sobre la dignidad que en este epígrafe hemos presentado como contradictorios⁴¹. Así, en algún caso, de manera aislada, veremos alguna alusión a la noción de dignidad humana que enjuiciamos más genuina, la que la define como un valor intrínseco a la persona, inalienable extrínsecamente y previo a toda positivización jurídica:

³⁸ Así lo denunció la consejera técnica de los empleadores de Canadá, según la cual se trataba de un «concepto vago y subjetivo que tenía corolarios poco afortunados en todos los idiomas» (OIT, *Actas de la nonagésima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, 2002, p. 1217).

³⁹ OIT, *Informe correspondiente al año 2000-2001 presentado por el Presidente del Consejo de Administración a la Conferencia*, en OIT, *Actas de la octogésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, 2001, p. 1063.

⁴⁰ OIT, *Informe sobre la aplicación del programa de la OIT en 2000-2001. Memoria del Director General*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90ª reunión, 2002, p. 70.

⁴¹ La divergencia en los usos de la dignidad en el lenguaje jurídico se expresa en este documento al que nos referimos: «Incluso si los valores humanos, como la decencia, la dignidad, la equidad, la justicia social, la seguridad humana, el diálogo, la libertad y la solidaridad se han introducido efectivamente en las declaraciones de políticas públicas, pocos esfuerzos se han hecho para definir y poner en práctica esos valores» (D. PECCOUD (dir.), *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, OIT, 2006, p. 25).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye un punto de referencia para todos los esfuerzos que realizamos y que tienen por objeto defender la dignidad humana. Recoge las normas que debemos respetar para apoyar o fomentar el espíritu de la dignidad humana, expresando claramente en sus diferentes artículos los derechos que tal dignidad confiere a todos los seres humanos. [...] Una persona realizada es una persona que es consciente de la dignidad inherente a su propia persona y de la dignidad de los otros. Tal persona sabrá que la dignidad es un valor intrínseco de su ser, que no procede del mundo, sino que tiene un origen que trasciende a todo lo que es físico. Las religiones no dignifican, sino que únicamente nos recuerdan nuestras propias verdades. Las declaraciones, las convenciones y demás documentos jurídicos subrayan la importancia de defender la dignidad de los individuos y crean las condiciones que permitirán hacerlo, pero no pueden otorgar tal dignidad. La forma en la que la sociedad funciona actualmente parece ser a menudo una conspiración contra la conciencia que cada individuo tiene de sí mismo como persona naturalmente dotada de un valor y una dignidad determinados. Por el contrario, a veces se sobreentiende que la dignidad se debe adquirir o que es otorgada por la sociedad únicamente a los ricos o a los que ocupan una posición influyente o a los que están dotados de alguna autoridad. El trabajo constituye, de este modo, una expresión de nuestro valor y no su fundamento⁴².

En otros apartados de esta reflexión colectiva, por el contrario, desaparece esta conceptualización de la dignidad para reafirmar aquella otra sobre la que se ha construido el discurso del *trabajo decente* de la OIT, la que presenta a la dignidad como algo contingente que es otorgado y arrebatado por las circunstancias de nuestro entorno. Tomando solo unos ejemplos, se dice allí que «negar el derecho al trabajo decente equivale, pues, a privar a una persona de su dignidad»⁴³; que «cuando las personas carecen de trabajo decente, a menudo acaban por verse excluidas de la sociedad y privadas de su dignidad», o, de manera más grave, que «el desempleo o el trabajo indecente pueden impedir a una persona expresar su dignidad inherente, lo que conduce a una alienación de uno mismo. En situaciones extremas, esta negación de la dignidad conduce a la humillación y a la deshumanización»⁴⁴. Es cierto que este documento al que nos estamos refiriendo, aunque patrocinado y editado por la OIT, no expresa su postura oficial. A los efectos de nuestro comentario, nos parece, empero, muy útil, porque desde

⁴² *Ibidem*, p. 107. Apreciaciones de Gayatri Naraine, representante ante las Naciones Unidas en Nueva York de la Universidad Espiritual Mundial Brahma Kumaris.

⁴³ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 28.

su lectura es fácil contrastar que: 1) no existe consenso en torno al concepto de dignidad sobre el que se ha construido el discurso del *trabajo decente*; 2) aunque el asunto no se haya abordado allí frontalmente como una discrepancia, podríamos comprobar que la postura más extendida es la que niega la dignidad intrínseca de la persona, la que hace depender esta de las condiciones existenciales que se le garantizan. Este segundo planteamiento es el que parece asumir la OIT al construir el discurso del trabajo decente: el que afirma que la dignidad personal es algo que puede *arrebatar* o *degradarse* cuando el sujeto queda sometido a condiciones de trabajo inequitativas⁴⁵.

4.2. La dignidad personal como valor filosófico juridificado

Habrás reparado el lector en que hasta ahora venimos adoptando una postura cauta a la hora de afirmar o descartar la juridicidad de la dignidad humana. Nos toca ahora abordar ese asunto frontalmente, aunque de manera incidental y omitiendo muchas de las consideraciones que caben al respecto.

Según pensamos, puede admitirse sin ambages que la dignidad es un valor prelegal, en la medida que, según hemos expuesto, antecede y fundamenta al derecho positivo. No obstante, esta posición no debe llevarnos a excluir la significancia jurídica de dicho valor. No, en la medida en que el concepto derecho – salvo para las corrientes más ortodoxas del iuspositivismo – es más amplio que el de legalidad, pues comprende también sus principios y fundamentos más hondos. Desde esta concepción amplia del derecho, es posible alinearse con algún autor, como Waldron, que afirma la juridicidad plena de la dignidad personal, a la que ubica entre los elementos axiomáticos del ordenamiento normativo:

La dignidad está en último término vinculada a la idea de *derechos* – como el fundamento de los derechos, como el contenido de ciertos derechos [...]. Incluso allí donde se presenta la dignidad como la base de todos los derechos fundamentales – como en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que los derechos que este enuncia se «derivan de la dignidad inherente a la persona humana» – no es necesario presentarla como un valor moral. Después de todo, no solo las reglas de la superficie de un sistema legal son reglas propiamente jurídicas (como si todos los elementos más profundos tuviesen que ser identificados como “morales”). Sigo en esto a Ronald Dworkin, y sostengo que las bases

⁴⁵ J. SOMAVÍA, [El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana](#), OIT, 2014, p. 134.

o fundamentos de un sistema legal son también elementos jurídicos, ya sea que se trate de políticas o de principios⁴⁶.

Aclaremos que, al afirmar la juridicidad de la dignidad, no estamos sosteniendo que tal valor sea creado *ex lege*, sino que el derecho lo acoge como un presupuesto metajurídico. La juridificación de la dignidad humana se produce al reconocer esta y otorgarle significancia jurídica, al definirla como uno de los principios basilares del sistema de derechos⁴⁷. Simplificando en términos forenses, el reconocimiento de la dignidad personal por el derecho positivo tiene meros efectos *declarativos*, nunca *constitutivos*. De este modo, el derecho positivo carece de la capacidad de alterar el significado de la dignidad. El poder político-constituyente podría optar, eso sí, entre acoger o no este valor como axioma, pero una vez adoptado, no podría modular su contenido esencial, porque este expresa una realidad, la singular valía de la persona, que es previa e indisponible para el ordenamiento. Al decir esto lo hacemos sin connotaciones iusnaturalistas: solo afirmamos que el derecho se construye sobre conceptos que lo trascienden y, por tanto, la exegesis jurídica no puede ser completamente autorreferencial; que «muchos conceptos fundamentales de Derecho (constitucional) positivo no son creaciones espontáneas y solo pueden ser comprendidos desde sus raíces espirituales»⁴⁸. Esto ocurre, por lo demás, en otros muchos ámbitos. Cuando se reconoce el derecho a la salud, pongamos por caso: ¿puede el ordenamiento colmar el contenido de ese derecho y determinar qué es lo saludable, o deberá para ello acudir a la ciencia, en este caso la médica, para concretar la efectividad de este derecho? La opción legislativa o constituyente podrá pasar por reconocer el derecho a la salud o no hacerlo, pero carece de la capacidad para determinar qué es la salud o qué es lo saludable. Esto es, *mutatis mutandi* y mediante una analogía algo impropia, lo que ocurre con la dignidad humana, que puede acogerse o rehusarse por el codificador jurídico, pero sin alterar la idea esencial que expresa este concepto. Esto no obsta a que, en cada momento histórico, atendiendo, entre otras variables, a las circunstancias de desarrollo material, deban concretarse las acciones políticas dirigidas a la promoción y tutela de la dignidad personal, del mismo modo – retomamos la comparación – que evolucionan las políticas sanitarias conforme avanza el progreso científico, aunque estas siempre se orienten a una idea constante de salud.

⁴⁶ J. WALDRON, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

⁴⁷ *Vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

⁴⁸ C. STARCK, *La dignidad del hombre como garantía constitucional*, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *op. cit.*, p. 241. Tomo la cita de A.M. GARCÍA CUADRADO, *op. cit.*, p. 511.

La idea que queremos defender, la inalterabilidad jurídica del contenido esencial de la dignidad humana, no solo se alcanza desde postulados filosóficos, sino también desde una exégesis teleológica e histórica del ordenamiento. Y es que solo así, afirmando esa intangibilidad de la dignidad, la incapacidad del legislador para adular su contenido, es como esta conserva su genuino significado jurídico. Recuérdese el excepcional contexto histórico en el que germinan las primeras declaraciones de derechos que apelan a la dignidad humana como valor fundante. En este valor se quiso encontrar un núcleo indisponible de la persona protegido por un estatuto jurídico universal, inalterable por las distintas naciones del planeta. No podría la legalidad de una Estado, aun contando con un consolidado respaldo democrático, disponer de ese núcleo esencial de la dignidad personal. Si así no fuese, si la dignidad fuese, por el contrario, algo que puede definirse irrestrictamente, al albur de las preferencias políticas de cada mayoría electoral, no existiría ninguna salvaguarda del individuo frente a la actuación despótica del Estado. Sin ese significado esencial e inamovible de la dignidad, un desvarío político colectivo podría, por ejemplo, negar la dignidad de determinados colectivos o etnias para justificar su hostigamiento institucional. Así se explica el cuidado de la DUDDHH de 1948 al afirmar que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el *reconocimiento* de la dignidad *intrínseca* de todos los miembros de la familia humana (considerando primero). Se da entonces un fenómeno circular: la dignidad actúa como fundamento del derecho, pero también como límite al mismo, ya que toda producción legislativa debe adecuarse a la misma y respetar la principal idea que connota este valor⁴⁹: la inherente y suprema valía de cada persona, singularmente considerada⁵⁰. Esta otra finalidad de la dignidad, según la cual esta actúa como límite frente a

⁴⁹ Refiriéndose a la dignidad, el profesor Alemán Páez sostiene que tal «canon es la viga sustantiva de los derechos fundamentales, amén de dintel sostenedor de su estructura regulatoria. Desde esos soportes levanta un dique de contención protector que filtra y dosifica un caudal de proyecciones ético-valorativas» (F. ALEMÁN PÁEZ, *Prostitución masculina y trabajo sexual: comentario a la STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2019*, en *Jurisdicción Social*, 2020, n. 210, p. 44).

⁵⁰ Según dictaminó el Tribunal Federal Constitucional Alemán abordando el alcance del artículo primero de la Ley Fundamental de Bonn: «Este sistema valorativo, que encuentra su punto medio para la comunidad social en el libre despliegue de la personalidad humana y en su dignidad, tiene validez, en cuanto decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la Administración y la jurisprudencia reciben de ella su dirección e impulso. Así, por supuesto, ejerce influencia también en el derecho civil, de modo que ninguna prescripción de carácter jurídico civil puede estar en contradicción con ella, todo debe ser interpretado conforme a su espíritu» (Tribunal Federal Constitucional Alemán, asunto *Luth*, *BVerfGE* 7, 198 27).

eventuales excesos legislativos, sería inoperativa si la dignidad pudiera ser algo modulable y disponible por el propio legislador. También si la dignidad se caracterizase como un valor personal contingente, que aparece y desaparece según las características subjetivas del individuo o las circunstancias fácticas que lo rodean.

5. La dignidad del trabajo

Llegados a este punto, una vez que hemos explicado los fundamentos de la dignidad y de qué modo esta es un valor inherente a la persona, contamos con los elementos de juicio suficientes para afirmar la dignidad del trabajo. Esta otra operación resultará muy simple, pues en realidad la dignidad del trabajo es una derivada o proyección de la dignidad del individuo que lo ejecuta, *id est*, de la persona trabajadora. Tal razonamiento aparece solventemente expuesto en la obra que aquí nos ha servido como principal referente: *La dignidad del trabajo* de Melendo. Según allí se lee:

La categoría del trabajo deriva, para cada individuo, de su intrínseca dignidad personal. Pero, esa dignidad se encuentra en algún modo desdoblada en los dos elementos que consuman la excelencia del hombre: el acto personal de ser y el amor. En consecuencia, la valía de la propia tarea procederá originaria y fundamentalmente de la índole personal de quien lo pone por obra, y complementaria o conclusivamente del amor con que lo realice⁵¹.

Tal y como se ve claramente, y aunque no estemos aquí en condiciones de abundar demasiado en ello, podemos identificar dos fundamentos de la dignidad del trabajo que casan con las dos categorías de la dignidad humana que señalábamos más arriba: uno sería la *dignidad ontológica* de su ejecutor, otro, la *dignidad adquirida* que este alcanza cuando se mueve por una actitud fraternal o colaborativa hacia sus semejantes. Veamos por separado cada uno de ellos.

5.1. La dignidad ontológica del trabajo

El primero de los fundamentos de la dignidad del trabajo reside en su carácter personalísimo. Salvo en determinados ámbitos y de manera impropia, no catalogamos como trabajo las operaciones productivas que

⁵¹ T. MELENDO, *La dignidad del trabajo*, Rialp, 1992, p. 67.

desempeña, por ejemplo, un robot o un algoritmo. El trabajo, así se califica legislativamente, es una actividad personal o personalísima. En la medida que involucra a la persona que lo ejecuta, el trabajo es parte de su ser y ostentará, por extensión, la dignidad intrínseca de dicha persona. En tal sentido, según resolvió en el medievo Tomás de Aquino:

nuestro ser es un cierto acto. Nuestro ser es vivir y, en consecuencia, obrar, puesto que no existe vida que no se exprese en operaciones. Por otro lado, el que realiza actualmente algo es en cierta manera la obra que lleva a cabo, pues el acto del que mueve y el acto del que obra se encuentran en lo movido y en lo realizado. Y por eso los artesanos, los poetas y los benefactores aman su propia obra, porque aman su propio ser. Ya que es natural que cada uno ame su ser⁵².

En este punto esperamos resolver una aparente contradicción. Y es que, según la definición de la dignidad que hemos tomado como premisa, esta connota la valía inmanente de una determinada realidad, algo que es en sí mismo valioso. El trabajo, sin embargo, en la mayoría de sus caracterizaciones, es una actividad que se despliega con vistas en algún fin que lo trasciende. A diferencia de otras actividades personales, como el deporte, la contemplación o el ocio, que constituyen un fin en sí mismo, la actividad laboral se realiza con vistas a otro fin superior, para la obtención de algún rendimiento, para nosotros o nuestros semejantes, y ese otro fin último que se persigue con el trabajo es, necesariamente, más valioso que el propio trabajo, «y esto por la razón – elemental, pero profundísima – de que, siendo el fin lo que da sentido al proceso en su integridad y a cuanto en él interviene, “es necesario que el fin sea más excelente que todas aquellas cosas que se ordenan a él”»⁵³. Esta inteligencia bien nos podría conducir a descartar la dignidad del trabajo en la medida que este no es una realidad valiosa en sí misma, pero recordemos que, en este caso, cuando nos referimos a la dignidad del trabajo, hablamos de una dignidad proyectada;

⁵² T. DE AQUINO, *In IX Ethic.*, lect. 7, n. 1846. Tomo la cita de T. MELENDO, *La dignidad del trabajo*, cit., p. 59. En esta misma sede, encontramos otra cita, ahora de Etienne Gilson, que vendría a refrendar esta posición: «Lo que hacemos o producimos es nuestro; pues si somos responsables de los actos que realizamos y poseedores legítimos del producto de nuestro trabajo, es porque, como esos efectos no eran primeramente sino nosotros mismos como causas, somos también quien existimos en ellos en ser de efectos. Los dramas de Shakespeare, las comedias de Molière y las sinfonías de Beethoven no son sólo de Shakespeare, de Molière y de Beethoven, sino que son Shakespeare, Molière y Beethoven mismos, a tal unto que podemos preguntarnos si no son la mejor parte y como la cúspide de su personalidad» (E. GILSON, *El espíritu de la filosofía medieval*, Rialp, 1981, p. 95).

⁵³ T. MELENDO, *La dignidad del trabajo*, cit., p. 76, lo entrecorrellado dentro de la cita corresponde a Tomás de Aquino, *De Potentia*, q.5, a.5.c.

por tanto, ese carácter instrumental del trabajo resulta anulado o superado por la condición humana de su ejecutor, que proyecta su singular valía sobre las distintas operaciones con las que – en términos metafísicos – manifiesta y perfecciona su ser. De este modo, si pensamos en la función productiva de un robot y la que desempeña una persona, concluiremos de forma pacífica que será la segunda de estas la que consideremos merecedora de un singular respeto, aunque la primera, la mecanizada, arroje un mejor saldo productivo. Así se explica el prolijo estatuto jurídico que protege al trabajo humano que denominamos derecho laboral, cuyo objetivo genuino es «asegurar el respeto a la dignidad del trabajador»⁵⁴. La causa de esa especial tutela jurídica reside, obviamente, en la condición personal del operario. En efecto, afirmamos que el trabajo ostenta una dignidad ontológica, pero no como actividad productiva objetivamente considerada, sino que tal dignidad es proyectada por la persona trabajadora a quien involucra. Siguiendo otra vez a Melendo: «Todas las operaciones humanas, entre las que necesariamente han de incluirse las que configuran el trabajo humano, gozan de idéntica eminencia por pertenecer a una misma persona y constituir la manifestación conclusiva de un mismo acto de ser: todas poseen la dignidad de *lo personab*»⁵⁵.

5.2. La dignidad adquirida a través del trabajo

Esta última reflexión nos ayuda a introducir las subsiguientes líneas: Decimos que el trabajo es una actividad mediadora, que se realiza con vistas a algún fin concreto. ¿Es el dinero o cualesquiera otros bienes materiales los fines que nos mueven al trabajo? Sí y no. En efecto, al trabajar buscamos obtener los insumos esenciales para la existencia, para nosotros y nuestros familiares o allegados. También, al trabajar, nos proponemos brindar alguna utilidad a una sociedad dada, contribuir al bien común. El salario y los bienes materiales que se producen son, así, los fines del trabajo, pero no los fines últimos: al término de la secuencia causal aparece la persona, que es la destinataria última del esfuerzo laboral, bien sea la propia persona trabajadora o sus semejantes, en su círculo más íntimo o en un entorno social más amplio. La causa inmediata del trabajo es producir un bien y obtener un salario, pero este bien y este salario se dirigen a perfeccionar, en

⁵⁴ J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, 2005, p. 27. En extenso sobre el lugar preeminente como valor supremo que ocupa la dignidad en el Derecho del Trabajo, p. 50 ss. En este mismo sentido, entre otros muchos, J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 242.

⁵⁵ T. MELENDO, *La dignidad del trabajo*, cit., p. 58.

última instancia, como fin mediato, a la persona.

Solo cuando el trabajo adquiere esta orientación, cuando en su fin último encontramos a la persona, es cuando le predicamos, además, una dignidad moral o adquirida. Si por el contrario, la persona, que es un fin en sí mismo, una realidad digna, subordina su actuación a la consecución de elementos que son, por antonomasia, medios – como lo es el dinero –, sin promover con estos ningún propósito superior, entonces podríamos decir que tal persona, con su labor, estaría atenuando su dignidad moral. Volviendo al imperativo categórico kantiano, tal persona se estaría tratando a sí misma como un medio, no como un fin, y no estaría actuando conforme a su propia dignidad intrínseca. Por el contrario, cuando con nuestra labor profesional buscamos el perfeccionamiento personal, en nosotros mismos o en nuestros semejantes, nuestra acción se dirige hacia la promoción de un fin, la persona, dotado de dignidad, *id est*, de una valía intrínseca y absoluta. La persona se entrega así al único fin que admite tal entrega: la propia persona⁵⁶.

Llegados a este punto nos toca preguntarnos de qué modo el trabajo humano contribuye al bien personal, propio o ajeno. Podríamos identificar hasta tres modos complementarios:

a) Al promover la propia perfección del trabajador. Con el trabajo, la persona transforma la naturaleza, desplegando así una de las funciones que le son propias, ontológicamente hablando. Además, a través del trabajo el sujeto busca su propia autonomía, su emancipación. Está dirigido, por tanto, al desarrollo de la propia persona que lo ejecuta, y esta, ya lo sabemos, es un fin en sí mismo. Trayendo una admonición de Søren Kierkegaard:

La perfección consiste en trabajar. No es como suele exponerse de la manera más mezquina, que es una dura necesidad eso de tener que trabajar para vivir; de ninguna manera, es precisamente una perfección eso de no ser toda la vida un niño, siempre a la zaga de los padres que tienen cuidado de uno, tanto mientras viven como después de muertos. La dura necesidad

⁵⁶ Llegados a este punto debemos aclarar que afirmar la dignidad asociada al trabajo, tal y como aquí hacemos, no equivale exaltar este a toda costa o definirlo como la actividad primordial a la que el ser humano deba consagrar su existencia. El trabajo por el trabajo – diagnosticado patológicamente, en ocasiones, como adicción al trabajo – no incorporaría ninguna dignidad moral, ya que el sujeto se implica en una actividad que es, por definición instrumental, sin atender a un fin que justifique tal implicación. Al poner en el centro del análisis siempre a la persona, estamos obligados a ponderar el papel que debe ocupar el trabajo para no sacrificar otras facetas vitales que contribuyen a su perfeccionamiento, lo cual ocurre, verbigracia, cuando el sujeto trabajador desatiende por completo sus relaciones personales o familiares, cuando la vinculación al trabajo absorbe por completo el tiempo destinable a su propio crecimiento.

– que, sin embargo, cabalmente refrenda lo perfecto en el hombre – se hace precisa solo para obligar, a quien no quiere reconocerlo por las buenas, a que comprenda que el trabajo es una perfección y no sea recalcitrante en no ir alegre al trabajo. Por eso, aunque no se diese la así llamada dura necesidad, sería con todo una imperfección el que un hombre dejase de trabajar⁵⁷.

b) También permite el trabajo la perfección de la persona, en este caso, la persona ajena, cuando el operario busca con su actividad profesional un rendimiento económico suficiente para el cuidado de sus seres más afines:

Existe una muy estrecha conexión entre amor y trabajo. Hace muy poco expuse, siguiendo a Aristóteles, que amar es «querer el bien para otro». Ahora añado que para que el amor sea pleno, ese querer debe resultar eficaz: esto es, ha de dispensar efectivamente a la persona amada lo que constituye el bien para ella. No bastan las buenas intenciones, ni siquiera una más o menos determinada determinación de la voluntad que no culmina en obras. ¡Hay que lograr ese provecho!... o, al menos, poner todos los medios a nuestro alcance para conseguirlo. Pero la gran mayoría de los bienes reales, objetivos y con frecuencia indispensables que podemos ofrecer a nuestros conciudadanos se obtienen gracias al trabajo profesional⁵⁸.

c) Por último, el trabajo promueve la dignidad moral de la persona en la medida que toda actividad laboral es una contribución personal al progreso social y al bienestar de la comunidad. Esto ocurre de manera reforzada en una sociedad como la nuestra, caracterizada por una alta división del trabajo, que promueve una intensa reciprocidad personal. Quizás fue Durkheim quién ahondó más en esta idea cuando encontró en la interdependencia entre los distintos oficios «lo que da el valor moral a la división del trabajo». Para el sociólogo francés, será la especialización profesional lo que permite al individuo «adquirir conciencia de su estado de dependencia frente a la sociedad; de ella vienen las fuerzas que le retienen y le contiene. En una palabra, puesto que de la división del trabajo deviene la fuente eminente de la solidaridad social, llega a ser, al mismo tiempo, la base del orden moral»⁵⁹. Con menor rigor metodológico, pero expresando esta misma conclusión, encontramos una reflexión de Albert Einstein que nos parece ahora especialmente oportuna:

Curiosa es nuestra situación de hijos de la Tierra. Estamos por una breve

⁵⁷ S. KIERKEGAARD, *Los lirios del campo y las aves del cielo*, Guadarrama, 1963 (orig. 1843), p. 88.

⁵⁸ T. MELENDO, *El trabajo, también al servicio del amor*, en www.almudi.org, 26 abril 2013.

⁵⁹ E. DURKHEIM, *La división del trabajo social*, Akal, 2001 (orig. 1893), p. 270.

visita y no sabemos con qué fin, aunque a veces creemos presentirlo. Ante la vida cotidiana no es necesario reflexionar demasiado: estamos para los demás. Ante todo, para aquellos de cuya sonrisa y bienestar depende nuestra felicidad; pero también para tantos desconocidos a cuyo destino nos vincula una simpatía. Pienso mil veces al día que mi vida externa e interna se basa en el trabajo de otros hombres, vivos o muertos. Siento que debo esforzarme por dar en la misma medida en que he recibido y sigo recibiendo. Me siento inclinado a la sobriedad, oprimido muchas veces por la impresión de necesitar del trabajo de los otros⁶⁰.

5.3. Excurso incompleto sobre la eventual indecencia del trabajo

Desde estos razonamientos, obviamente, cabría calificar como indignas aquellas actividades profesionales que ilegítimamente se proponen atentar contra la dignidad de otros seres humanos. No habría demasiado disenso si calificamos como indigna la actividad profesional de un sicario, a pesar de que ejerza una actividad en la que implica a su ser personal. Así, excepcionalmente, cabría identificar trabajos verdaderamente indecentes, pero esta indecencia no deriva de la precariedad que pudiera revestir a estas ocupaciones, sino del móvil subjetivo que impulsa al trabajador, que en el ejemplo expuesto es la obtención de un lucro, ignorando la dignidad de otras personas, a las que utiliza como medios para su propio enriquecimiento. Nuevamente aquí, insistimos en que la dignidad humana es un reducto infranqueable, contra el que solo puede atentar efectivamente el individuo que la ostenta, cuando no actúa conforme a la misma.

Siendo esto así, una cuestión sobre la que hemos reflexionado mucho es la de aquellas actividades laboriosas que, siendo lícitas, aportan poco o ningún valor social, o aquellas que incluso aportan algún tipo de desvalor. Quizás el ejemplo del asesino a sueldo no excite demasiadas disputas, pero piénsese en otros casos: ¿Es digno el trabajo de un operario empleado en la fabricación de minas antipersonas?⁶¹ ¿Y el de un operador telefónico al que se le encomienda ofertar servicios no demandados por los clientes? Aunque concluyésemos que tales trabajos no contribuyen al bien común de una sociedad determinada – y eso ya sería una opinión que muchos podrían recusar –, todavía pueden estar orientados por una vocación de servicio interpersonal. Así ocurre si con ellos se busca, por ejemplo, el mantenimiento de las personas afines al trabajador. No puede obviarse el

⁶⁰ A. EINSTEIN, *Mi visión del mundo*, Tusquets, 1980 (orig.1934), p. 178.

⁶¹ Este ejemplo no es arbitrario, lo tomamos de D. PECCOUD (dir.), *op. cit.*, p. 42, donde se califica como «un trabajo intrínsecamente indigno».

modelo socio-político que nos rige, caracterizado por la división capital/trabajo, en la que el operario sustenta su existencia y la de los suyos enajenando su fuerza de trabajo, sin ostentar apenas capacidad decisional en el proceso productivo. Además, al valorar esta cuestión debe aceptarse el alto grado de subjetividad que existe a la hora de determinarse las actividades valiosas para la colectividad. Un empleado en una fábrica de armas, por seguir con el ejemplo anterior, puede afrontar su tarea con verdadera vocación de servicio si parte del convencimiento de que las actividades de defensa resultan ineludibles para el mantenimiento de la paz nacional o global.

Todas estas consideraciones impiden resolver apriorística y categóricamente qué tipos de trabajos contribuyen a acrecentar o atenuar la dignidad moral de la persona, qué trabajos son más o menos decentes. Aunque nos parece una cuestión nuclear, sobre la que proceden muchas más inquisiciones, resulta irrelevante abordarla aquí, pues, fuese cual fuere nuestra postura definitiva, en nada afectaría a la razón por la que cuestionamos el eslogan institucional del trabajo decente. Es decir, aun admitiendo que un sujeto puede devaluar su dignidad personal instrumentalizando con su trabajo su propia vida y la de sus semejantes, esta devaluación provendría del propio sujeto cuya dignidad se ve implicada, nunca de causas exógenas. En otras palabras, todavía en este caso, la indecencia o indignidad del trabajo no provendría, como institucionalmente se sostiene, de las condiciones materiales en las que se ejecuta.

5.4. Recapitulación sobre las características del trabajo humano de las que emana su especial valía

Así, en síntesis apretada de lo expuesto, cabe afirmar que con el trabajo el operario perfecciona su ser y se pone al servicio de otros seres. De este modo, goza el trabajo de una dignidad ontológica, por la mera cualidad personal de su prestador, y de una dignidad moral o adquirida, en cuanto se dirige a la colaboración con sus semejantes. Si se nos permite una última cita que, siendo extensa, recoge elocuentemente estas dos connotaciones del trabajo, acudamos a las consideraciones sobre el particular que emitieron Karl Marx y Friedrich Engels:

En mi producción realizaría mi individualidad, mi peculiaridad. Al trabajar gozaría de una manifestación individual de mi vida, y al contemplar el objeto producido me alegraría conocer mi propia personalidad, como una potencia

actualizada, como algo que se podría ver y coger, algo concreto y nada incierto. El uso y goce que obtendrías de mi producto me proporcionaría la inmediata y espiritual alegría de satisfacer por mi propio trabajo una necesidad humana, de cumplir la naturaleza humana y de procurar a otro el objeto que necesita. Tendría conciencia de ser el mediador entre tú y el género humano, de ser experimentado y reconocido por ti como un complemento de tu propio ser y como una parte indispensable de ti mismo, de estar recibido en tu espíritu y tu amor. Al aprovechar lo que produce, me harías experimentar la alegría de cumplir tu vida por el cumplimiento de la mía, y de confirmar así en mi trabajo mi verdadera naturaleza, es decir, mi sociabilidad humana⁶².

En la medida que tales características del trabajo no quedan adulteradas por la degradación de las condiciones materiales en las que se presta, es por lo que afirmamos que el trabajo es, en sí mismo, una actividad digna o, cuanto menos, que su dignidad o su decencia no dependen del comportamiento contractual del empleador. Obviamente, este comportamiento debe ser justo, consensuado y respetuoso de unos estándares mínimos de calidad material, pero, en cualquier caso, si así no fuese, si el empresario no actuase de este modo, estaríamos ante una *conducta patronal indigna*, pero nunca ante un *trabajo indigno*. Dicho de otro modo: no puede tacharse de indigna la actividad de un sujeto que se somete a condiciones laborales draconianas para sostener materialmente la existencia de sus familiares y proporcionar un servicio útil a su comunidad. Tal actividad, insistimos una vez más, será digna de toda dignidad, aunque la conducta sinalagmática de su empleador no sea consecuente con tal dignidad. En la medida que este último no respete la dignidad personal de sus trabajadores, estará restando decencia moral a su propio comportamiento, pero nunca al del operario. Un tanto de lo mismo ocurre cuando el ordenamiento normativo no promueve unas condiciones laborales equitativas. En ese caso, tal déficit debería subsanarse para proteger la dignidad personal del trabajador frente a posibles agresiones, pero en tanto eso no ocurra, dicha omisión legislativa no comprometerá la dignidad o decencia de la actividad que ejecuta el trabajador. En mayor simplicidad de términos y según lo ya expresado: la dignidad no puede concederse o arrebatarse externamente.

Aunque aclaramos nuestra postura al comienzo de este ensayo, no está de más insistir en que, al afirmar tal cosa, la dignidad consustancial del trabajo, no estamos despreocupándonos de las circunstancias materiales que lo rodean ni estimamos por ello que su mejora sea menos apremiante. Antes

⁶² K. MARX, F. ENGELS, *Gesamtausgabe. Erste Abteilung. Band 3*, Marx Engels Verlag, 1932. Tomo la cita de T. MELENDO, [El trabajo, también al servicio del amor](#), cit.

al contrario, al tomar cuenta del componente humano que aparece implicado en las relaciones de trabajo, nos vemos obligados a exigir una protección integral de este acorde a su singularísima valía, a su dignidad inmanente, lo que exige, no solo un estatuto patrimonial justo, sino un comportamiento recíproco que atienda a las plurales dimensiones de la persona, con inclusión de las que no que son susceptibles de cuantificación económica⁶³.

6. Algunos motivos para reformular el lema del trabajo decente

Para terminar este ensayo nos proponemos enumerar algunas razones por las que, desde nuestro particular punto de vista, sería conveniente reformular el lema del trabajo decente. Con lo que hemos expresado hasta ahora hemos querido justificar porqué esta es una consigna inadecuada, que no condensa la genuina significancia del trabajo humano. Tal conclusión sería empero una frivolidad, un prurito semántico, si no añadiésemos que esa incorrección plantea algunas desventajas trascendentes. En lo que sigue, tratamos de razonar esta otra opinión, indicando los motivos por los que, a nuestro parecer, resulta conveniente la reformulación de este eslogan.

6.1. La necesidad de consenso conceptual para lograr un discurso homogéneo

Un motivo para la reformulación que propugnamos es la necesidad de manejar un concepto unívoco y ecuménico de la dignidad. Ya hemos expresado más arriba cómo un nutrido sector doctrinal venía denunciando el vaciamiento del contenido al que se veía sometida la dignidad como consecuencia de su uso impropio. Según lo ha expresado Delgado Rojas:

Conviene advertir, de inmediato, que el sentido y alcance del concepto de dignidad humana no es ni claro ni unívoco; son la vaguedad e imprecisión sus rasgos característicos. El uso y abuso en el empleo del término y el énfasis con el que se quiere revestir de autoridad y contundencia a los argumentos que de él se sirven, hacen correr el riesgo de convertir la dignidad humana en un concepto vacío de contenido⁶⁴.

Esta imprecisión ha terminado por difuminar el significado de la dignidad

⁶³ A. MÁRQUEZ PRIETO, *La calidad ambiental de las relaciones laborales*, Comares, 2006.

⁶⁴ J.I. DELGADO ROJAS, *op. cit.*, p. 177.

y, lo que es más perjudicial, prescindir de su potencial para lograr una visión humanista y armónica del ordenamiento jurídico-político. En lo que aquí nos incumbe, la formulación del trabajo decente se ideó para conseguir un referente de calidad en las relaciones de trabajo que pudiera ser asimilado por los distintos agentes del planeta. El propósito era introducir un lenguaje compartido que permitirá un diálogo efectivo. Tal objetivo no podrá lograrse de manera satisfactoria sin una aclaración analítica sobre el significado de la decencia o dignidad, pues solo esta labor permitiría un consenso global sobre los términos del debate. La propia OIT se muestra consciente de ello cuando, en sus esfuerzos para esclarecer el significado filosófico del trabajo decente, se propone «identificar una base común relativa a estos factores humanos y establecer así un modelo sólido de trabajo decente (las personas en el centro de las políticas de empleo y la espiritualidad en el centro de cada ser humano)», desde el entendimiento de que «solo ese proceso de consenso nos permitiría observar mejor cómo tales valores son transpuestos y expresados en el ámbito del trabajo y podrían desembocar en normas comunes basadas en los valores que ayudan a la gente a valorarse y hacer lo mismo con su trabajo»⁶⁵.

En lo que hemos constatado, aunque se han hecho esfuerzos encaminados en esa dirección, estos no han sido del todo satisfactorios. La OIT, u otras tantas instituciones que han acogido el lema del *trabajo decente*, no han confrontado aún las diferentes teorías sobre la dignidad humana, ni las han sometido a un proceso analítico-metodológico para dictaminar cuál de ellas expresa más fielmente el contenido de este programa. Por el contrario, todas estas instituciones participan de lo que es una tendencia muy extendida: la apelación al ideal de dignidad de manera imprecisa⁶⁶, separándose, además, de la definición básica de este valor, que es la mayoritariamente aceptada y la consagrada en la DUDH de 1948.

6.2 Algunas implicaciones del disenso en torno a la dignidad para el derecho del trabajo

Ya vimos más arriba como la dignidad humana se había convertido en un concepto filosófico juridificado. Sin embargo, la imprecisión o multivocidad con la que se maneja el concepto de dignidad humana anula o dificulta su operatividad como principio normativo válido. «Sin una adecuada fundamentación [apuntó la profesora Castilla de Cortázar], la

⁶⁵ D. PECCOUD (dir.), *op. cit.*, p. 44.

⁶⁶ *Vid. supra*, nota 41.

dignidad personal y de los derechos humanos, aunque puedan ser reconocidos incluso universalmente, están expuestos a decaer al arbitrio de opiniones humanas mudables e interpretaciones meramente positivistas⁶⁷. Esta deseada labor de fundamentación de la dignidad exige que este concepto se utilice con una mínima uniformidad, sobre todo en un discurso institucional con proyección normativa, como es el del *trabajo decente*.

En lo que más nos toca, la plurivalencia con la que se apela a la dignidad es singularmente perjudicial en nuestra disciplina, el derecho del trabajo, cuyo objetivo genuino es «asegurar el respeto a la dignidad del trabajador»⁶⁸. Sin una conceptualización homogénea sobre el significado de la dignidad, la producción legislativa en esta materia carecería de un referente consistente. Cuando llamamos a reconsiderar el verdadero valor del significado de la dignidad en las relaciones de laborales estamos defendiendo un marco jurídico que se construya sobre la premisa del valor intrínseco de las personas involucradas en el contrato de trabajo. Ya dijimos que, al afirmar la dignidad consustancial al trabajo, *qua* actividad personal, no estamos adoptando una actitud resignada frente al trabajo precario. Muy al contrario, al advertir la presencia de esta dignidad inmanente de la actividad laboriosa, exigimos un estatuto jurídico más ambicioso, que supere una visión patrimonial de las relaciones de trabajo y colme las demandas de un amplio sector doctrinal que, como Márquez Prieto, reivindica «el retorno del sujeto individual a una posición de plena dignidad jurídica, convencido de que el trabajador-individuo debe estar en el centro de la tutela dispensada por el ordenamiento jurídico»⁶⁹. El problema radica, nuevamente, en la inconcreción del significado que atribuimos a este valor. Insistimos en que tal inconcreción es tributaria de una práctica política y normativa muy extendida, de la que el discurso del *trabajo decente* solo es una manifestación más, aunque singularmente relevante en la parcela normativa a la que ahora nos estamos refiriendo. Citando ahora a Ojeda Avilés e Igartua Miró:

si resulta indudable la centralidad de la dignidad en el ámbito laboral, en especial dado el acusado carácter personal de la prestación del trabajador y la posición propicia del empresario para causar lesiones a este principio, hasta el punto de que, como se ha sostenido, *en sede de relación laboral siempre está presente, con mayor o menor intensidad, la cuestión de “dignidad de la persona” del trabajador*, no se ha avanzado mucho en la delimitación del alcance y la virtualidad práctica de ésta en el contrato de trabajo. De esta forma,

⁶⁷ B. CASTILLA DE CORTÁZAR, *op. cit.*, p. 68.

⁶⁸ J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁹ A. MÁRQUEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 45. Quien se apoya, a su vez, en otros referentes de la doctrina italiana, como Treu o Scarpelli.

quedaría mucho camino por recorrer hasta poder llenar de contenido la acepción “trabajo digno”⁷⁰.

6.3. El desplazamiento de la responsabilidad sobre la cuestión social

Por otro lado, si aquí rechazamos el eslogan del *trabajo decente* ello es debido a que con él se produce, implícita e involuntariamente, un desplazamiento de la responsabilidad sobre la cuestión social. Cuando afrontamos la precarización de las relaciones laborales, la indecencia a criticar no debe predicarse del trabajo, que es la actividad que desarrolla el operario, sino de las condiciones a las que este queda sujeto y que son impuestas patronalmente. En este punto nos separamos de algunos autores – solventes y, en este caso, muy estimados – que han sostenido que las acepciones de la palabra decente que encontramos en los idiomas oficiales de la OIT «no sólo son perfectamente aplicables al sustantivo trabajo, sino que incluso son las más idóneas para adjetivarlo»⁷¹. En efecto, aceptaríamos la armonía del sustantivo y el adjetivo cuando se unen de forma descriptiva, para referirse a una realidad, como es, según defendemos, la dignidad consustancial al trabajo. Por el contrario, tal adjetivización no nos parece rigurosa cuando se emplea de forma reivindicativa: esto es, para expresar que la decencia del trabajo es un objetivo a conseguir, lo que presupone la existencia empírica de trabajos indecentes, según la calidad de las condiciones materiales en las que se presta. Cuando desde este discurso institucional se vindica el *trabajo indecente*, se quiere denunciar el injusto régimen al que quedan sometidas muchas relaciones laborales; sin embargo, el adjetivo se aplica al sustantivo, el trabajo, que es la acción del operario, su labor, y no a la conducta patronal o normativa institucional que propicia tal precariedad y que es lo verdaderamente *indecente*, utilizando ahora esta expresión en la segunda de las acepciones reconocidas por la RAE: «correspondiente, conforme al estado o calidad de la persona».

Al igual que hemos hecho en ocasiones anteriores, nos permitimos acudir a un ejemplo rudimentario⁷²: piénsese en el trabajo que efectúa una jornalera

⁷⁰ A. OJEDA AVILÉS, M.T. IGARTUA MIRÓ, *La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n. 73, p. 167. La frase en cursiva es una cita de A. TAPIA HERMIDA, *La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario. Sus funciones. La «dignidad humana» como principio general del Derecho y norma jurídica*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2005, n. 265, p. 118.

⁷¹ F. LOZANO LARES, *op. cit.*, p. 4.

⁷² El caso no es del todo figurado, lo adaptamos en parte, pero aparece referido en las

agraria, acaso en un país en vías de desarrollo y sometida a unas condiciones draconianas, con jornadas habituales de 14 horas, un estipendio ínfimo y sin las más elementales medidas de salubridad. Tal labradora, empero, ejecuta su trabajo con la mayor diligencia, sabiendo que con ella puede conseguir la escolarización de sus hijos, esforzándose por asegurarles un buen futuro. Si siguiésemos el planteamiento de la OIT, deberíamos calificar este, sin duda, como un trabajo indecente⁷³. Sin embargo, nos preguntamos: ¿la acción que ejecuta esta jornalera, *id est*, su trabajo, puede calificarse de forma justa como indecente? Creemos que no, que, por los motivos expuestos, su conducta, su labor, es decente de toda decencia. En consideración, sostenemos que en el discurso del *trabajo decente* se produce una disociación entre el sustantivo, el trabajo, y la realidad que se quiere connotar con el adjetivo indecente, pues lo que se critica desde este enfoque institucional no es la actuación del operario, sino, insistimos, la conducta del empleador o la insuficiencia normativa que tolera unas condiciones materiales al trabajo inapropiadas. ¿Y si en lugar del trabajo decente reivindicamos unas condiciones de trabajo decentes? O, con mayor rigor, ¿una conducta empresarial o una legislación acorde a la dignidad del trabajador? Estas otras formulaciones del eslogan, aun perdiendo fuerza expresiva, incrementan su capacidad transformadora, en la medida que señalan de manera más precisa el verdadero núcleo moral de la cuestión social: la frecuente instrumentalización – algunos la han denominado reificación⁷⁴ – de un ente, como es la persona, que ostenta dignidad y, por tanto, debe ser considerada un fin en sí mismo, no supeditada a la consecución de fines de menor rango valorativo, como los serían todos aquellos de índole material que se deriven del proceso productivo.

6.4. Segregación discursiva de la población obrera

Además, creemos que, con esa misma involuntariedad, el discurso del

consideraciones de J. SOMAVÍA, *op. cit.*, p. 120.

⁷³ *Ibidem*, p. 120. Según allí afirma el exdirector de la OIT: «En mis viajes visito a menudo proyectos relacionados con el trabajo infantil. En India estuve en uno que tenía como objetivo que los niños fueran a la escuela y para ello daba trabajo a las madres. Cuando la familia recibe el primer microcrédito, cuando comienza a considerar posibilidades de trabajo e ingreso, se puede ver y sentir como surge en ella la autoestima. [...] *Lo que se logra en primera instancia no puede calificarse de trabajo decente*, pero sí constituye el primer paso importante hacia él. Tenemos que volver la vista a instrumentos de política que empoderen a la gente para construir dignidad y para avanzar en la dirección correcta» (cursiva nuestra).

⁷⁴ *Vid.* K. MARX, *Manuscritos económico-filosóficos*, Colihue, 2006 (orig. 1844), p. 114.

trabajo decente introduce una cierta segregación en la población obrera, entre los trabajadores ocupados en *empleos dignos* y los contratados en *empleos indignos*. Uno de los mayores avances en el movimiento obrero en el siglo XIX se produjo con la unificación conceptual del trabajo, que se trató como un fenómeno homogéneo y afecto por una problemática común. Sin embargo, tal unificación comenzó a erosionarse con la adhesión creciente de los trabajadores a la llamada *clase media*⁷⁵, o con la posterior estratificación entre trabajadores de cuello blanco y de cuello azul⁷⁶. Según observó Giddens:

Se ha tendido hacia el mantenimiento, e incluso el aumento, del trabajo cualificado; y la categoría de los “semi-cualificados” se ha introducido entre la de los cualificados y la de los no cualificados. Lejos de ser cada vez más homogénea, la clase obrera se ha diversificado cada vez más: las diferencias en el grado de cualificación sirven de base para divisiones de intereses que trascienden la unidad de la clase como un todo⁷⁷.

La distinción discursiva entre trabajos *decentes* y *adecentes* abunda, en nuestra opinión, en esa segregación. Según lo vemos, por encima de determinadas problemáticas que afectan a colectivos específicos – cuestiones de género, discapacidad, edad, etc. – o a determinados sectores profesionales, la cuestión del trabajo presenta características generales, lo que recomienda una concienciación colectiva de identidad unitaria. Tal sentimiento de pertenencia solo puede fomentarse afirmando aquellos valores sociales del trabajo que le son consustanciales, que se dan en todo trabajo, entre ellos su dignidad. Ya nos referíamos más arriba al efecto igualador que expresa la idea de dignidad; añadimos ahora que tal igualdad debe predicarse de las ocupaciones laborales, con independencia del régimen contractual que las ordenan o del reconocimiento social que proporcionan.

6.5. La estigmatización de quien soporta las condiciones de trabajo más precarias

Por similares razones, consideramos que la clasificación *trabajos decentes* vs *trabajos indecentes* genera, de manera, insistimos, no pretendida, cierta estigmatización entre los trabajadores que desempeñan estos últimos. La tan insalubre cultura del éxito hegemónica en las sociedades

⁷⁵ A. GIDDENS, *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Alianza, 1996, p. 61.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 221.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 61.

contemporáneas promueve la minusvaloración social de los sujetos que disfrutaban de unas condiciones materiales de existencia más hostiles. El eslogan del *trabajo decente* asume inconscientemente esa visión materialista del mundo y olvida que lo verdaderamente valioso, lo genuinamente digno, no se encuentra en los objetos del comercio. Cualquier discurso que quiera ser favorable a la población obrera debe romper con ese criterio de estratificación, lo cual pasa, según lo vemos, por afirmar de manera convencida la decencia de toda actividad profesional con independencia de los rendimientos que por ella se obtengan y de las condiciones materiales a las que esté sujeta. Si aceptamos, por el contrario, la premisa sobre la que se construye el discurso del *trabajo decente*, si sostenemos que la dignidad del trabajo depende de las condiciones en las que se presta, deberemos admitir que la labor de aquellos mejor remunerados, o sometidos a un régimen contractual más favorable, es de mejor valía, más digna, que la de aquellos que sufren unas condiciones de trabajo más injustas: ¿es verdaderamente este el discurso sobre el trabajo con el que queremos afrontar la cuestión social de nuestro tiempo?

7. Reflexión recapituladora sobre nuestra posición

Nos proponemos ahora ofrecer una reflexión, en buena medida recapituladora de lo ya dicho, con la que queremos sintetizar nuestra posición en torno al lema del *trabajo decente*. Según hemos constatado, este discurso se enmarca en una tendencia institucional más generalizada, desde la que se apela a la dignidad sin ofrecer una definición precisa de la misma. Esta práctica general recurre así a la dignidad para expresar ideas sumamente heterogéneas e, incluso, contradictorias. El corolario obvio de esta tendencia fue advertido, entre otros muchos, por Ronald Dworkin cuando dictaminó que «el concepto de dignidad se ha desvalorizado a causa de su uso inconsistente y excesivo en la retórica política»⁷⁸.

Para superar este déficit, para lograr una definición unívoca de la dignidad, aunque esto suscite algún recelo, resulta imprescindible acudir a la filosofía. Esto puede suscitar algún rechazo porque cuando nos referimos a la filosofía – incluso a la filosofía jurídica –, parece que entramos en el terreno de lo opinable, del relativismo, es como si asumiésemos una posición que descarta *ad limine* cualquier posibilidad de consenso. De ahí, en lo que ahora nos toca, la pluralidad de las conceptualizaciones de la

⁷⁸ R. DWORKIN, *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 29, visto en J.I. DELGADO ROJAS, *op. cit.*, p. 179.

dignidad que muchos enjuician como inconciliables. Se teme que el recurso a una fundamentación filosófica sea una «puerta de entrada para determinadas éticas particularistas, porque es tan tentador como peligroso el recurso fundamentalista a la dignidad humana»⁷⁹. No obstante, en este caso, creemos que sí es posible atribuir un contenido a la dignidad humana que, aun siendo mínimo – y precisamente por ello –, sea susceptible de *consensus omnium gentium*. Así ocurre, a nuestra forma de ver, si nos limitamos a afirmar que la palabra dignidad expresa algo que es valioso en sí mismo, y que la dignidad humana, por tanto, connota la singularísima valía del ser humano.

La posibilidad de convergencia en torno a esta idealización de la dignidad quedó patente, por lo demás, en la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuando las diferentes cosmovisiones del globo encontraron en esta concepción de la dignidad humana un punto de acuerdo sobre el que construir unas reglas de convivencia universales. Según esta fundamentación consensuada, la dignidad expresaría un valor *innato e inviolable* del ser humano. Dijimos que este punto de comunión sobre la dignidad humana, siendo mínimo, por sí solo tiene consecuencias trascendentalísimas; entre otras, esta idea incorpora la igualación de todos los seres humanos y justifica el respeto irrestricto que merecen.

Sin embargo, ya vimos, este contenido mínimo de la dignidad no es asumido en muchos discursos políticos y textos normativos, lo que precisamente es la causa de la indeterminación de que adolece. No porque estos otros hayan desarrollado una conceptualización alternativa de la dignidad humana, sino porque acuden a este concepto de manera vaga y poco rigurosa, sirviéndose acaso solo de su constatado poder legitimador. En esta dinámica es donde incardinamos el discurso sobre el *trabajo decente* de la OIT, y otras tantas instituciones que lo han acogido. Según este último planteamiento, la dignidad de la persona es algo que se debe *conquistar*, algo que puede *arrebatare* o *degradarse* cuando el operario queda sometido a condiciones laborales injustas⁸⁰. Desde tal premisa, es obvio que el trabajo, actividad humana por antonomasia, no ostentará dignidad a no ser que se adecúe a ciertos estándares normativos de calidad. A esta altura de nuestra exposición queda bien claro por qué discrepamos de este planteamiento. También que, para nosotros, esta discrepancia no es solo una disquisición lingüística, sino que, por contra, la reformulación del lema sobre el trabajo decente, sin revestir urgencia, sí es, en cierta medida, relevante. Y es que el

⁷⁹ A.M. GARCÍA CUADRADO, *op. cit.*, p. 511.

⁸⁰ J. SOMAVÍA, *op. cit.*, *passim*.

uso impropio del lenguaje no es inocuo. No es solo que su uso impreciso haga inoperativo el valor de la dignidad, sino que, en este caso, además, tiene consecuencias, quizás simbólicas, pero que acaban por condicionar nuestro modo de entender el mundo. Así ocurre cuando distinguimos entre trabajos decentes e indecentes, y no lo hacemos según el esmero del operario o su contribución al bien común, sino según las condiciones materiales en las que se presta. Tal distinción empobrece considerablemente la idealización del trabajo, materializándolo en exceso. Además, introduce un desafortunado criterio de estratificación de las actividades laboriosas: al afirmar que el trabajo *gana en decencia* según mejoren las condiciones a las que queda sujeto, debemos concluir, necesariamente – ejemplificamos al absurdo –, que el trabajo de un ejecutivo es más decente que el de un pasante, que la labor de un catedrático es más digna que la de una empleada doméstica, o que el desempeño de un jornalero en un país pobre es más indecente que el de un jornalero en un país rico. Ninguna de las instituciones que enarbolan la consigna del trabajo decente propugna tal cosa, somos conscientes, pero es la idea que se infiere, en términos lógicos, de un discurso que equipara la decencia del trabajo con las condiciones en las que se presta, ignorando así que la fuente de la dignidad del trabajo está en la naturaleza personal de su ejecutor y en el fin que lo orienta, que puede ser, ahora sí, más o menos digno.

Asumimos que al cuestionar críticamente el lema del trabajo decente nos separamos del discurso hegemónico en torno al trabajo en nuestros días; que esta consigna ha calado hondamente en el imaginario colectivo y que, por su expansión generalizada, ostenta cierta presunción de corrección que lo inmuniza frente a cualquier cuestionamiento. En este ensayo solo hemos querido exponer una particular opinión que, aunque hemos intentado argumentar, no aspira a ningún proselitismo. Nuestro objetivo era mucho más modesto y estaría logrado si acaso hemos conseguido suscitar en el lector alguna reflexión al respecto; si este se ha visto animado a cuestionar sinceramente lo que parece pacífico, aunque sea para reafirmarlo, pero ahora desde una posición más reflexiva. Traemos, para cerrar, una reflexión de George Orwell sobre la devaluación del lenguaje y sus implicaciones políticas. Es algo extensa, pero expresa muy bien nuestra posición en este asunto:

Si el pensamiento corrompe el lenguaje, el lenguaje también puede corromper el pensamiento. Un mal uso se puede difundir por tradición e imitación incluso entre personas que deberían saber y obrar mejor. [...] Dije antes que la decadencia de nuestro lenguaje es remediable. Quienes lo niegan argumentarían que el lenguaje simplemente refleja las condiciones

sociales existentes y que no podemos influir en su desarrollo directamente, retocando palabras y construcciones. Así puede suceder con el tono o espíritu general de un lenguaje, pero no es verdad para sus detalles. Las palabras y las expresiones necias suelen desaparecer, no mediante un proceso evolutivo sino a causa de la acción consciente de una minoría. [...] Lo que se necesita, por encima de todo, es dejar que el significado elija la palabra y no al revés. Lo peor que se puede hacer con las palabras es rendirse a ellas. Cuando usted piensa en un objeto concreto, piensa sin palabras, y luego, si quiere describir lo que ha visualizado, quizá busque hasta encontrar las palabras exactas que concuerdan con ese objeto. Cuando piensa en algo abstracto se inclina más a usar palabras desde el comienzo y salvo que haga un esfuerzo consciente para evitarlo, el dialecto existente vendrá de golpe y hará la tarea por usted, a expensas de difuminar e incluso alterar su significado. Quizá sea mejor que evite usar palabras en la medida de lo posible y logre un significado tan claro como pueda mediante imágenes y sensaciones. Después puede elegir – no simplemente aceptar – las expresiones que cubran mejor el significado, y luego ponerse en el lugar del lector y decidir qué impresiones producen en él las palabras que ha elegido. Este último esfuerzo de la mente suprime todas las imágenes desgastadas o confusas, todas las frases prefabricadas, las repeticiones innecesarias y los trucos y vaguedades⁸¹.

8. Bibliografía

ALEMÁN PÁEZ F. (2020), *Prostitución masculina y trabajo sexual: comentario a la STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2019*, en *Jurisdicción Social*, n. 210

BAYLOS GRAU A.P. (2016), *Sobre el Trabajo Decente: la Formación del Concepto*, en *Derecho & Sociedad*, n. 46

BURROW S. (2018), *Decent work is not a slogan*, en www.oecd.org, 28 septiembre

CASTILLA DE CORTÁZAR B. (2015), *En torno a la fundamentación de la dignidad personal*, en *Foro*, n. 1

CHUECA RODRÍGUEZ R.L. (2015), *La marginalidad jurídica de la dignidad humana*, en R.L. CHUECA RODRÍGUEZ (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

DE MIGUEL BERIAIN I. (2005), *La dignidad humana, fundamento del Derecho*, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, n. 27

DELGADO ROJAS J.I. (2018), *Dignidad humana*, en *Eunomía*, n. 15

⁸¹ G. ORWELL, *La política y el idioma inglés*, en letraslibres.com, 30 junio 2004 (orig. 1946).

- DURKHEIM E. (2001), *La división del trabajo social*, Akal
- DWORKIN R. (2014), *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica
- EINSTEIN A. (1980), *Mi visión del mundo*, Tusquets
- ESCOBAR ROCA G. (dir.) (2012), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi
- EUROPEAN COMMISSION (2021), [Decent work and economic growth](#), en [ec.europa.eu](#), 18 septiembre
- FERNÁNDEZ SEGADO F. (coord.) (2008), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de Derecho público*, Dykinson
- FERRER SANTOS U. (1996), *La dignidad y el sentido de la vida*, en *Cuadernos de Bioética*, n. 26
- GARCÍA CUADRADO A.M. (2012), [Problemas constitucionales de la dignidad de la persona](#), en [Persona y Derecho, n. 67](#)
- GIDDENS A. (1996), *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Alianza
- GIL Y GIL J.L. (2012), *Concepto de trabajo decente*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 15-18
- GILSON E. (1981), *El espíritu de la filosofía medieval*, Rialp
- GOODMAN M. (2005), [Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence](#), en [Nebraska Law Review](#), vol. 84, n. 3
- GUTMANN T. (2019), *Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana*, en *Estudios de Filosofía*, n. 59
- HABERMAS J. (2010), *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*, en *Metaphilosophy*, vol. 41, n. 4
- KANT I. (1996), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Austral
- KIERKEGAARD S. (1963), *Los lirios del campo y las aves del cielo*, Guadarrama
- LEVAGGI V. (2004), [¿Qué es el trabajo decente?](#), en [www.ilo.org](#), 9 agosto
- LOZANO LARES F. (2016), [La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 4
- MÁRQUEZ PRIETO A. (2006), *La calidad ambiental de las relaciones laborales*, Comares
- MARTÍNEZ SORIA J. (2012), *La constitución de los principios*, en G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi
- MARX K. (2006), *Manuscritos económico-filosóficos*, Colihue
- MARX K., ENGELS F. (1932), *Gesamtausgabe. Erste Abteilung. Band 3*, Marx Engels Verlag

- MELENDO T. (2021), *Introducción a la antropología. Apuntes de curso sobre la dignidad personal y la familia*, Edufamilia
- MELENDO T. (2013), [El trabajo, también al servicio del amor](#), en www.almudi.org, 26 abril
- MELENDO T. (2012), *El ser humano: desarrollo y plenitud*, Ediciones Internacionales Universitarias
- MELENDO T. (1992), *La dignidad del trabajo*, Rialp
- MILLÁN-PUELLES A. (1984), *Léxico filosófico*, Rialp
- MONEREO PÉREZ J.L. (2019), *La dignidad del trabajador*, Laborum
- MUNCH I. (2009), *La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán*, en *Foro*, n. 9
- OEHLING DE LOS REYES A. (2015), [La dignidad de la persona: evolución histórico filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales](#), Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid
- OIT (2002), *Actas de la nonagésima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*
- OIT (2002), *Informe sobre la aplicación del programa de la OIT en 2000-2001. Memoria del Director General*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90ª reunión
- OIT (2001), *Informe correspondiente al año 2000-2001 presentado por el Presidente del Consejo de Administración a la Conferencia*, en OIT, *Actas de la octogésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*
- OIT (2001), [Reducir el déficit de trabajo decente – un desafío mundial. Memoria del Director General. Informe 1 A](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión
- OJEDA AVILÉS A., IGARTUA MIRÓ M.T. (2008), *La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 73
- ORWELL G. (2004), [La política y el idioma inglés](#), en letraslibres.com, 30 junio
- PECCOUD D. (dir.) (2006), [El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales](#), OIT
- PECES-BARBA MARTÍNEZ G. (2010), *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson
- REY PÉREZ J.L. (2011), *El discurso de los Derechos Humanos. Una introducción a los Derechos Humanos*, Universidad Pontificia de Comillas
- SAGARDOY BENGOCHEA J.A. (2005), *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas
- SASTRE CASTILLO M.Á. (1995), *Outplacement. Una aproximación a su realidad teórica*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 6
- SOMAVÍA J. (2014), [El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana](#), OIT

SPAEMANN R. (1988), *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Persona y Derecho*, n. 19 (orig.: *Über den Begriff der Menschenwürde*, en R. SPAEMANN, *Das Natürliche und das Vernünftige: Aufsätze zur Anthropologie*, Piper, 1987)

STARCK C. (2008), *La dignidad del hombre como garantía constitucional*, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de Derecho público*, Dykinson

TAPIA HERMIDA A. (2005), *La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario. Sus funciones. La «dignidad humana» como principio general del Derecho y norma jurídica*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 265

VITERI C., DAMARIS D. (2012), *La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional Federal alemán*, en *Estudios de Derecho*, n. 153

WALDRON J. (2019), *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia

WEINRIB J. (2016), *Dimensions of dignity. The theory and practice of modern constitutional law*, Cambridge University Press

Impacto de la sustitución del trabajador por la máquina, en especial la robotización. Oportunidad y/o amenaza

Ydangely TROPIANO*
Atilio NOGUERA**

RESUMEN: Con el avance tecnológico ha dado la tendencia de examinar los posibles cambios que originarán en el presente y futuro en los lugares de trabajo. La viable sustitución del trabajador por una máquina, producto de las innovaciones tecnológicas, nos hace replantear si en el futuro habrá menos oportunidad de empleo o transformaciones en los puestos de trabajos que motive incluso a la reducción de la jornada de trabajo o que simplemente se contrate a personas para tareas específicas y especializadas. Industria 4.0, robotización, teletrabajo, entre otras, hacen apuntar que en el futuro habrá cambios importantes en el sector laboral e incluso la pandemia Covid-19 ha sido un factor que ha contribuido a la implementación del uso de la robotización, como un medio de prevención en seguridad y salud y de colaboración para disminuir la carga al personal. Sin embargo, en el fondo surgen una serie de hipótesis: ¿en el futuro habrá menos oportunidad de empleo o transformaciones en los puestos de trabajos que motive incluso a la reducción de la jornada de trabajo o que simplemente se contrate a personas para tareas específicas y especializadas? ¿Será que los empleados están preparados psicológicamente a los cambios que están por venir? ¿Este cambio será global? ¿Tendrá eficacia y conveniencia en todos los países? ¿Qué ocurrirá? ¿Remplazará a los humanos? ¿Qué efectos sociales y económicos tendrá? También surge la inquietud hasta qué tanto al empresario le conviene sustituir algunos puestos de trabajos por máquinas: ¿será más rentable tener robots en vez de humanos? Por ello, el propósito de esta investigación es evaluar los escenarios, las oportunidades y las amenazas que la automatización, en especial la robotización, tendrá hacia el trabajador y el empresario, desarrollado a través de una investigación cualitativa basada en un estudio de doctrina, normas, derecho comparado internacional y el resultado de encuesta; concluyendo que el futuro que nos espera es que los robots terminarán siendo nuestros colaboradores en actividades de trabajo y domésticas, cooperarán a que nuestra vida se desarrolle con menos complejidad, caracterizado de fortalezas y oportunidades para el empleador y los trabajadores, pero dependiendo del trato y la actitud del ser humano en

* Miembro de Aprendizaje Jurídico; Profesora de Regímenes Especiales, Universidad Santa María (Venezuela); Profesora de Derecho del Trabajo y Salud Ocupacional, Instituto Universitario de Mercadotecnia (Venezuela).

** Miembro de Aprendizaje Jurídico; Coordinador de Postgrado y Profesor de Medios Alternos de Solución de Conflictos y Seguridad Social, Universidad Central de Venezuela, Universidad Santa María (Venezuela); Profesor de Derecho del Trabajo y Salud Ocupacional, Instituto Universitario de Mercadotecnia Extensión (Venezuela).

su diseño y creación podría convertirse en una amenaza y por consiguiente un daño para el trabajador.

Palabras clave: Automatización, robotización, pandemia, postpandemia, trabajo.

SUMARIO: 1. Preámbulo. 2. Robotización y tipos. 3. El escenario de la robotización desde el pasado al futuro en el ámbito laboral. 4. Resultado y análisis de la encuesta sobre el impacto de la sustitución del trabajador por la máquina, en especial la robotización. 5. La robotización como oportunidad y/o amenaza. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

The Impact of Automation on Workers: Threat or Opportunity?

ABSTRACT: With technological advancement, there has been the tendency to examine the possible changes that will originate in the present and future in the workplace. The viable replacement of the worker by a machine, as a result of technological innovations, makes us rethink whether in the future there will be less job opportunities or transformations in jobs that will even motivate the reduction of the working day or simply hiring people for specific and specialized tasks. Industry 4.0, robotization, teleworking, among others, point out that in the future there will be important changes in the labour sector and even the Covid-19 pandemic has been a factor that has contributed to the implementation of the use of robotization, as a means of prevention in health and safety and of collaboration to reduce the burden on staff. However, in the background a series of hypotheses arise: in the future there will be less job opportunity or changes in jobs that motivate even the reduction of the working day or that people are simply hired for specific and specialized tasks? Could it be that employees are psychologically prepared for the changes to come? Will this change be global? Will it be effective and convenient in all countries? What will happen? Will it replace humans? What social and economic effects will it have? The concern also arises to what extent is it convenient for the employer to replace some jobs with machines: will it be more profitable to have robots instead of humans? Therefore, the purpose of this research is to evaluate the scenarios, opportunities and threats that automation, especially robotization, will have towards the worker and the employer, developed through qualitative research based on a study of doctrine, norms, international comparative law and the results of the survey; concluding that the future that awaits us is that robots will end up being our collaborators in work and domestic activities, they will cooperate so that our life develops with less complexity, characterized by strengths and opportunities for the employer and workers, but depending on the treatment and the attitude of the human being in its design and creation could become a threat and consequently a harm to the worker.

Key Words: Automation, robotization, pandemic, post-pandemic, work.

1. Preámbulo

Con el avance tecnológico ha dado la tendencia de examinar los posibles cambios que originarán en el presente y futuro en los lugares de trabajo. La viable sustitución del trabajador por una máquina producto de las innovaciones tecnológicas nos hacen replantear si en el futuro habrá menos oportunidad de empleo o transformaciones en los puestos de trabajos que motive incluso a la reducción de la jornada de trabajo o que simplemente se contrate a personas para tareas específicas y especializadas.

La industria 4.0, la robotización, el teletrabajo, entre otras hacen apuntar que en el futuro habrá cambios importantes en el sector laboral e incluso la pandemia Covid-19 ha sido un factor que ha contribuido a la implementación del uso de la robotización, como un medio de prevención en seguridad y salud y de colaboración para disminuir la carga al personal, entre otras; sin embargo, nos preguntamos ¿será que los empleados están preparados psicológicamente a los cambios que están por venir? ¿este cambio será global? ¿tendrá eficacia y conveniencia en todos los países?

A tal efecto, con el Covid-19 aprendimos y también nos inculcaron que el ordenador es un elemento primordial de nuestra vida laboral, generando una transformación en la mayoría de los lugares de trabajo, haciendo convertir en una herramienta esencial donde el empleado debe tener o adquirir las habilidades y conocimientos para el uso, pero surge la intriga hasta qué punto la automatización cambiará la vida de los trabajadores ¿qué ocurrirá? ¿reemplazará a los humanos? ¿qué efectos sociales y económicos tendrá? También surge la inquietud, hasta ¿qué tanto al empresario le conviene sustituir algunos puestos de trabajos por máquinas? ¿será más rentable tener robots en vez de humanos?

Por ello, que el propósito de esta investigación es evaluar los escenarios, las oportunidades y las amenazas que la automatización, en especial la robotización tendrá hacia el trabajador y el empresario. Este trabajo se desarrollará a través una investigación cualitativa con el análisis de la doctrina, normas, derecho comparado internacional y cuestionario (encuesta).

2. Robotización y tipos

Se define robot como aquella entidad automática o máquina automática compuesta por un sistema electromagnético y por mecánica artificial, y son clasificados dependiendo si su forma es humana y androide o es un brazo robótico, cuya finalidad es la realización de tareas de forma automatizada

con el objeto de complementar o reemplazar las capacidades y habilidades de los seres humanos.

En el ámbito laboral se ha creado diversos robots destinados a colaborar en las actividades que desempeñan los trabajadores, sean porque tienen un alto nivel de riesgo o porque son rutinarias, pesadas, repetitivas y mecanizadas.

Entre los sectores que se han implementado, están:

- hoteles, bares y restaurantes como robots mayordomos y robots cocineros;
- sector de servicios y sector industrial, aeronáutico y aeroespacial;
- industria armamentística, seguridad y vigilancia;
- robots espaciales, exploradores, de rescate y de investigación;
- robots educativos y en la medicina, como los robots quirúrgicos;
- sector de la banca y las finanzas por medio de los *bots* y *chatbots*.

La diferencia entre un robot y el *bot*, es que el robot es tangible, en virtud que dispone de mecanismos físicos, en cambio un *bot* se encuentra dentro de un software con un sistema virtual en el *cloud* (nube), sin embargo, es considerado como robot que es usual su aplicación en servicios financieros, banca y educación.

En el sector industrial encontraremos el robot colaborativo también denominado *cobots*, que son aquellos que pueden compartir las tareas con los humanos, es decir, trabaja conjuntamente con el trabajador aplicando sensores que controlan los 360 grados que rodea el robot y así como para evitar atrapamientos en las pinzas, garras y *gripper* de los brazos robóticos.

Los *cobots* tienen un costo económico lo cual es considerado una ventaja para las pequeñas y medianas empresas, que desean automatizar sus procesos a diferencia del robot industrial antropomórfico, pero al final todo ello dependerá de las actividades a desarrollar la organización, ya que son útiles para tareas de poco peso, de menor velocidad y para adaptarse con facilidad a cambios de trabajo, realizando diferentes movimientos y tareas más específicas, en cambio los robots industriales son de grandes dimensiones y son funcionales para tomar objetos de gran peso y realizar tareas de larga duración.

Están los robots de servicios que son considerados aquellos destinadas a facilitar la vida de las personas, es decir, de realizar tareas útiles para las personas a diferencia del robot industrial que esta dedicado a la automatización de las tareas, conforme lo indica IFR. Estos robots pueden ser manejados de forma autónoma o mediante control remoto y han sido implementados para sustituir trabajos forzados, repetitivos, aburridos, peligrosos, como aquellas tareas de vigilancia, seguridad, mensajería, cocina, limpieza, entre otras.

Los robots sociales están perfilados para ayudar a los adultos mayores, a las

personas que padecen de enfermedades como el Alzheimer y cuidar a niños, pero también incluye al sector de salud en el cuidado y atención de pacientes, siendo considerado como robots colaborativos donde tienen la facilidad de desarrollar sus funciones en forma autónoma en conjunto con los humanos, teniendo la forma de robot humanoide, androide o zoomorfos. Entre sus funciones se encuentra en resguardar a las personas las 24 horas del día, vigilar la medicación o la comida, a su vez tienen la destreza de trabajar con personas dependientes y con dificultades especiales.

El robot humanoide es un robot en los cuales los brazos, la cabeza y los pies son reproducidos en similitud al humano, pudiendo ser bípedos o desplazarse por medio de plataforma con ruedas en la parte inferior, y estos robots tratan de simular a las personas en especial las expresiones de la cara, gestos y la piel, utilizando la nanotecnología como el caso de la robot Sophia, material patentado por Hanson Robotics.

La inteligencia de estos robots es a través de software, que según las necesidades pueden incorporar un mayor nivel de inteligencia mediante redes neuronales de la inteligencia artificial, permitiendo a los robots tener una mejor interacción con las personas con el fin de conectar empatía, emociones y reconociendo sus sentimientos.

Robots zoomorfonos se caracterizan por representar la robótica dentro del mundo animal, cuyos sistemas de locomoción permiten imitar conductas de diversos seres vivos, como el perro robótico y otras especies que tienen la forma de caminadores multípodos, y son utilizados para labores de vigilancia aérea en zonas difíciles o recorrer superficies espaciales¹.

En una revisión exhaustiva de la automatización mediante la robotización aplicada en nuestros días podemos mencionar algunos ejemplos².

Dentro del sector industrial³ encontramos diversos robots para su implantación en los oficios de soldadura, empaque, carga, clasificación,

¹ H. RODRÍGUEZ, *¿Qué tipos de robots existen y cuáles son los más exitosos?*, en www.crehana.com, 20 noviembre 2021.

² Videos disponibles:

https://www.instagram.com/tv/CFaxmptBIok/?utm_medium=copy_link;

https://www.instagram.com/s/aGlnaGxpZ2h0QjE3ODcyOTQxMDg2NDU0NTc1?story_media_id=2611567268284917616_34864414339&utm_medium=copy_link;

https://www.instagram.com/tv/CMWeSX0ikYE/?utm_medium=copy_link;

https://www.instagram.com/tv/CP3Q8FiCQ_Q/?utm_medium=copy_link;

https://www.instagram.com/p/CQG-7v5IKOZ/?utm_medium=copy_link;

https://www.instagram.com/p/CN2FDlpI_BX/?utm_medium=copy_link.

³ Vid. AUTOMATIZACIÓN Y ROBOTICA INDUSTRIAL DESDE CERO, *Tipos de robots industriales*, en www.youtube.com, 8 diciembre 2021.

³ GRUPO BANCOLOMBIA, *Robótica + agricultura: innovación en los campos colombianos*.

ensamblaje. A tal efecto, el robot Scara que levanta y coloca piezas pesadas o micropiezas en un lugar fijado; el robot Delta o también conocido robot tipo araña se encarga de orientar piezas pequeñas a distribuir para su comercialización en un solo plano así como los clasifica por sus características de forma, color, textura, entre otros aspectos; robot Antropomórfico o denominado brazo robótico que son utilizados en línea de ensamblaje de vehículos que son adecuados para trabajos duros que superan el esfuerzo del ser humano; robot Móvil que se encarga de trasladar desde piezas muy pequeñas hasta de gran peso lo cual se utilizan en fábricas de automoción o en sistema de logística interna en las plantas donde desplazan los vehículos semielaborados de un lugar a otro y es manejado mediante sensores.

Sector alimentario se ha desarrollado robots en los campos agrícolas con el fin de recoger frutos y cuidar las cosechas, aplicándose drones para buscar ganado perdido, dando como resultado la reducción de los costos y de los tiempos de producción. En tal sentido, está el robot Potato utilizado en Colombia y está hecho de aluminio, posee brazos y tronco, y se proyecta ser una herramienta en la recolección y el traslado de alimentos⁴, otro ejemplo está el robot Spot creado por Boston Dynamics, llamado Annie, creado para realizar pruebas de campo tanto en nuevas semillas como en soluciones de protección de cultivos⁵.

Por otra parte, el robot modular Picnic y el robot Pizzaiolo de Francia que son creados para elaborar pizzas con la diferencia entre ellos que Picnic los ingredientes lo mantiene almacenados y por lo tanto requiere del apoyo de un trabajador que se encargará de colocar los ingredientes en los módulos, en cambio Pizzaiolo es autónomo.

Sector de salud los robots médicos, que producto de la pandemia Covid-19, que originó una crisis sanitaria produjo un crecimiento acelerado en el campo de robótica, que conforme la Federación Internacional de Robótica para 2020, hubo un total de 113 unidades robóticas por cada 10.000 empleados en el mundo, siendo considerado significativo, en virtud que hace 5 años la cifra comprendía 73 robots por cada 10.000 trabajadores⁶.

Entre los avances, están los robots en el ámbito de la cirugía producto de la precisión para realizar las operaciones, destacándose los brazos robóticos; asimismo los robots auxiliares en las operaciones, que se dedican de entregar el material que necesita el médico; el robot Cureskin que es una aplicación móvil que puede diagnosticar afecciones de la piel y asesorar en

⁴ *Idem*.

⁵ A. GUTIÉRREZ NÚÑEZ, *Crean y lanzan un robot agrícola capaz de hacer pruebas de campos de producción*, en www.agronegocios.co, 4 agosto 2021.

⁶ H. RODRÍGUEZ, *op. cit.*

el tratamiento; robot enfermera Grace que es hermana de la robot Sofhia, creada por Hanson Robotics que utiliza inteligencia artificial para diagnosticar pacientes con Covid-19, cuyo objetivo es reducción de la carga del personal hospitalario; el robot Petrol Uncle que hace función de vigilancia para detectar las personas que transitan en las calles y diagnostican si tienen síntoma de fiebre y no usan mascarillas.

Sector social está el robot Zora de Francia⁷ y el Robear en Japón⁸, que tienen por finalidad el cuidado de pacientes o de personas de tercera edad. Asimismo, el robot lanzado en Taiwán Zenbo, que realiza funciones de videovigilancia con habilidades para realizar compras por internet o asistente de citas, medicamentos, entre otros. Por otra parte, tenemos los robots mayordomos, recepcionista y camareros por ejemplo, robot XR-1 de CloudMinds, robot humanoide Walker de UbTech que tienen reconocimiento facial, de voz e inteligencia artificial; el robot Zenbo que interactúa con niños, el robot Keeko implantado en las escuelas para el acercamiento con los niños y es desarrollado en China⁹.

Sector de hostelería, el caso del Hotel-Na en Japón que hace unos años se presentó en tener una plantilla de trabajadores formada en su mayoría en robots, que al final no se cumplió con las expectativas de la organización ante los usuarios y cuyo resultado finalizó con el despido de los robots; la cadena hotelera Starwood, que ya utiliza en California un robot mayordomo en pruebas para atender las necesidades de sus clientes. Otros que han sido implementados principalmente en hoteles como FlyZoo, que fue creado por Alibaba en la ciudad de Hangzhou, en China; el Hotel Sheraton de Los Ángeles, el EMC2 de Chicago o el Hotel Renaissance de las Vegas, en donde se trabajan los robots Elvis y Priscilla.

Sector de la Construcción, en China la operación de máquinas excavadora en una minería por medio de operadores a distancia con la implementación de la red 5G¹⁰; el robot autónomo Hadrian X diseñado en Australia que comprende una especie de albañil capaz de colocar 1000 ladrillos por hora resultando que puede levantar las paredes de una vivienda en tres días y realizar el trabajo de dos trabajadores por día.

Sector Móvil Terrestre, los robots mensajeros destinados a la mensajería y el transporte principalmente en la repartición de comida y paquetes por las empresas y domicilios de sus clientes, entre ellos están Kiwibot que con la

⁷ A. SATARIANO, E. PELTIER, D. KOSTYUKOV, *Zora, el robot que cuida ancianos*, en www.mytimes.com/es, 30 noviembre 2018.

⁸ Vid. AGENCIA EFE, *Japón pone a prueba robots como cuidadores de ancianos*, en www.youtube.com, 24 octubre 2019.

⁹ Vid. www.robotmayordomo.net.

¹⁰ Video https://www.instagram.com/tv/CFaxmptBIok/?utm_medium=copy_link, cit.

pandemia Covid-19 se implementó como medida de resguardar el distanciamiento de los estudiantes en las universidades de California. Otros ejemplos están Digit, Startship y Rappi¹¹, que en su conjunto quieren ser parte de la solución en la masificación de pedidos online que han surgido por el éxito de Alibaba y Amazon¹². Igual encontramos en este sector, el proyecto de la nevera móvil de Heineken denominada Beer Outdoor Transporter, o BOT de Heineken, que transporta cervezas y es controlado por el humano a través de la inteligencia artificial.

Ahora bien, entre los robots humanoides además de los nombrados anteriormente están aquellos que han sido creados para su implementación en varios sectores y están dentro de la clasificación de los robots más avanzados. A continuación indicaremos algunos de ellos.

El robot Atlas fue creado por Boston Dynamics, que se caracteriza por ser autónomo con habilidades de realizar actividades operativas, con gran capacidad movimiento y realizar acrobacias de forma natural, pudiendo mantener equilibrio, empujar cosas pesadas y caminar por la nieve de forma erguida.

La robot Sophia creada por Hanson Robotics en Hong Kong, con movilidad autónoma y tienen un elemento especial al resto de los robots, que le fue otorgada nacionalidad saudita, y por lo tanto es considerada una ciudadana como un humano. Posee capacidades y habilidades para mantener el contacto visual, reconocimiento facial, comprender y utilizar el lenguaje humano. La empresa le realiza actualizaciones y mejoras a la robot desde el año 2011.

Un robot dentro de la clasificación de zoomorfonos, es el robot Spot creado por Boston Dynamics, que tiene similitud en su forma y movimientos a un perro y se caracteriza en que su venta es exclusiva para ciertas empresas o instituciones, y además se puede personalizar agregando nuevos elementos y funciones. Dentro de sus capacidades está moverse a una velocidad de 360 grados a su entorno y 1,6 metros por segundo, puede elevar y transportar productos con un peso de 14 kg, lo cual lo consideran idóneo para trabajos industriales.

Los robots acuáticos y nadadores simulan movimientos de animales acuáticos como peces y anguilas y ambos son utilizados para realizar investigaciones marinas.

¹¹ Ante la demanda y en respuesta a la crisis provocada por el Covid-19, se inició sus primeras entregas en Medellín (Colombia) realizando 150 ordenes al día con 15 robots. Vid. FORBES, [Rappi inicia sus primeras entregas con robots](#), en [forbes.co](#), 16 abril 2020.

¹² Amazon creó el robot de reparto producto de la pandemia Covid.19, que es llamado Scout y se presentó como proyecto en el 2019, sin embargo, debido a la crisis de salud se aceleró su desarrollo. Vid. AMAZON, [Amazon Scout](#), en [www.youtube.com](#), 23 enero 2019.

Dentro de las clasificaciones de estos robots, también se encuentran los que se encargan de ser guardias costeros, a los fines de realizar funciones de salvamento a los naufragos o vigilar a los barcos que se encuentran en el mar.

El robot Pepper, tiene un tamaño de 120 centímetros, programable y diseñado para interactuar con personas, imitando los gestos de los humanos. Su tecnología le permite detectar tanto el lenguaje verbal como el no verbal, la posición de la cabeza y el tono de voz, para reconocer el estado emocional e individualizar cada interacción, provocando empatía y conexión entre robot-cliente, por ello que es implementado en funciones de atención al cliente, recepcionista, presentador o maestro de ceremonias. El robot Nao, tiene un tamaño de 58 centímetros con capacidad para interactuar con todo público y es un referente en el área de investigación y educación¹³.

Otro robot que está en proyecto es Ameca diseñado por la empresa Engineered Arts y se caracteriza por sus rasgos y movimientos, siendo considerado por la propia empresa como el robot con forma humana más avanzada. Esta empresa busca crear robots humanoides más realistas, que imiten con mayor realismo el rostro humano, sin embargo, al ser un proyecto para su presentación en la feria de tecnología CES de Las Vegas, queda en duda si dicho robot tendrá una connotación en el ámbito laboral como el resto de los robots¹⁴.

3. El escenario de la robotización desde el pasado al futuro en el ámbito laboral

El ser humano siempre ha convivido con máquinas, que ha reemplazado y a su vez mejorado nuestras habilidades físicas, conocimientos y nuestras vidas, y como se indica ahora los seres humanos no estamos adaptándonos a complementar o sustituir lo que antes realizábamos con nuestra inteligencia biológica mediante inteligencia artificial¹⁵.

En tal sentido, la robótica ha tenido una evolución constante desde la mitad

¹³ Vid. SOFTBANK ROBOTICS, *Nao*, en www.softbankrobotics.com, 1° diciembre 2020.

¹⁴ Vid. M. SANZ ROMERO, *Este robot humanoide horroriza con su increíble imitación de las expresiones humanas*, en www.lespanol.com, 8 diciembre 2021; TEST ENGINEERING (RESEARCH CENTRE), *Latest Human-Like Robot "Ameca" merged with Metaverse Technology*, en www.youtube.com, 6 diciembre 2021; ENGINEERED ARTS, *Ameca Humanoid Robot AI Platform*, en www.youtube.com, 1° diciembre 2021.

¹⁵ L. CEVASCO, J.G. CORVALÁN, E.M. LE FEVRE CERVINI, *Inteligencia Artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo*, Astrea, 2019.

del siglo XX, sin embargo, su desarrollo deviene de mucho tiempo atrás, más allá de la irrupción de los sistemas de *industrial robot programming*, en que a finales del siglo XV Leonardo Da Vinci diseñó el primer robot humanoide y siglos después Nikola Tesla imaginó un futuro en que las máquinas serían capaces de sustituir a los humanos en diferentes tareas¹⁶.

Entre los años 1936-1939¹⁷, se creó y se lanzó al público el primer robot autómatas denominado EleKtro que fue considerado el primer robot humanoide de la historia que pesaba 120 kg y pronunciaba entre 700 palabras, además tenía movimiento a través de dispositivo telefónico; fue presentado en la feria mundial de New York, y en el año 1940, reapareció acompañado por Sparko un perro robot que podía hacer varios movimientos entre ellos ladrar y sentarse.

Posteriormente en 1948, William Grey Walter creó los primeros robots tortuga que tenían la capacidad de simular movimientos humanos, en 1954 George Devol patentó el primer robot industrial que era un manipulador programable y este mismo año desarrolló el primer tele manipulador, este proyecto constituyó la base de la creación de los subsiguientes robots industriales, ya que se creó la empresa Unimation que a su vez en el año 1961, implementa el primer robot en una línea de producción, y así sucesivamente se desarrolla la robotización, siendo que en el año 1970 se crea Shakey que constituyó el primer robot móvil manejado con inteligencia artificial¹⁸, hasta que el año 1980, se incrementó en un 80% la producción de robots industriales, considerando el año del boom de la robótica donde Japón tuvo una intervención en la evolución de la automatización.

En fin, la robótica había iniciado su aplicación en los sectores de imprenta, manufactura, ensamble de vehículos, siendo que en la actualidad con el aumento de la inversión de la inteligencia artificial más el diseño de las máquinas han surgido la creación de robots en diversos sectores laborales, a los fines de automatizar la mayoría de las tareas técnicas e incluso profesional pero también las actividades humanas de la vida cotidiana.

En la actualidad observamos un avance acelerado de la automatización mediante la robótica, en especial desde el año 2015, cuando sucedió la

¹⁶ INSER ROBÓTICA, [Da Vinci, Tesla y la 'era robótica': historia de una revolución de la automatización industrial](#), en www.inser-robotica.com, 8 agosto 2020.

¹⁷ Según la mayoría de las investigaciones, la época especial de su creación coincide el año 1937.

¹⁸ Además, en el año 1985, se creó el robot PUMA 560 utilizado para introducir una aguja en el cerebro, desarrollándose robots cirujanos como Gaspar, Zeus World First, entre otros, siendo que en el año 2000 la FDA aprueba un robot asistente del cirujano. *Vid.* F.M. SÁNCHEZ-MARTÍN ET AL., *Historia de la robótica: de Arquitas de Tarento al Robot da Vinci (Parte II)*, en *Actas Urológicas Españolas*, 2007, n. 3.

sustitución de la mayoría del personal en el Hotel-Na por robots hasta el 2020 cuando comenzó a surgir el lanzamiento de diversos robots producto del Covid-19, entre ambos períodos ha transcurrido 5 años, significando un crecimiento rápido y constante que ha alcanzado la robotización, a diferencia desde que surgió el robot Elektro a la era de la robotización industrial.



Por lo tanto este avance que puede constituir una oportunidad de crecimiento económico y social para las empresas y organizaciones y una herramienta de trabajo y de prevención de accidentes y enfermedades a los trabajadores, en igual sentido genera la incertidumbre de la desaparición de aquellas ocupaciones laborales que en principio predomina la fuerza y la precisión física, donde además está surgiendo miedo en virtud que cada día se están creando robots dirigidos a sustituir las actividades, oficios con habilidades tanto manuales como cognoscitivas.

El Comité Español Automática (CEA), indica que los avances tecnológicos están a la vuelta de la esquina y que hace falta estar preparado para ellos, que la sociedad de finales del siglo XX y comienzos del XXI se ha visto invadida por los ordenadores, y que la sociedad del siglo XXI se basará en una masiva intervención de robots en todos los aspectos de la vida cotidiana y productiva, donde será la estrecha colaboración de los robots con los humanos tanto en el campo común de trabajo como en la interacción multimodal, y que según la International Federation of Robotics (IFR) el mercado de la robótica de servicio, que en 2008 fue de 3,3 billones \$US, crecerá hasta 100 billones \$US en 2020¹⁹.

En tal sentido, en el 2020 la International Data Corporation (IDC) y la

¹⁹ Vid. CEA, *El libro blanco de la robótica en España. Investigación, tecnologías y formación*, 2011, p. 16.

Federación Internacional de Robótica (IFR) pronosticó que el gasto en tecnología crecería en un 45%, originando la implementación de 3 millones de robots industriales en fabricas, duplicándose el stock producido en el 2014 a nivel mundial.

Julio César Neffa indica que los procesos con robots es la utilización de aparatos que generalmente tienen un comportamiento similar al humano, que son capaces de realizar diversas tareas en forma totalmente automática, existiendo diferentes tipos y generaciones para cumplir este objetivo, desde aquellos que simplemente implican brazos mecánicos para realizar operaciones a distancia siendo manipulado por un operador humano que los dirige hasta los robots de tercera generación que son los que interactúan con el exterior adaptándose a él y además puede generar sus planes de acción.

En tal sentido, siguiendo las palabras de Julio César Neffa, podemos explicar un simple ejemplo de los tipos de robots destacándose entre las evoluciones tecnológicas la presentada por la Robotic Process Automation propuesto por Ricoh Latin América, dirigido a las empresas del sector de la salud, que tiene por finalidad la implementación de robots software para hacer más eficientes los procesos rutinarios de registros clínicos e históricos del paciente y el procesamiento de registro de proveedores, permitiendo brindar una atención optima al paciente.

Esta tecnología busca reemplazar actividades manuales que son monótonas, rutinarias y repetitivas con el fin de que se preste un mejor servicio de atención a los pacientes y que el personal se dedique a actividades de mayor valor, reduciendo los errores ocasionados por trabajadores por causas de cansancio, estrés, fatiga sea por exceso de trabajo, problemas personales o de salud, entre otros.

Adicionalmente, están los robots que desarrollan tareas juntos con los trabajadores, como un colaborador para realizar actividades complejas y de alto riesgo, constituyendo una alternativa de prevención para disminuir la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, desplazando al trabajador en labores de un alto grado de peligrosidad que pueda ocasionar daño a la salud, y por último están los robots humanoides como Grace, que son los de tercera generación que interactúan con el exterior adaptándose al ser humano.

A tal efecto, la automatización tiene dos misiones, una que contribuye a incrementar los niveles de eficiencia y productividad requiriéndose la creación de nuevos cargos con mayor nivel de especialización para realizar tareas específicas, pero por otra parte existe la tendencia que va dirigida a eliminar puestos de trabajo., resultando que si una máquina realiza una tarea con mayor eficacia esto constituirá la sustitución del ser humano.

Además, hay la tendencia que la automatización afectará los trabajos manuales y tareas repetitivas así como las administrativas, creativas y de salud. La automatización destina a la transformación de los puestos de trabajo, siendo que las cualificaciones y habilidades serán puntos esenciales en la contratación en el mercado laboral.

Eva María Blázquez Agudo indica que la evolución tecnológica ha provocado un cambio de paradigma de las relaciones laborales, determinando nuevos modelos de trabajo que han puesto de moda nuevamente el análisis del trabajador²⁰.

La OIT, en informe emitido en el año 2019, indica los principales puntos sobre la automatización en las funciones laborales que tendrá impacto en el 2030:

1. la población mundial llegará a 9.000 millones en 2050; donde las personas con más de 70 años continuarán trabajando, y las empresas cada vez serán más diversas integradas por *baby boomers*, generación X, Y o Z y *millennials*;
2. hasta el 2020, se crearán 900.000 puestos de trabajo relacionados con internet, y las TIC y las nuevas tecnologías y la digitalización de los modelos de negocio cambiarán;
3. el software inteligente, la robótica, el *big data* y la inteligencia artificial o los drones destruirán millones de empleo pero también generará profesiones de alta cualificación que ahora no existen;
4. se necesitarán regulaciones de relaciones laborales que se caracterice por la ultra flexibilidad/plantillas flexibles (*workforce on demand*), donde el derecho laboral seguirá siendo necesario para equilibrar los intereses de los empleadores y los derechos de los trabajadores;
5. los trabajadores del futuro (*knowmads*), sea por necesidad o por libre elección, cambiarán frecuentemente de empleo o actividad, y no estarán vinculados a un puesto de trabajo o a una sola empresa, trabajando por proyecto en laborales colaborativos (hubs laborales) sin necesidad de trasladarse a la oficina²¹.

Asimismo, el informe de la OIT cita lo expresado por Iñigo Sagardoy, que estas tendencias, obligan tanto las empresas y a las personas a reinventarse para afrontar los nuevos retos de las nuevas cualificaciones, competencias y demandas del mercado laboral del futuro, considerando además que no existe consenso sobre los efectos de la robotización y automatización en el mundo del trabajo, en que algunos traerá la pérdida de empleos, sobre todo

²⁰ Vid. E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, [La protección jurídico-laboral de los "riders". El trabajo en plataformas en la encrucijada de la laboralidad](#), en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 15.

²¹ P.A. ÁLVAREZ DROGUETT, [Organización Internacional del Trabajo: Automatización en el Trabajo](#), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2019.

de puestos de trabajo de baja cualificación, y para otros no necesariamente traerá un impacto negativo en los empleos (por cuanto hay profesiones u oficios que no podrían ser automatizados: bomberos, abogados, terapeutas) y será una oportunidad de creación de nuevos empleos.

Adicionalmente, Iñigo Sagardoy sostiene que «La robótica tiene el potencial necesario para transformar las vidas y las prácticas laborales. Su impacto será cada vez mayor, a medida que se multipliquen las interacciones entre los robots y las personas. Aunque no existe un consenso sobre los efectos que ello tendrá sobre el empleo [...], lo que sí es indiscutible es que su impacto será muy importante»²².

En tal sentido, la robotización podrá dirigirse a atraer efectos positivos y negativos, estimando que en el sector social, salud y transporte con la pandemia Covid-19, ha demostrado la necesidad de la creación de robots contribuyendo una alternativa eficaz de garantizar la seguridad y salud de las personas en especial aquellas vulnerables al contacto constante con humanos, como personal sanitario que ha sido el personal directamente más afectado del virus, los adultos mayores y la población estudiantil en universidades como una manera de garantizar el distanciamiento, evitar las aglomeraciones y preservar las condiciones laborales, teniendo en consideración que este virus está mutando otras variantes con transmisión fácil y con efectos más graves de contagio como la Delta y Omicrón.

Julio César Neffa indica que en teoría la introducción de las nuevas tecnologías informatizadas no genera necesariamente una reducción absoluta del nivel del empleo cuando se considera aquella introducción desde la perspectiva del mediano y largo plazo y al nivel de la economía en su conjunto, considerando que el efecto-empleo dependerá de variables y su comportamiento histórico en cada formación social, como por ejemplo la política tecnológica, la sección productiva, etc.; sin embargo, también indica que en cierto nivel de las unidades productivas y aquellos procesos de trabajo como la crisis económica actual, la introducción de las nuevas tecnologías informatizadas está relacionada con los costos de trabajo.

En cambio Andrés Oppenheimer, ante una entrevista con dos investigadores de la Oxford Martin School en 2013, se prendió una alarma a escala mundial ante la publicación de un estudio pronosticando que el 47% de los empleos podría desaparecer en los próximos 15 o 20 años por la automatización, por motivo de la nueva revolución de la robótica y de la inteligencia artificial.

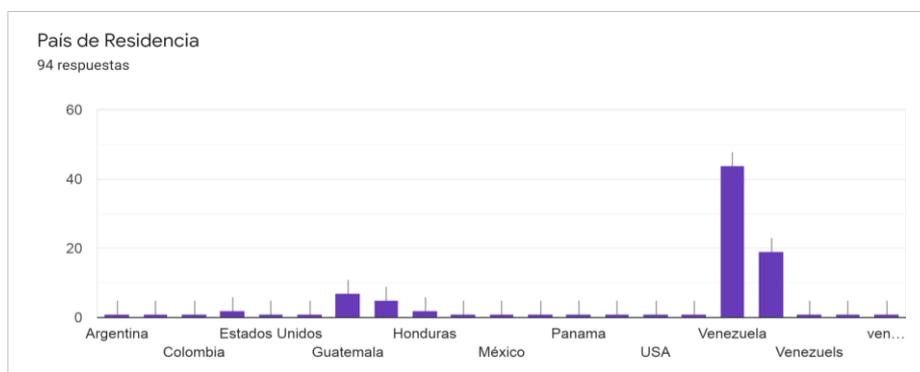
²² I. SAGARDOY, J.R. MERCADER, *Desarrollo de la robotización y justo reparto de la riqueza*, en AA.VV., [*El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Palacio de Zurbano, 28 de marzo de 2017. Volumen II*](#), OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2017, p. 124.

Ante las interrogantes planteadas desde el principio de este artículo, procedimos a realizar una encuesta²³ que fue publicada en diferentes redes sociales, dirigidas a poblaciones ubicadas en América, a los fines de recoger información de la perspectiva que tienen las personas referente al al impacto de la robotización en el ámbito laboral y su avance en cada uno de los países que se encuentran residienciados, así como las cualidades que ellos consideran que surgirá en un futuro, en tal sentido a continuación se presenta el resultado de la referida encuesta.

4. Resultado y análisis de la encuesta sobre el impacto de la sustitución del trabajador por la máquina, en especial la robotización

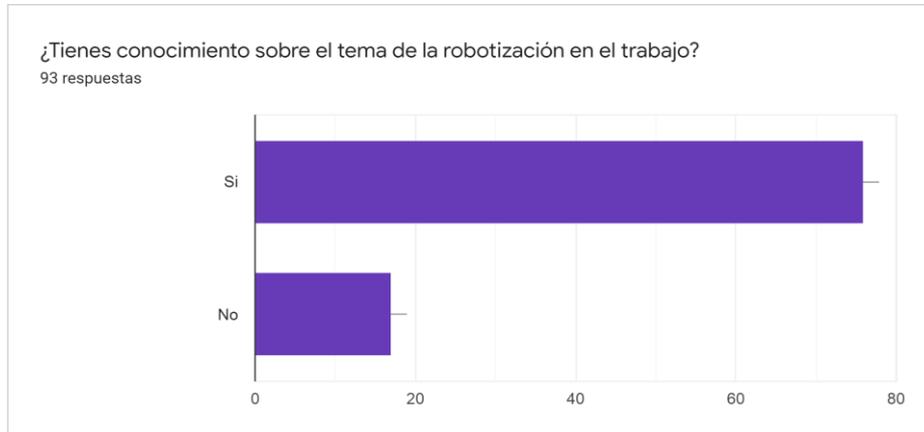
De la encuesta realizada por medio de Aprende Jurídico, se obtuvo 94 respuestas por parte de personas ubicadas en Estados Unidos, Panamá, México, Argentina, Colombia, Honduras, Guatemala y Venezuela²⁴.

Gráficos 1 y 2 – Porcentaje de encuestados y nivel de conocimiento sobre la robotización



²³ Utilizando como método el sistema de formularios de Google.

²⁴ Cabe destacar, no todas las preguntas fueron respondidas por las 94 personas, ya que algunas interrogantes fueron omitidas por desconocimiento, omisión o al ser considerada irrelevante para el encuestador.

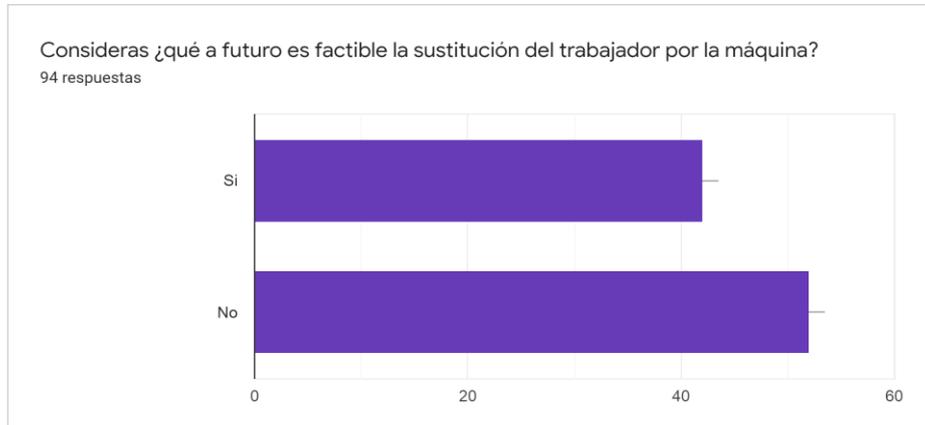


El 81,7% (76 personas), respondieron que tenían conocimiento del tema de la robotización, siendo un porcentaje bajo su desconocimiento en un 18,3% (17 personas), resultando que un 44,7% considera que en un futuro es factible la sustitución del trabajador por la máquina, sin embargo, el 55,3% opinan lo contrario, a pesar de que el 93,6% de los encuestados están de acuerdo con la implementación de la tecnología en el lugar del trabajo.

Asimismo, algunos expresan que la robotización no remplazará al trabajador, basándose en que la máquina necesitará la dependencia de un ser humano, faltará la inteligencia emocional para enfrentar determinadas situaciones laborales, la enseñanza como actividad en algunos niveles es insustituible, y el robot no analiza los trabajos.

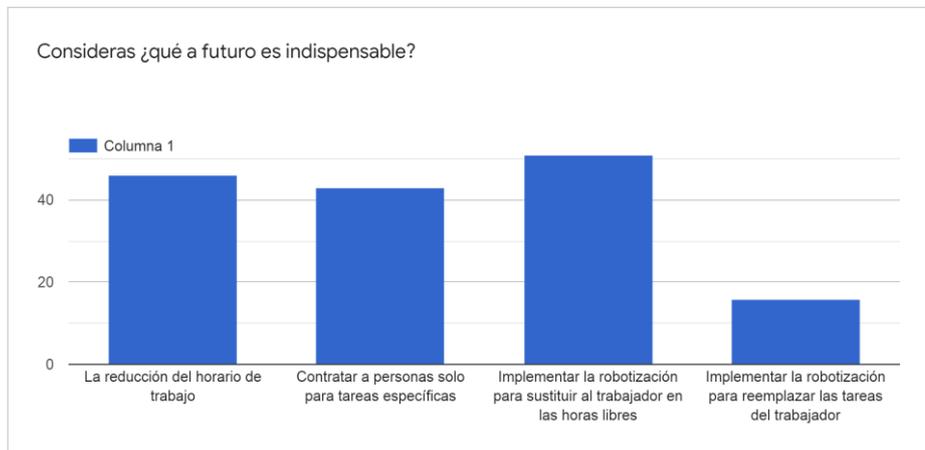
Gráficos 3 y 4 – Opinión sobre la sustitución del trabajador por la máquina





No obstante, se evidencia que la máquina por medio del robot es una herramienta que podría ser de complemento en las actividades del trabajador, contribuyendo a mejorar la calidad de vida de las personas, y ante ello los encuestados consideran que a futuro es indispensable en este orden de jerarquía: implementar la robotización para sustituir al trabajador en las horas libres, la reducción del horario de trabajo, contratar a personas solo para tareas específicas, implementar la robotización para reemplazar las tareas del trabajador.

Gráfico 5 – Cambios indispensable en el futuro



Asimismo, se estima que la robotización es ideal en la prevención en seguridad y salud laboral y en el aumento de la producción, sin embargo, no se excluye que se origine en un segundo plano la reducción del empleo, generación de nuevos puestos de trabajo, reducción de puestos de trabajo,

reducción de profesiones.

Gráfico 6 – Cambios que generará la robotización

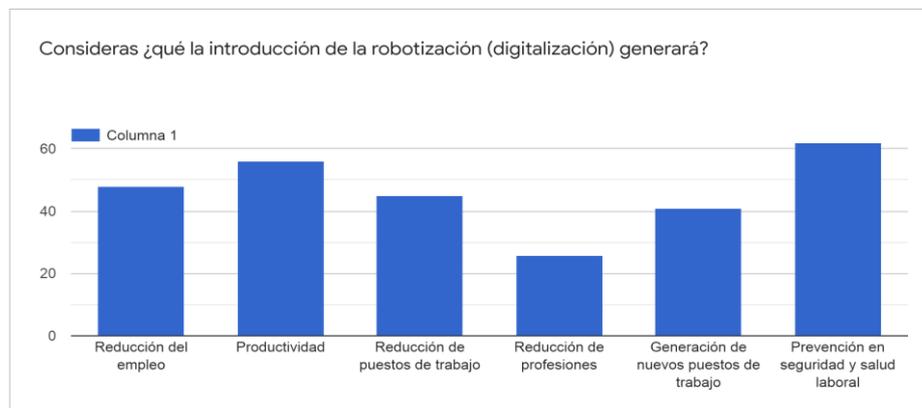
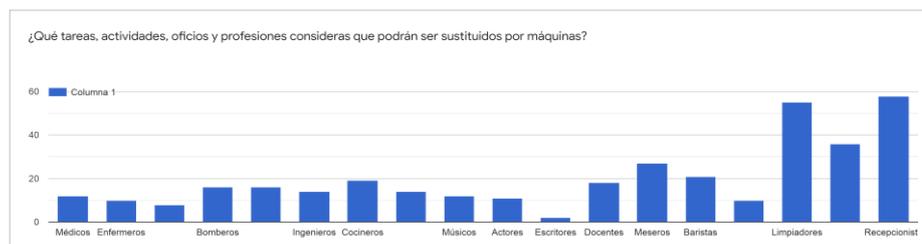


Gráfico 7 – Actividades, oficios y profesiones que son posibles de sustitución por máquinas



Obteniendo un porcentaje alto aquellas actividades como recepcionistas y limpiadores, meseros y cocineros, que se caracterizan por ser oficios manuales, técnicos y rutinarios, que en la actualidad han sido susceptibles de avance en la creación de robots por diferentes empresas, cuyos ejemplos fueron mencionados con anterioridad.

No obstante, además de los anteriores oficios, un grupo de encuestados consideran que hay otras tareas, competencias y profesiones que tendrá tendencia a ser sustituidas, las cuales predomina tanto el esfuerzo manual como intelectual, en tal sentido:

obreros, operadores, ciertas actividades de obreros en línea de producción, asistente industrial, técnicos operadores, asistentes, trabajos que se tenga que aplicar mucha fuerza, tareas de ensamble, obreros en líneas de producción, operarios de calderas, mensajero dentro de una empresa, costureras, arquitectos, surtidor de gasolina, obreros de fábricas, cargadores

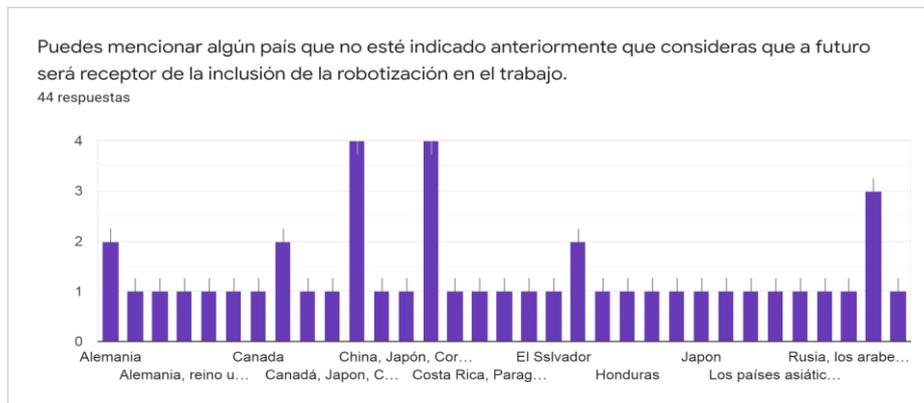
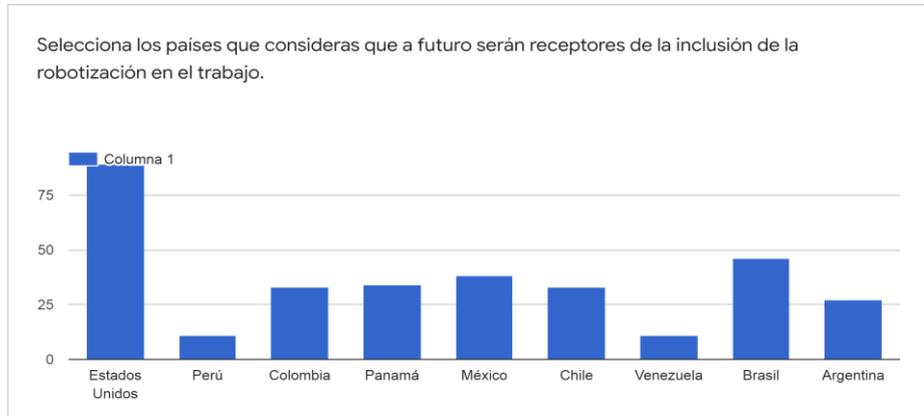
de almacenes, mecánicos automotrices, despachadores de productos en grandes almacenes, jardineros, trabajo de obrero agrícola, aseadores, jardineros, astronautas, soldados de guerra, exploradores espaciales, operadores, reciclaje, policías, manejo de maquinaria industrial, de centros de producción de energía y de centros distribución de agua, recolectores de desechos, análisis de estadísticas, operarios simples, ensambladores en general, mensajeros, vigilante, obrero en ciertas industrias, procesos de manufactura o producción, programadores, recolectores de basura, construcción, ensamble de maquinas, digitador, pilotos de bus, mantenimiento de urbanización, redactores, área de construcción, labores mecánicas, agricultores, primeros auxilios, atención al publico.

En igual sentido, algunos respondieron que todas las actividades, oficios y profesiones son factibles de ser reemplazados por robots, y otros consideran lo contrario que son pocos a sustituir, ya que lo más factible son aquellos cuyas tareas son rutinarias que no exigen esfuerzo mental ni toma de decisiones que sean decisivas en el funcionamiento de la tarea o actividad.

Referente al tema de la receptividad, la mayoría es del criterio que la robotización no será factible en países cuya mano de obra es económica, por otra parte entre los países de América seleccionados con poca probabilidad de recepción son Venezuela y Perú; y entre los países enfocados a acoger esta tecnología están: Estados Unidos, Panamá, Brasil, Argentina, Colombia, México, Salvador.

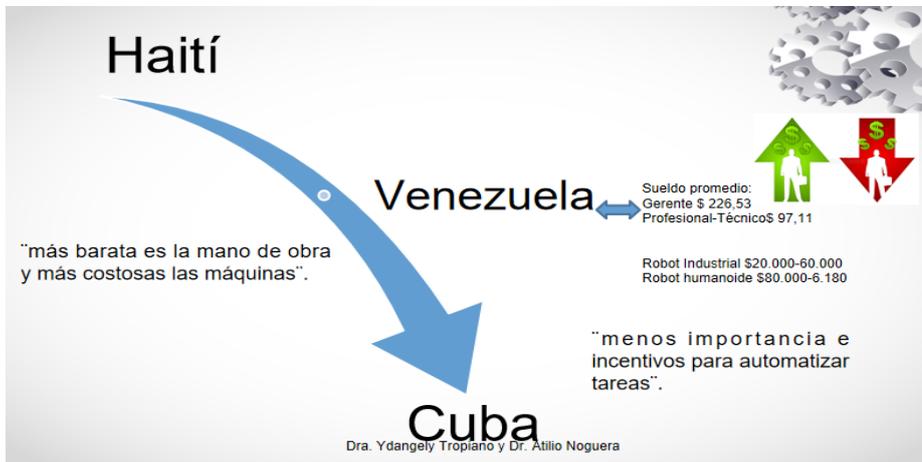
Gráficos 8, 9 y 10 – Receptividad de la robotización



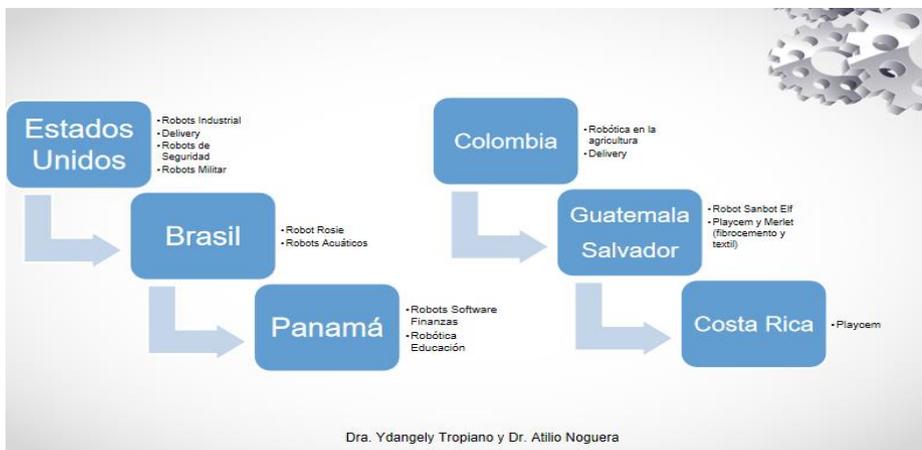


A tal efecto, previa investigación se determinó que países como Venezuela, Haití y Cuba son menos propensos al avance de la robotización, en virtud que son países que se caracterizan que la mano de obra trabajadora es barata (económica), lo cual es un elemento que atrae poco al empresario en la inversión de esta tecnología, que al final le podría ser más costosa invertir en robots.

En tal sentido, por ejemplo Venezuela el salario de un Gerente está en promedio de \$226 y un técnico o profesional entre \$100 a 97, pero la realidad es que el costo de la vida en cuanto alimentación, vestido, seguro de vida, vivienda, servicios públicos, entre otros es reflejada en dólar y en cambio el salario del trabajador en bolívar, donde además es un país con un índice de inflación alta, conllevando a confirmar que para un empresario podría no ser conveniente invertir en un robot cuyo costo oscila entre \$6.200 a 80.000.



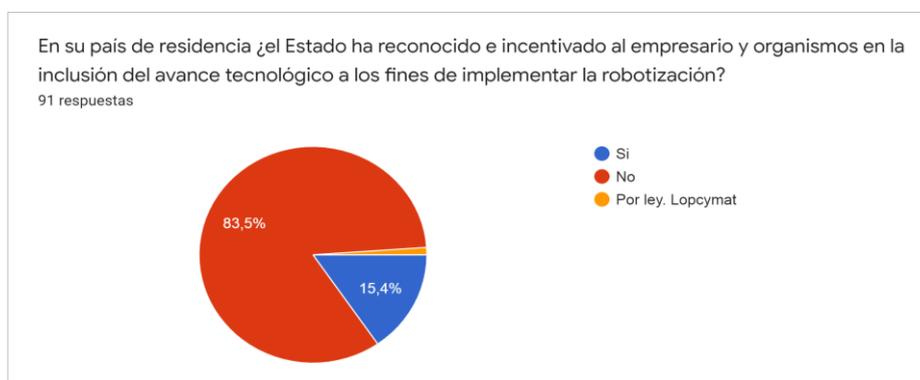
Y ante una indagación de la situación de los países de América, encontramos el caso contrario de países antes indicados, que han desarrollado e implementado la robotización en diferentes sectores laborales, donde además la pandemia Covid-19 ha facilitado a impulsar la inversión, y a continuación se muestra algunos avances en funcionamiento en Estados Unidos, Brasil, Panamá, Colombia, Guatemala, Salvador y Costa Rica.



Por otra parte, el 83,5% de los encuestados indican que el Estado de su país de residencia no han reconocido e incentivado al empresario y organismos en la inclusión del avance tecnológico con el sentido de implementar la robotización, no obstante, otro porcentaje señalaron las estrategias aplicadas e invertidas en su país en la aplicación de la robótica, indicando como ejemplo:

Carrie empresa de aire acondicionado aprovechó los estímulos fiscales de Trump para invertirlos en la automatización de sus plantas, las grandes empresas, impuesto a la tecnología, medicina y empresas de producción en serie como la de autos, Bancos. Operaciones médicas, manufacturas, fábrica, PEPSICO, la digitalización de las plataformas del estado y la implementación del teletrabajo como opción permanente para las compañías, incentivos fiscales para las compañías que mantengan trabajo a distancia. Robótica al servicio de la pandemia... textos que plantean colaboración japon chileno... y otros elementos desarrollados en las conversaciones.

Gráficos 11 – Receptividad de la robotización por el Estado



En relación al punto jurídico laboral, se verificó un porcentaje alto en que el empresario será más receptivo a la implementación de la robotización a diferencia del trabajador, considerándolo un elemento positivo en la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales.

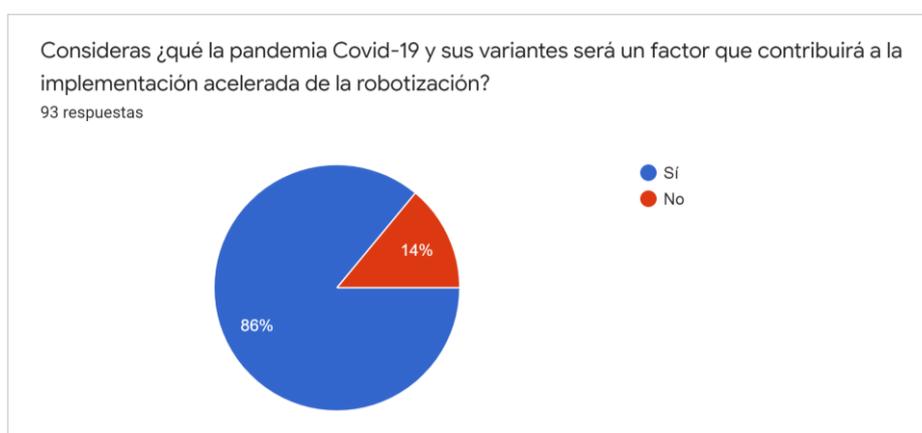
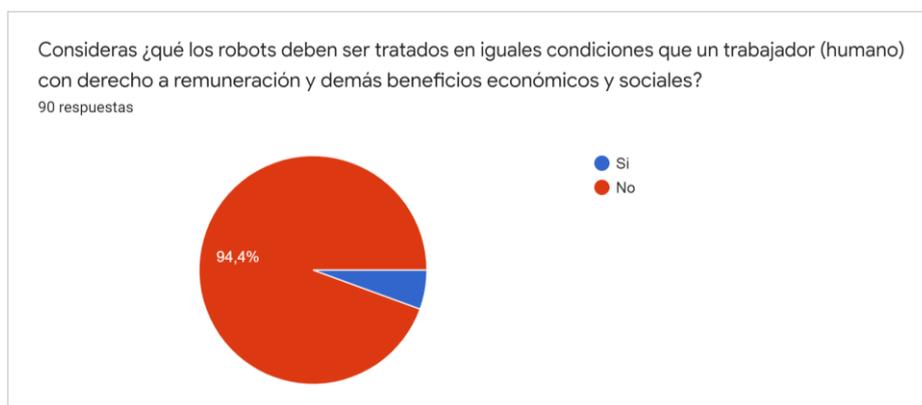
Asimismo, rechazan que los robots deban ser tratados en iguales condiciones que un trabajador con derecho a la remuneración y demás beneficios económicos y sociales, manteniendo la posición que la máquina no sustituirá el 100% al trabajador, por los siguientes motivos indicados textualmente por los encuestados:

1. Se perdería el principio que la relación de trabajo es un hecho social.
2. Debe ser mixto, una parte la tecnología y una parte el trabajador
3. Contribuirá al desempleo.
4. En unos aspectos considera que es factible aplicar pero que totalmente es imposible ya que hay muchas actividades que deben ser realizadas por el talento humano como la mediación o solución de conflictos entre otros muchos aspectos, aunque se vea como una solución actual

- el trabajo a distancia que se ha venido haciendo.
5. Siempre necesitaran operador.
 6. ¿Quién diseña y quienes construyen la máquina y el software?
 7. No creo que sea posible reemplazar al hombre inteligente y emocional por una maquina, hay algunas destrezas del ser humano que se pueden robotizar, pero siempre se necesitará la intervención del hombre en muchas destrezas que la máquina no podrá ejecutar.
 8. Se debe tener el conocimiento de un trabajador, ya que hay acciones que no pueden ser cumplidas por robot o máquina.
 9. Dependerá de las áreas de trabajo, en algunas la tecnología será un gran aporte, pero siempre estará la mano y mente humana en el proceso.
 10. Las máquinas siempre necesitaran del ser humano que las creo.
 11. En totalidad no, siempre y ojalá así sea será necesaria la intervención del hombre. Aunque sea menor.
 12. La máquina y tecnología no podrá sustituir del todo al hombre.
 13. La máquina no puede desplazar al hombre que la creó.
 14. La intuición del trabajador y la sensibilidad para múltiples tipos de tarea es un aspecto de compleja sustitución por una máquina, tal vez la inteligencia artificial pueda resolver tal situación con el tiempo, pero es de momento un objetivo pendiente por lograr a nivel tecnológico.
 15. La tecnología es un complemento, debe ser en todo caso formulado, ejecutado y evaluado por el trabajador. Se trata de mejorar la factibilidad y agilizar los procedimientos, diagnóstico y soluciones.
 16. Se sustituirán las labores de carácter físico por mecanización y automatización; abriendo una oportunidad al obrero a otras oportunidades. El punto álgido es, que las estructuras de las naciones no poseen un plan de “transición” tangible, y eso es lo angustiante.
 17. Podrá sustituir al hombre para realizar tareas rutinarias y que se pueda automatizar, de resto es imposible. Al fin y al cabo son una inversión de la inteligencia humana, que siempre estará por encima de sus propias inversiones.
 18. Siempre va a necesitarse el capital humano.
 19. Es necesario el capital humano... nunca la máquina sustituirá al hombre.
 20. Nunca se podrá sustituir el raciocinio del humano.
 21. Es un peligro para la humanidad estar controlados por robot.
 22. La inteligencia humana jamás será superada por una maquina, la maquina debe ser operada por un humano.
 23. Hay muchas cosas que no pueden delegar se en una máquina.
 24. El ser humano tiene capacidades inherentes a su naturaleza, inigualables por máquinas.
 25. Siempre existirá el trabajo humano bien manual e intelectual solo que evolucionará con la tecnología y el conocimiento.
 26. Ciertos detalles en campo solo lo realizan los humanos.
 27. Siempre hará falta el ojo humano.

28. El establecimiento de sistemas expertos (rutinas) no incluyen en su totalidad la tarea de asegurar la calidad de los datos, los controles internos, el cambiante manejo de estrategias de marketing, finanzas entre otros y la importancia en la toma de decisión ejecutivas que obliga el cambiante y competitivo mercado.
29. Siempre existirán los trabajos de seres humanos hay 7 mil millones.
30. No será por completo.
31. Que la tecnología siempre va a depender de la inteligencia humana.
32. La empatía y los sentimientos no podrán ser copiados nunca; y la inteligencia robótica viene de un ser humano.
33. No todas las actividades pueden ser robotizadas, por experiencia siempre hay un supervisor humano.
34. Considero que hay oficios que no se pueden sustituir por máquinas.
35. Los funcionamientos mecánicos pueden tener fallas y a mi entender solo un humano puede solucionarlo.
36. Un futuro muy muy lejano.
37. Esto creará a la larga un gran número desempleos por lo que afectaría a la población. Estoy totalmente de acuerdo con avanzar en tecnología pero debería de ser para apoyar a realizar el trabajo mas rápido, pero no para sustituirlo.
38. Hay elementos de interpretación de data y de diseño de estrategias de negocios que sólo el cerebro humano puede desarrollar, comunicar e implementar. Los trabajos operativos si pudiesen ser reemplazados por la tecnología generando eficiencias a las organizaciones.
39. La máquina no puede sustituir la mano de obra humana.
40. Siempre habrán decisiones que dependen de las personas.
41. La máquina es fabricada por hombres. No existe maquinaria sin hombres.
42. La máquina se daña o desgasta, por lo que necesita reparación y/o mantenimiento (para eso están los hombres).
43. El trabajador tienen creatividad y capacidad de solución de problemas.
44. Se eliminarían muchos puestos de trabajo y generaría más desempleo.

Gráficos 12, 13 y 14 – Receptividad de la robotización en el ámbito laboral y aspectos jurídicos



En fin, la encuesta originó respuestas interesantes en cuanto la creencia ante el destino de la robotización con el ser humano, donde sobresale tantas aristas al considerar que el robot es ideal como un método de colaboración en las tareas del trabajador y no para reemplazarlo en su totalidad, donde su aplicación debe garantizar mejoras en el ámbito laboral preservándose el principio del hecho social del trabajo, a pesar que otros opinaron que no se obvia que la robotización reduzca el empleo, pero al final este escenario dependerá de la actitud de cada país en fomentar y consolidar el avance tecnológico, en razón que los factores político, social y económico han influido mucho en América para la inversión de la inteligencia artificial y la máquina, por ello la economista de la OIT Irmgard Nübler indica que la robotización y el cambio tecnológico han provocado un debate sobre el futuro del trabajo donde «No hay respuestas fáciles [...] [y] que el cambio tecnológico es un proceso complejo, incierto y no lineal que llega en oleadas, produciendo por lo tanto fases de destrucción de empleos y de creación de empleos. Este proceso no ocurre de manera automática, sino que es impulsado por diversas fuerzas a nivel económico, político y de la sociedad»²⁵.

5. La robotización como oportunidad y/o amenaza

El hecho que la robotización pueda generar una oportunidad de crecimiento económico y social, pero a su vez mejorar la calidad de trabajo y la vida diaria, no se desvincula que origine una amenaza al ser humano ante pérdida del empleo o desaparición de profesiones, anticipación de jubilaciones y pensiones, entre otras; ya que ello dependerá de la actitud del propio ser humano, considerando aquella frase tan repetida pero es el punto central en toda relación de trabajo «el trabajador es un gasto o una inversión».

Pero además de esto, también depende del comportamiento de las instituciones del Estado y las políticas públicas que implemente, lo que al final la respuesta estará en manos del ser humano independientemente de la posición que ocupe, es decir, desde el científico que diseña y produce el robot hasta los empresarios que invierte en la implantación y el Estado que crea las políticas de seguimiento y control.

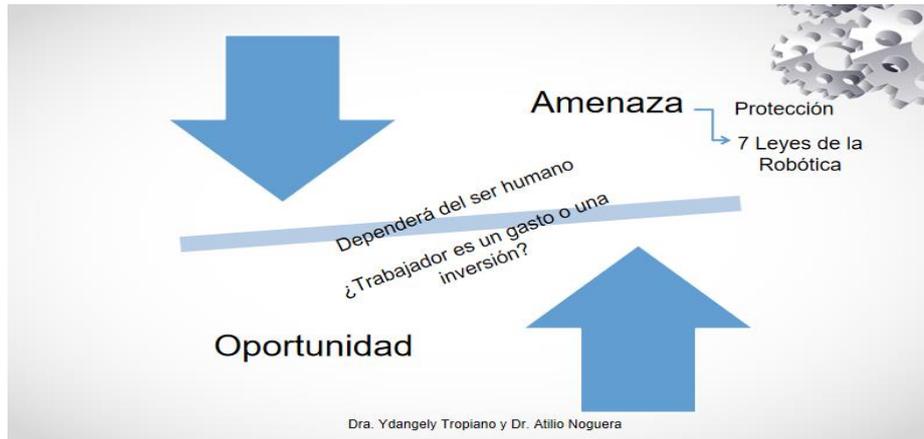
En tal sentido, Aghion, Antonin y Bunel²⁶ indican que, «Primero, la IA tiene

²⁵ I. NÜBLER, *Las nuevas tecnologías y las dinámicas de la creación de empleo*, en www.ilo.org, 3 mayo 2017.

²⁶ P. AGHION, C. ANTONIN, S. BUNEL, *Sobre los efectos de la IA en el crecimiento y el empleo*, en AA.VV., *El trabajo en la era de los datos*, BBVA, 2019, pp. 10 y 9.

el potencial de impulsar el crecimiento económico. Segundo, con instituciones inadecuadas y, en especial, con una política de competencia equivocada, la IA puede ralentizar el crecimiento económico». Asimismo argumentan que los efectos de la inteligencia artificial y la automatización en el crecimiento y el empleo dependen de las instituciones y las políticas, en razón que «puede estimular el crecimiento al reemplazar mano de obra por capital en la producción tanto de bienes y servicios como de ideas. Pero la IA también puede inhibir el crecimiento si se combina con políticas de competencia inadecuadas».

En este sentido, reflexionamos: invertimos inteligencia artificial para crear máquinas con el fin de destruir el empleo... dañar al trabajador dejándolo improductivo ¿por qué el trabajador es un gasto? o lo realizamos con el fin de mejorar la calidad de vida al considerar que es una inversión que contribuirá a fortalecer la producción o mejorar los procesos de trabajo... este último pensamiento es la realidad justa que generará una balanza donde indudablemente tanto el empresario como el trabajador saldrán ganando ante esta transformación que produce el avance tecnológico.



A tal efecto, a continuación se muestra las debilidades, oportunidades, fortalezas y amenazas que consideramos que derivará la robotización.

Debilidades	Oportunidad
<ul style="list-style-type: none"> • Reducción de puestos de trabajo y profesiones • Se requiere de inversión que podría ser costosa • Requiere mantenimiento preventivo y 	<ul style="list-style-type: none"> • Reorganización de los puestos de trabajo • Formación y capacitación continua a los trabajadores. • Generación de nuevos empleos y

paliativo • Generación de impuestos	carreras
Fortalezas	Amenazas
<ul style="list-style-type: none"> • Reducción del horario de trabajo • Impulsa la productividad • Aumenta el resultado • Disminuye los costos de producción • Herramienta de prevención en seguridad y salud en el trabajo • Menos peligro al ser humano: minas, militar, explosivos, negociación • Ahorro de costos • Llega a zonas que no se accede al sistema de transporte • Controla sin error el inventario • Aumenta las ventas • Utilización por 24 horas continuas durante los 365 días del año, sin descanso 	<ul style="list-style-type: none"> • Destrucción del empleo y reducción de profesiones • Despido masivo de los trabajadores • Aumento de enfermedades por pasividad de los trabajadores al quedar sin empleo • Aceleración de la jubilación o pensión • Renuencia de los trabajadores • Rechazo por la sociedad

Del cuadro se demuestra, que la robotización genera fortalezas y oportunidades interesantes y atractivas para las organizaciones y los trabajadores, en virtud que al mejorar la producción, su costo y rendimiento ocasiona un beneficio económico a las organizaciones, y por otra parte conduce a transformar las condiciones laborales de los trabajadores haciéndola más flexible, segura y menos tediosa, con posibilidades de crecimiento y autodesarrollo, sin embargo, todo cambio trae un “*pero*”, es decir, que dependerá como utilicemos y apliquemos la robotización y como se materialice las políticas de creación, inversión y comercialización permitirá que estos beneficios se de en equilibrio para ambas partes, de lo contrario produciría debilidades y amenazas, no solo en el sector laboral sino a la sociedad en general.

Al respecto, en el libro de BBVA²⁷, se detallan varias consecuencias de la automatización citando algunos autores:

- un aumento en la brecha salarial debido al rendimiento mejorado sobre la educación (Katz y Murphy, 1992; Krueger, 1993; Autor *et al.*, 1998; Bresnahan *et al.*, 2002; Acemoglu, 2002; Autor y Dorn, 2013);
- un aumento del desempleo: el desempleo tecnológico aumenta (Lucas y

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

Prescott, 1974; Davis y Haltiwanger, 1992; Pissarides, 2000), los empleos de manufactura y de tareas rutinarias desaparecen por efecto de la automatización (Jaimovich y Siu, 2012);

- la sobrecualificación de trabajadores: Beaudry *et al.* (2013) muestran que hay una demanda menor de trabajadores cualificados, que, en consecuencia, se ven “obligados” a aceptar empleos no cualificados, mientras que los trabajadores sin calificaciones pueden acabar expulsados del mercado laboral.
- polarización del mercado de trabajo: la automatización crearía más puestos de trabajo de alta y baja cualificación, al tiempo que eliminaría los de calificaciones intermedias (Goos y Manning, 2007). Autor y Dorn (2013) se centran en el cambio estructural en el mercado de trabajo: los empleos de renta media en el sector secundario serían reemplazados por empleos de renta baja en el sector servicios, menos amenazado por la automatización.

En fin, a la vista de los avances tecnológicos que se está originando y los que se espera en producir a corto-mediano y largo plazo, se deriva que hay una viabilidad de automatizar la mayoría de los puestos de trabajo y que será factible que sea fructífera, adaptándonos a los cambios, sin embargo, siempre habrá el pensamiento negativo ya que la tecnología está en manos del ser humano, y por lo tanto la automatización podría amenazar trabajos no rutinarios con dominio cognitivo, pero a su vez hay tareas no rutinarias como la redacción de textos legales, la música, el arte, la medicina o las ventas que no podrían ser sustituidas rápidamente, sin embargo al final, los puestos de trabajos se está definiendo más con predominio en tareas con habilidades y competencias en la computarización.

Ante el escenario de la incertidumbre o el miedo del resultado que tendrá la robotización en la sociedad, la Unión Europea ha establecido algunas leyes para regular y controlar el uso de las máquinas, lo cual no ha sucedido en América, no obstante, resulta oportuno mencionar las tres leyes de ética que estableció Isaac Asimov, que son la base y el antecedente doctrinal de la materia:

1. Un robot no puede hacer daño a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño;
2. Un robot debe obedecer las órdenes por los seres humanos, excepto si estas órdenes entrasen en conflicto con la primera ley;
3. Un robot debe proteger su propia existencia en la medida que esta protección no entre en conflicto con la primera o segunda ley.

Las tres leyes descritas nos conducen analizar que el principio moral universal en la creación de los robots *es que no causen daños a las personas*, y al respecto nos preguntamos ¿es un daño hacia la persona la eliminación de

cargos o de puestos de trabajo para implementar robots? ¿Quién es el responsable ante el daño ocasionado al trabajador? ¿El robot? o ¿Quién produce o invierte en la compra del robot?

En este orden de ideas, Roberto Losada Maestre amplía las leyes de Isaac Asimov considerando que son siete, derivados de autores de ciencia ficción que han complementado las tres leyes. En tal sentido, Lubien Dilov dio la cuarta en su obra *El camino de Ícaro* (1974): «Todo robot debe identificarse siempre como tal»; Kesarovsky enunció la quinta en la obra *La quinta ley* (1983): «Todo robot debe saber siempre que es un robot»; la sexta ley por Harry Harrison tiene conexión con Asimov: «Un robot debe reproducirse, en tanto en cuanto esta reproducción no entre en conflicto con las leyes primera o tercera», apareciendo en su obra de 1986.

Adicionalmente, Roberto Losada señala que debe incluirse una séptima ley de la robótica: ¿cómo hacer de los robots humanos ejemplares? en razón que considera que un robot debe sentir deseo por aquello mismo que los otros robots desean, existiendo la posibilidad que los robots desarrollen una conciencia autónoma resultando necesario humanizarlos, ya que por un lado podría causar daño a los seres humanos pero por otro lado podría ser unos santos comportándose con nosotros de forma indiferente²⁸.

En materia de seguridad y salud de trabajo, la creación de máquinas debe subsumirse a lo establecido en las normas internacionales y nacionales de cada país, en tal sentido el Convenio OIT C155 de 1981, [Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores](#), indica entre los principios en política nacional para la prevención de accidentes y daños de salud a los trabajadores, en velar entre las relaciones existentes con los componentes materiales del trabajo y las personas que lo ejecutan o supervisan, adaptación de la maquinaria, del equipo, del tiempo de trabajo, de la organización del trabajo y de las operaciones y procesos a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores (art. 5).

Ahora, ¿estas leyes y las demás que se crean serán suficientes para disminuir el miedo de los trabajadores ante la robotización? Es una hipótesis cuya respuesta estará en cada país que fomente el incentivo de la robótica y estime su gran utilidad en el ámbito laboral como un equipo que complemente y resguarde la salud y seguridad del trabajador y no como un medio de desvinculación laboral.

Y por qué hacemos esta reflexión, en razón que por ejemplo Venezuela tiene regulaciones que permitiría que la robotización sea implementada dentro de los límites que no cause daño a los trabajadores y que al final

²⁸ R. LOSADA MAESTRE, [La séptima ley de la robótica: cómo hacer de los robots humanos ejemplares](#), en [theconversation.com/global](#), 14 octubre 2018.

constituya un equipo o compañero colaborativo de las tareas, sin embargo, es uno de los países con menos factibilidad de recepción e inversión de la robótica por parte del empresario producto de la crisis política, económica y social; y ante ello nos conduce determinar que a veces las leyes no son suficientes, pero por otro lado analizando si en un futuro el estatus de Venezuela fuese diferente puede considerarse un país cuyas legislaciones velaría por la protección de los trabajadores donde la robótica se aplicaría con el objetivo que realmente deseamos para el bien común²⁹.

En fin, este tema tiene muchas hipótesis a desarrollar, no obstante, lo cierto es que hay una tendencia que la automatización reducirá puestos de trabajo y para un futuro los cargos serán ejecutados por robots, softwares o máquinas inteligentes, donde habrá menos demanda de mano de obra; estimándose que los avances tecnológicos no significará que los trabajadores perderán su puesto de trabajo, ya que surgirán otros cargos donde se tendrá que capacitar a los trabajadores, sino que la robotización será un complemento para proteger al trabajador de aquellas tareas con un alto nivel de peligrosidad para la salud, y por otro lado existirá aquellos puestos que no tendrán posibilidad de sustitución de la mano de obra humana pero con cultura y educación tendremos que afrontar este escenario y reajustarnos a los cambios.

6. Conclusión

La robótica se esta dirigiendo a la integración de los robots con el ser humano, con el fin de ser tan complementarios y colaborativos en nuestras tareas laborales y nuestras vidas al igual que han sido las computadoras, los equipos domésticos, los celulares.

En tal sentido, el número de unidades de robótica vendidas en el 2020, alcanzo a 465.000, superando la del 2018 que experimentó un aumento del

²⁹ La normativa en prevención y seguridad laboral consagra el deber que tiene el patrono de organizar el trabajo de conformidad con los avances tecnológicos que permitan su ejecución en condiciones adecuadas a la capacidad física y mental de los trabajadores (art. 56.1 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 26 julio 2005, n. 38.236), asimismo el art. 60, especifica que el deber del empleador de adecuar los métodos de trabajo así como las máquinas, herramientas y útiles utilizados en el proceso de trabajo a las características psicológicas, cognitivas, culturales y antropométricas de los trabajadores, realizando estudios pertinentes para implantar los cambios requeridos tanto en los puestos de trabajo existentes como al momento de introducir nuevas maquinarias, tecnologías con el fin de lograr una relación armoniosa entre el trabajador con el puesto de trabajo a ejecutar y su entorno laboral.

6% con respecto a 2017 (381.335 unidades), estimando que para el año 2022 llegará 584.000 unidades³⁰.

Los robots han constituido una herramienta de prevención de tareas peligrosas como aquellos trabajos en presencia de riesgos ergonómicos, así de actividades rutinarias y desagradables, como el caso de la exploración de zonas en guerrilla, de alto riesgo como la minería o lugares de difícil acceso o la interacción con delincuentes ante procesos de negociación, entre otros, incluyendo el fenómeno de la pandemia Covid-19 en preservar la seguridad del personal salud ante el contacto de pacientes.

Asimismo, los robots industriales son adaptables, ayuda a mejorar los procesos reduciendo los errores cometidos por el trabajador y es una herramienta en ergonomía y seguridad y salud laboral, ya que minimiza el cansancio al trabajador y a su vez ocasiona menos enfermedad que discapacite a la persona.

Lo que comenzó como un diseño simple para ayudar a los humanos a levantar y transportar equipos pesados, ahora se ha convertido en una máquina avanzada capaz de pensar, aprender y realizar innumerables actividades sin la ayuda o guía de ningún humano. Las últimas estadísticas de la industria de la robótica indican que los robots se están convirtiendo lentamente en una parte crucial de nuestra vida diaria.

Por consiguiente, la robótica es un medio que tiende a mejorar las condiciones laborales y nuestra calidad de vida diaria, siendo una herramienta complementaria en principio en labores físicas, y en los últimos años está avanzando en ocupar las labores cognitivas, como el ámbito de enfermería, medicina, administrativa, entre otros.

Observamos que la tecnología, en especial la inteligencia artificial, ha tenido un acelerado avance desde el 2015 al 2021, a diferencia de la década del 36 al 80, originando que la robótica esta transformando nuestra forma de vivir y trabajar, donde a su vez la generación desde los brazos industriales a robots humanoides nos conlleva a determinar que en un futuro algunos podrán entrar en el grupo de aquellos que se sentirá en una encrucijada subconsciente, en razón que la aceleración de la robotización generará incertidumbre y temor que al final podría convertirse en personas renuentes a este cambio y terminen desconectado al nuevo mundo laboral, y habrá otro grupo que creará en esta nueva era tecnológica, se adaptará y aprenderá a interactuar con las máquinas, se acoplará a los nuevos empleos, y el empleador mejorará la calidad de los puestos de trabajo, permitirá al empleado a dedicarse a actividades más específicas y estimulantes, con

³⁰ Vid. AFFDE, *Más de 27 estadísticas asombrosas de la industria de la robótica que debe conocer en 2021*, en www.affde.com, 16 julio 2020.

mayor valor cognoscitivo, de importancia e interés.

No podemos obviar, que la pandemia Covid-19 ha sido un factor que ha contribuido al adelanto de los proyectos de automatización, digitalización y robótica que estaban planificadas para un futuro, en virtud de la crisis sanitaria y económica, donde algunas empresas se quedaron paralizadas, algunas realizaron una reingeniería organizacional y otras cerraron, pero además en búsqueda de minimizar los contagios y complementando a los trabajadores en la realización de tareas peligrosas, tediosas, rutinarias.

En este sentido, el futuro que nos espera es que los robots terminarán siendo nuestros colaboradores en actividades de trabajo y doméstica, cooperarán a que nuestra vida se desarrolle con menos complejidad, permitirá ahorro de tiempo para dedicarnos en tareas de mayor utilidad, y a medida que pase el tiempo y como se desarrolle los factores políticos, económicos y sociales la robótica tendrá mayor presencia en nuestras vidas. Sin embargo, el detalle es que el trabajador logre adaptarse al cambio y no lo vea como un enemigo, y una estrategia de ello es concientizando pero además que se materialice que la robotización sea una herramienta de apoyo, que conduzca a reorganizar nuevas tareas, ya que de los estudios se observa y nos hace considerar por una parte que la automatización por medio de las tecnologías robóticas es una alternativa para hacer más fácil, cómoda y ágil la vida de las personas como por ejemplo la implementación del “Aspirador Conga” de Cecotec cuyo objetivo del robot es aspirar, pasa la mopa y friegan los fluidos, polvos u otras partículas siendo controlado a distancia por medio de un control remoto lo cual evita el esfuerzo que debe realizar el ser humano ante un aspirador tradicional y es una opción para aquellos que tienen poco tiempo para dedicarle a la limpieza, pero a su vez hace deducir que podría afectar los trabajos de baja cualificación así como aquellos que no sean estratégicos en el mercado laboral.

Al igual que están los supermercados móviles sin personal como Amazon Go que instaló en Estados Unidos una serie de tiendas tipo supermercados donde los clientes no deben pasar por caja ni hacer filas para cancelar los productos, simplemente utilizando inteligencia artificial, no obstante, esta innovación origina el desplazamiento laboral de las cajeras, del personal en atención al público, entre otros.

Por otra parte se considera que la automatización será un medio de protección al ser humano en tareas de alto impacto y riesgo contribuyendo a obtener resultados beneficiosos como la reducción del horario de trabajo, la prevención en seguridad y salud, la inversión del empleado en tareas intelectuales, la formación continua ante nuevos retos de trabajo, entre otras; sin embargo, siempre habrá la incertidumbre y generará muchas hipótesis ¿cuál será el futuro? ¿seremos sustituidos? ¿pasaremos a realizar

otras funciones? ¿anticipará la jubilación o pensión? ¿nuestra carrera o estudio tendrá futuro con el avance tecnológico? ¿habremos estudiado la carrera correcta?

Existe la tendencia, que los robots no podrá sustituir las tareas que domine el arte, los sentimientos, la creatividad ya que son características particulares de cada ser humano difícil de copiar con exactitud, lo cual quiere decir, que los robots podrán reemplazar el hemisferio izquierdo de la persona basada en la lógica, el control, el análisis, la estrategia, la razón resultando complejo el hemisferio derecho los deseos, la felicidad, la vida, la creatividad, el arte, la poesía.

Si bien la robotización podrá crear miedo, incertidumbre y una reacción no favorable por parte de los trabajadores, donde la competencia laboral entre humanos estará presente entre máquina y persona, es esencial para evitar ese choque la interacción eficaz con los trabajadores para lograr resultados positivos, donde se considere que la máquina viene como un elemento de cooperación e cohabitación y no un mecanismo de reducción de puestos de trabajo, donde al contrario originará la creación de nuevos puestos que sean útiles e eficaz para el sector industrial, la sociedad y la economía del país.

En estimar que un robot pueda ser considerado una persona, adquirir ciudadanía como Sophia, que fue un caso extremo y no se ha duplicado, y que adquiera derechos y deberes como abrir una cuenta bancaria, recibir dinero producto del trabajo como el ejemplo del robot Andrew de la película el hombre bicentenario, es un hecho aislado no tentativo a ocurrir pero no estaría tan lejos de suceder siempre y cuando veamos el control de los seres humanos en el tratamiento del robot.

Donde la responsabilidad del daño que ocasione el robot lo tendrá la empresa que produzca la máquina en caso de alquiler o el propio comparador que ostenta la propiedad.

Por otra parte, también se pronostica que la implementación masiva y extensiva de los robots originará por una parte nuevos empleos que algunos ya lo imaginamos cuáles son y habrá otros que no, en razón que surgirá a medida que se desarrolle la robotización; pero a su vez generará desempleo a muchos de los trabajadores, donde se destacará tres grupos, uno quienes tendrán o mantendrán excelentes trabajos con condiciones laborales optimas, otros estarán clasificados en trabajos de baja cualificación con menor salario y el otro grupo no trabajará, ya que su puesto u oficio será reemplazado por robot, habiendo por consiguiente la necesidad de mantener este grupo ocupado en alguna actividad, ya que la pasividad puede crear a su vez un daño psicológico y de salud que acarrea un problema de orden público al país.

A su vez, las personas que integraría el tercer grupo requerirán de un ingreso para cubrir sus gastos, pudiendo constituir una renta básica financiada o subvencionada por el estado, teniendo en consideración que en este grupo existe el facto que aumente pensionados y jubilados, como una alternativa de remplazar al ser humano.

Referente al desarrollo de la robótica en América, algunos países se están adaptando a este cambio e invirtiendo en robots, sin embargo, tendremos otros cuya proyección es a largo plazo como por ejemplo Venezuela donde no hay producción, dependiente de la importación, con una inflación alta, donde se manejan dos monedas en paralelo – el dólar y el bolívar –, y además la mano de obra del trabajador basada en la moneda nacional es económica cuyo salario mínimo al 2021 se encuentra en \$5, para el empresario podría no ser tentador sustituir al trabajador por un robot cuyo adquisición y mantenimiento podría ser más costoso. Por lo tanto, Venezuela es un país que la mano de obra está por debajo de China y la liquidación de un empleado su costo es rentable, en virtud de la depreciación de la moneda y el tipo de cambio con el dólar, convirtiéndose en un país no atractivo al avance de la robótica y por consiguiente alejado a esta misión.

En fin, la tecnología no se detendrá, continuará avanzando y tendremos de caminar bajo el mismo paso que se va desarrollando. Las profesiones y los oficios relacionados a la creatividad y los sentimientos será el punto débil de la robótica potencial y se producirá nuevas relaciones atípicas donde se deberá reformar las normas laborales.

Tendremos que aplicar estrategias donde ambas partes salgan favorecidas donde la implementación debe ser gradual y no violenta tendiente a mejorar la calidad de vida y prevención de riesgos laborales y que el proceso de transición los actores coadyuven que se logre los objetivos.

7. Bibliografía

AFFDE (2020), [*Más de 27 estadísticas asombrosas de la industria de la robótica que debe conocer en 2021*](#), en www.affde.com, 16 julio

AGENCIA EFE (2019), [*La OIT propone medidas para proteger al trabajador del futuro robotizado*](#), en www.efe.com/efe/america, 22 enero

AGHION P., ANTONIN C., BUNEL S. (2019), *Sobre los efectos de la IA en el crecimiento y el empleo*, en AA.VV., [*El trabajo en la era de los datos*](#), BBVA

ALDAMA Z. (2021), [*La escasez de mano de obra se propaga por China y llega a las firmas españolas*](#), en www.beraldo.es, 23 mayo

- ÁLVAREZ DROGUETT P.A. (2019), [*Organización Internacional del Trabajo: Automatización en el Trabajo*](#), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile
- BLÁZQUEZ AGUDO E.M. (2021), [*La protección jurídico-laboral de los “riders”. El trabajo en plataformas en la encrucijada de la laboralidad*](#), en [*Revista Derecho Social y Empresa*](#), n. 15
- CEA (2011), [*El libro blanco de la robótica en España. Investigación, tecnologías y formación*](#)
- CEVASCO L., CORVALÁN J.G., LE FEVRE CERVINI E.M. (2019), [*Inteligencia Artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo*](#), Astrea
- EUROPA PRESS (2019), [*El IDIS destaca la importancia del ‘Big Data’ en la prevención de riesgos laborales y en la seguridad en el trabajo*](#), en [*www.infosalus.com*](#), 26 diciembre
- FORBES (2020), [*Rappi inicia sus primeras entregas con robots*](#), en [*forbes.co*](#), 16 abril
- GRUPO BANCOLOMBIA, [*Robótica + agricultura: innovación en los campos colombianos*](#)
- GUTIÉRREZ NÚÑEZ A. (2021), [*Crean y lanzan un robot agrícola capaz de hacer pruebas de campos de producción*](#), en [*www.agronegocios.co*](#), 4 agosto
- INSER ROBÓTICA (2020), [*Da Vinci, Tesla y la ‘era robótica’: historia de una revolución de la automatización industrial*](#), en [*www.inser-robotica.com*](#), 8 agosto
- LAHERA SÁNCHEZ A. (2019), [*Digitalización, robotización, trabajo y vida: cartografías, debates y prácticas*](#), en [*Cuaderno de Relaciones Laborales*](#), n. 2
- LLORENTE C. (2020), [*Robotización, ¿solo cambiará el empleo?*](#), en [*Revista Empresa y Humanismo*](#), n. 1
- LOSADA MAESTRE R. (2018), [*La séptima ley de la robótica: cómo hacer de los robots humanos ejemplares*](#), en [*theconversation.com/global*](#), 14 octubre
- NEFFA J.C. (1987), [*Proceso de Trabajo, nuevas tecnologías informatizadas y condiciones y medio ambiente de trabajo en Argentina*](#), CEIL
- NÜBLER I. (2017), [*Las nuevas tecnologías y las dinámicas de la creación de empleo*](#), en [*www.ilo.org*](#), 3 mayo
- OIT (2019), [*El futuro del trabajo*](#), en OIT, [*Nuestra historia, tu historia*](#)
- OIT (2017), [*Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*](#)
- OPPENHEIMER A. (2018), [*¡Salvase Quien Pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización*](#), Penguin
- REVISTA DE ROBOTS (2021), [*Qué es un robot y ejemplos de tipos de robots*](#), en [*revistaderobots.com*](#), 27 diciembre
- RODRÍGUEZ H. (2021), [*¿Qué tipos de robots existen y cuáles son los más exitosos?*](#), en [*www.crehana.com*](#), 20 noviembre

SAGARDOY I., MERCADER J.R. (2017), *Desarrollo de la robotización y justo reparto de la riqueza*, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Palacio de Zurbano, 28 de marzo de 2017. Volumen II*, OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

SÁNCHEZ-MARTÍN F.M., MILLÁN RODRÍGUEZ F., SALVADOR-BAYARRI J., MONLLAU FONT V., PALOU REDORTA J., VILLAVICENCIO MAVRICH H., JIMÉNEZ SCHLEGL P. (2007), *Historia de la robótica: de Arquitas de Tarento al Robot da Vinci (Parte II)*, en *Actas Urológicas Españolas*, n. 3

SANZ ROMERO M. (2021), *Este robot humanoide horroriza con su increíble imitación de las expresiones humanas*, en www.elespanol.com, 8 diciembre

SATARIANO A., PELTIER E., KOSTYUKOV D. (2018), *Zora, el robot que cuida ancianos*, en www.nytimes.com/es, 30 noviembre

SOFTBANK ROBOTICS (2020), *Nao*, en www.softbankrobotics.com, 1º diciembre

THE LOGISTICS WORLD (2021), *Mano de obra mexicana ya es más barata que en China*, en thelogisticsworld.com, 26 enero

TROPIANO Y., NOGUERA A. (2020), *Los efectos positivos de la tecnología en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo*, en *Noticias CIELO*, n. 3

TROPIANO Y., NOGUERA A. (2009), *Indemnización Accidente de Trabajo y Enfermedad Ocupacional*, Aprendizaje Jurídico

Normativa OIT

Convenio OIT C155, *Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores*, 1981

Páginas web

Robot Mayordomo: <https://www.robotmayordomo.net/>

Videos

AGENCIA EFE (2019), *Japón pone a prueba robots como cuidadores de ancianos*, en www.youtube.com, 24 octubre

AMAZON (2019), *Amazon Scout*, en www.youtube.com, 23 enero

AUTOMATIZACIÓN Y ROBOTICA INDUSTRIAL DESDE CERO (2021), *Tipos de robots industriales*, en www.youtube.com, 8 diciembre

ENGINEERED ARTS (2021), *Ameca Humanoid Robot AI Platform*, en www.youtube.com, 1° diciembre

https://www.instagram.com/p/CN2FDlpI_BX/?utm_medium=copy_link

https://www.instagram.com/p/CQG-7v5IKOZ/?utm_medium=copy_link

https://www.instagram.com/s/aGlnaGxpZ2h0OjE3ODcyOTQxMDg2NDU0NTc1?story_media_id=2611567268284917616_34864414339&utm_medium=copy_link

https://www.instagram.com/tv/CFaxmptBIok/?utm_medium=copy_link

https://www.instagram.com/tv/CMWeSX0ikYE/?utm_medium=copy_link

https://www.instagram.com/tv/CP3Q8FiCQ_Q/?utm_medium=copy_link

NEW CHINA TV (2020), *Coronavirus fight: Robots make deliveries*, en www.youtube.com, 10 febrero

NEW CHINA TV (2020), *Robots deployed to deliver meals to travelers in isolation*, en www.youtube.com, 27 enero

TEST ENGINEERING (RESEARCH CENTRE) (2021), *Latest Human-Like Robot "Ameca" merged with Metaverse Technology*, en www.youtube.com, 6 diciembre

La difícil concreción de los derechos colectivos en entornos laborales digitalizados*

Juan Manuel MORENO DÍAZ**

RESUMEN: Las actuales formas productivas están englobadas en el marco de la economía digital, la cual está caracterizada por la globalización, la digitalización y la externalización y deslocalización de las actividades productivas de las empresas. Estas nuevas formas de producción han traído consigo el trabajo a distancia y la economía colaborativa, en los cuales se ha dado una gran degradación de los derechos de los trabajadores. Además, teniendo en cuenta la dispersión geográfica de los lugares de trabajo y de los trabajadores en este escenario, se ha dado una enorme inconcreción de los derechos colectivos de los trabajadores. Ello ha obligado a buscar fórmulas representativas alternativas a las tradicionales y nuevas formas de negociación colectiva.

Palabras clave: Digitalización, relaciones laborales, derechos colectivos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las modernas formas de producción y trabajo: características. 3. La economía digital omnicomprensiva. 4. La difuminación de los derechos colectivos laborales en el actual contexto productivo. 4.1. Las causas de la difuminación. 4.2. Los derechos afectados y los supuestos de afectación. 4.2.1. El trabajo a distancia y el teletrabajo. 4.2.2. La economía de plataformas. 4.2.3. ¿El Covid-19 como causa de afectación añadida? 5. La necesidad de recuperación urgente de los derechos colectivos en una época post pandemia. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* El presente trabajo es fruto y se inserta dentro del Proyecto Coordinado *Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social (DINARISK)* y, en concreto, dentro del Subproyecto 2, que lleva por título *Nuevas formas de negociación y conflicto colectivo en una economía de mercado digital*, Proyecto competitivo financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro del Plan Estatal 2017-2020 Retos-Proyectos I+D+i (Referencia: RTI2018-098794-B-C31).

** Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide (España).

The Difficult Realization of Collective Rights in Digitized Work Environments

ABSTRACT: The current forms of production are encompassed within the framework of the digital economy, which is characterized by globalization, digitization and outsourcing and relocation of the productive activities of companies. These new forms of production have brought with them distance work and the collaborative economy, in which there has been a great degradation of workers' rights. Furthermore, taking into account the geographical dispersion of the workplaces and of the workers in this scenario, there has been a huge lack of belief in the collective rights of the workers. This has made it necessary to search for alternative representative formulas to the traditional and new forms of collective bargaining.

Key Words: Digitization, labour relations, collective rights.

1. Introducción

El marco de producción actual está presidido por el protagonismo que la economía digital ha adquirido en los últimos años. En este contexto, no cabe duda de que la digitalización es la seña de identidad principal de todos los procesos que en él se desarrollan, aunque dicha característica ha venido acompañada de otras, como la globalización de las transacciones de bienes y servicios o la externalización y deslocalización de los procesos productivos.

Estos rasgos distintivos han tenido como consecuencia la importante depauperación de los derechos de los trabajadores y la progresiva evanescencia de los derechos colectivos de los trabajadores, principalmente por el hecho de que la prestación laboral se realiza mayoritariamente fuera del centro de trabajo tradicional de la empresa, con la consiguiente dispersión de los trabajadores, clave para una adecuada comunicación entre ellos y con los representantes de los trabajadores y que, una vez quebrada dicha comunicación, se torna mucho más difícil el correcto ejercicio de derechos como el de representación o de negociación colectiva.

En el presente estudio haremos un repaso de tales circunstancias y de cómo la fuerza de trabajo ha dado respuesta a tales dificultades de ejercicio derivadas de las nuevas condiciones en las que se presta actualmente el trabajo en la economía digital.

2. Las modernas formas de producción y trabajo: características

Los procesos actuales de producción están dominados por nuevas circunstancias atinentes a varios factores, a saber, la globalización, la tecnología y la externalización o subcontratación de bienes y servicios.

La digitalización afecta a los procesos productivos, teniendo en cuenta el rápido avance de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo y de los cambios organizativos que estos cambios pueden llegar a suponer en empresas poco familiarizadas aún con estas tecnologías. Además, hay que tener en cuenta la escasa formación de la mayor parte de la población trabajadora en materia digital, lo que hace todavía más complicados estos procesos de implementación tecnológica en las mismas. Ello igualmente tiene su repercusión en el ámbito del ejercicio de los derechos de los trabajadores, teniendo en cuenta que es cada vez más alta la proporción de procesos digitales que están relacionados con el ejercicio de derechos.

En relación con lo anterior, hay que destacar igualmente que de un tiempo a esta parte son cada vez más el número de empresas englobadas dentro de

la denominada economía de plataformas, en las que hay una conexión directa entre la empresa que presta el servicio y el consumidor final o cliente, con la casi virtualización en la práctica del trabajador clásico considerado como tal. Es el caso de empresas como Uber, Cabify, Glovo, etc. Al respecto, ha habido durante un tiempo un dilema en cuanto a la consideración de los prestadores de servicios para dichas empresas como trabajadores autónomos o asalariados. Dicho dilema fue resuelto finalmente por el Tribunal Supremo en el año 2020, a favor de la consideración como trabajadores asalariados de estos empleados.

La existencia cada vez mayor de estas empresas ha creado un modelo productivo propio, en el que el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores se hace especialmente complicado, principalmente por la práctica inexistencia y desaparición del centro de trabajo y por la dispersión de trabajadores que dicho modelo trae consigo. Esto se hace especialmente visible en relación con los derechos colectivos de los trabajadores, como tendremos oportunidad de analizar en este trabajo.

Por otro lado, hay otros factores que añaden dificultades al reconocimiento y ejercicio de los derechos del trabajador, en especial, de los derechos colectivos. Así, la globalización ha afectado enormemente a este reconocimiento, sobre todo, si tenemos en cuenta que gran parte de los bienes y servicios que hoy se producen en el mundo se hace a través de grandes empresas multinacionales, con ramificaciones en muchos de los países del globo. La dificultad que esto lleva consigo estriba en el reconocimiento de los mismos derechos en igual medida (incluidos los colectivos) a todos los trabajadores de la empresa.

Además de lo anterior, se ha puesto de relieve las sinergias que la digitalización y la globalización producen entre sí, hace que ambas se retroalimenten, de forma tal que «la digitalización es más profunda en la medida en que se desarrolla en un escenario de economía globalizada, del mismo modo que la globalización se extiende con más fuerza en la medida en que la misma se desarrolla dentro de un contexto de digitalización de la economía»¹.

La globalización, igualmente, ha supuesto el aumento de la internacionalización de las empresas multinacionales con la implantación generalizada de las cadenas mundiales de suministro, lo cual conecta, a su vez, con el fenómeno de la cada vez mayor externalización y subcontratación de los servicios en la economía moderna, unido a la deslocalización de empresas, lo que hace que los productos finales que van

¹ J. CRUZ VILLALÓN, *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, p. 16.

a venderse en el mundo occidental hayan sido elaborados materialmente en países en vías de desarrollo y con democracias muy débiles, donde el reconocimiento de los derechos de los trabajadores es muy incipiente o casi inexistente.

Por tanto, el gran desafío hoy es precisamente extender, en este escenario, los derechos laborales a toda la cadena mundial de suministro desde las empresas matrices hasta los contratistas y proveedores finales de la cadena, y ello a pesar de las dificultades que la actual configuración del mercado de trabajo mundial y las circunstancias mencionadas añaden en el reconocimiento de los derechos laborales individuales, en general, y de los colectivos, en particular.

3. La economía digital omnicompreensiva

A día de hoy es difícil encontrar una actividad donde no haya llegado la tecnología digital. En efecto, la progresiva implantación de las tecnologías de la información y de la comunicación han invadido todas las esferas de la vida, incluida la laboral.

Esto ha traído consigo muchas comodidades, y ha facilitado el intercambio de bienes y servicios en la nueva economía. Esto es así si pensamos, por ejemplo, la cantidad de gestiones que podemos realizar telemáticamente con todas las administraciones públicas o con grandes empresas, como los bancos o las aseguradoras, por poner solo un ejemplo. A día de hoy, son cada vez más los servicios digitales que estas empresas ofrecen, de forma que se prima y se incentiva que el usuario de los servicios haga uso de los mismos, para así descargar de gestiones presenciales las oficinas bancarias. Claro que esto tiene una doble lectura, porque también con ello las entidades bancarias buscan con ello la reducción de personal y de oficinas en su red comercial. En definitiva, se va buscando poco a poco la utilización intensiva de todo lo digital por parte del usuario final o cliente, a cambio, por ejemplo, de una reducción en el cobro de comisiones bancarias.

De la misma forma, han sido puestas de manifiesto las virtudes derivadas de otro aspecto importante de esta economía digital, como es la economía colaborativa. En efecto, como se ha dicho, además de la importancia puramente cuantitativa de la economía colaborativa, ésta aporta otro valor añadido. Así, se ha afirmado que, «además de crear valor económico, la economía colaborativa, en su dimensión social y ambiental, contribuye a estrechar lazos de solidaridad entre los ciudadanos, revitalizar la economía local, crear empleo, racionalizar el consumo de las familias mediante el uso compartido de ciertos bienes, reducir la huella energética y favorecer un

consumo más responsable y sostenible»².

Este hecho, sin embargo, tiene una contrapartida para los trabajadores actuales, y, sobre todo, para los que prestan servicios en las plataformas digitales. Como es sabido, en este tipo de empresas, la gestión no se hace directamente por personas, sino a través de algoritmos, es decir, de fórmulas matemáticas programadas por una máquina que sirve a la empresa para tomar una decisión respecto, por ejemplo, la promoción del trabajador, el cambio de funciones o, en los casos más extremos, el despido del mismo. De igual manera, esta inteligencia artificial basada en algoritmos también se utiliza hoy en día en las empresas para la selección de trabajadores. «Así, es ya una realidad que los empleadores optan por una gestión parcial o totalmente digital en sus procesos de selección, buscando eficiencia, celeridad y, muchas veces, decisiones más acertadas. Esto, por ejemplo, se hace evidente con los sistemas remotos a través de los cuales un postulante – desde cualquier lugar del mundo – puede resolver pruebas, “asistir” a entrevistas de trabajo o participar en dinámicas grupales»³.

De igual forma, como se ha dicho, podrían citarse otras consecuencias aledañas que la digitalización de la economía está produciendo en las relaciones laborales. Por ejemplo, «la transformación digital de los procesos tiene asimismo efectos en las condiciones laborales, que en algunos casos pueden ser positivos en términos por ejemplo de mayores niveles de autonomía, flexibilidad del tiempo de trabajo, enriquecimiento de los contenidos de trabajo y disminución de algunos riesgos físicos; pero que en otros pueden ser negativos, tales como la intensificación de los ritmos de trabajo, mayores niveles de vigilancia y control a las trabajadoras y trabajadores por las empresas, la hiper-conectividad, o el aumento de los riesgos laborales psico-sociales»⁴. Asimismo, la negociación colectiva, que está llamada a jugar un papel relevante en el reconocimiento de los derechos derivados de la digitalización de la economía, no ha destacado hasta ahora en este ámbito, sino que, más bien, ha ido incorporando lentamente algunos aspectos digitales en determinados sectores productivos, pero sin llegar a desempeñar ese papel que se esperaba de ella, y ello porque «las prioridades clave de los sindicatos españoles siguen centradas en la actualidad en tratar de recuperar las condiciones laborales y los derechos laborales gravemente dañados durante la Gran Recesión, particularmente en materia salarial. En

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (Dictamen exploratorio).

³ J. TOYAMA MIYAGUSUKU, A. RODRÍGUEZ LEÓN, *Algoritmos laborales: Big Data e inteligencia artificial*, en *Themis*, 2019, n. 75, p. 257.

⁴ FUNDACIÓN 1º DE MAYO, *La dimensión laboral de la economía digital. Reflexiones para un debate en proceso*, Informe, 2020, n. 146, p. 27.

este sentido, la digitalización ha tenido en los últimos años una posición marginal en la agenda de negociación de los representantes de las trabajadoras y trabajadores»⁵.

Por tanto, todo lo anterior tiene sus efectos en los derechos laborales, no solo individuales, sino colectivos, dado que se ha producido una degradación general de tales derechos, fruto del proceso de digitalización de las relaciones de trabajo y también la difuminación de los contornos de estos derechos, dado que la deslaboralización que están llevando consigo los actuales procesos productivos y las nuevas formas de trabajo, unido a la virtualización de las mismas, dificulta cada vez más el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la nueva economía.

4. La difuminación de los derechos colectivos laborales en el actual contexto productivo

4.1. Las causas de la difuminación

Como ha sucedido tantas veces a lo largo de la historia del trabajo, el reconocimiento de los derechos de los trabajadores ha pasado por épocas en las que se ha producido un deterioro de los mismos, fruto de las circunstancias y del contexto histórico de cada época. Sin ir más lejos, el nacimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica propia fue fruto de la Revolución Industrial y de las pésimas condiciones de trabajo derivadas de la época del maquinismo y de la generalización del trabajo con las máquinas.

En efecto, fue en el último tercio del siglo XVIII cuando, con la aparición de la primera máquina, dio comienzo el proceso de industrialización que desembocó en el fenómeno que dio en llamarse Revolución Industrial. A partir de ahí, toda la concepción de las prestaciones de servicios de una persona para otra sufrió un proceso de cambio histórico que supuso una alteración por completo de cómo se entendían hasta entonces las relaciones de trabajo. Dicho proceso, sin embargo, lejos de suponer (como parecía) una mejora en las condiciones en las que los trabajadores prestaban sus servicios, llevó consigo un empeoramiento de las condiciones laborales: Excedente de mano de obra para la explotación, sometimiento a la ley de la oferta y la demanda del intercambio de trabajo por salario, reducción progresiva de la demanda de trabajo controlada por el empresario, jornadas de trabajo sin fin, salarios de miseria, condiciones de trabajo precarios y

⁵ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

ambientes de trabajo nocivos e insalubres y explotación de niños y mujeres. Todo lo anterior condujo a un fenómeno que recibió el nombre de Cuestión Social que desembocaría, con posterioridad, en el movimiento obrero y el nacimiento de sindicalismo, como manifestación más palmaria de la organización de los trabajadores en la reivindicación y defensa de sus intereses.

Esta degradación de los derechos laborales que se dio en la Revolución Industrial se ha repetido, como decimos, en otros muchos momentos históricos, fundamentalmente coincidentes con períodos de crisis económicas, sanitarias o de la aparición de nuevas tecnologías en el trabajo (como fue el caso de la primera Revolución). Efectivamente, entre crisis económica y Derecho del trabajo, ha habido una relación histórica permanente, o, dicho de otra manera, «la crisis económica y el derecho del trabajo son compañeros de viaje históricos»⁶.

Y ello por dos razones: «en primer lugar, porque el Derecho del Trabajo es un derecho de la redistribución y, como es lógico, la redistribución se vuelve más difícil en una situación de crisis; cuando hay menos para distribuir [...]; y, en segundo lugar, porque en el sistema capitalista en el que vivimos, las crisis son cada vez más frecuentes. Son recurrentes y cada vez más recurrentes. Basta mirar un poco para atrás, para recordar la crisis inglesa, la crisis tequila, la crisis rusa, la crisis asiática, etc., etc., cada poco tiempo nos cae una, por lo cual este relacionamiento Derecho del Trabajo-crisis es recurrente»⁷.

A este respecto, podemos en cierta medida asimilar el momento presente a lo que ocurrió entonces, dado que desde comienzos del siglo XXI se han sucedido distintas circunstancias que han sacudido la economía mundial por distintos motivos. El primero de ellos fue la crisis económica global que asoló al mundo entero y que dio comienzo en la primera década de este siglo. La duración de la misma, que se prolongó a lo largo casi de diez años, tuvo unos efectos devastadores en el mundo del trabajo, y muchos empleos se perdieron como fruto de la misma.

Con posterioridad tendría lugar la pandemia sanitaria por Covid-19, que sigue hoy en día azotando a todo el planeta. Las consecuencias de dicha crisis se han dejado sentir en el ámbito de la salud, por supuesto, pero también se sintió en la economía mundial y en el mercado de trabajo. En efecto, la crisis sanitaria provocada por la pandemia causada por el Covid-19 ha traído consecuencias nefastas para el mundo entero, con millones de

⁶ M.C. PALOMEQUE, *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*, en *Revista de Política Social*, 1984, n. 143, p. 154.

⁷ O. ERMIDA URIARTE, *Crisis y Derecho del Trabajo: viejos conocidos*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, 2009, n. 27, pp. 81 y 82.

muerdos en todos los países del planeta y, por lo que respecta a las relaciones de trabajo, con una nula actividad durante más de un año, derivada de la inactividad del mercado económico mundial, que se ha sentido notablemente en el mercado de trabajo a todos los niveles. Fruto de ello ha sido la desaparición de miles de empresas, y, las que han podido sobrevivir, han tenido que recurrir a despidos masivos o a expedientes de regulación temporales de empleo, como forma de suspender relaciones de trabajo con los empleados de las mismas, que se retomarían una vez que se volviera a la normalidad ansiada por todos.

A este respecto, hay que decir que, en tales circunstancias, las condiciones de trabajo sufridas por los trabajadores a nivel mundial ha sufrido igualmente una degradación similar a la que hemos comentado anteriormente, aunque con la diferencia de que la normativa protectora de los trabajadores que existe actualmente no existía en la época de la Revolución Industrial. Y esa rebaja de los derechos laborales se ha producido tanto en el nivel individual como en el nivel colectivo, dado que, en este caso, ha primado el derecho a la salud e, incluso, el derecho a la vida frente a los derechos laborales básicos de los trabajadores.

Sin embargo, la vida continúa y la vuelta a la normalidad parece más cercana que lejana. Por tanto, habrá que ir recuperando esos derechos que tanto tiempo y esfuerzo ha costado conseguir, aunque, como decimos, la tarea no es fácil.

4.2. Los derechos afectados y los supuestos de afectación

En relación con todo lo anterior, si bien los factores mencionados afectan a los derechos de los trabajadores en general, es cierto que son los derechos colectivos los que salen peor parados. Y es sobre todo la digitalización el factor que tiene más incidencia en la difuminación, junto con la externalización de los servicios.

A este respecto, la digitalización ha llevado consigo una nueva forma de entender la prestación de trabajo, fundamentalmente en lo que respecta al lugar de la prestación. El imparable avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha permitido que la prestación se efectúe más allá de las fronteras físicas de la empresa, es decir, lejos de las instalaciones de la misma, a través de fórmulas como el teletrabajo, que permiten que un trabajador efectúe la misma labor que antes, pero desde su casa (o desde cualquier otro lugar) en vez en las instalaciones de la empresa. Por otra parte, se han generalizado fórmulas de prestación del trabajo en el marco de la economía de plataformas, que han traído consigo, igualmente,

un ejercicio mucho más difuso de los derechos en general, pero de los derechos colectivos en particular. Veremos cada uno de los dos apartados por separado.

4.2.1. El trabajo a distancia y el teletrabajo

Como decimos, en la actualidad hay una amplia variedad de actividades productivas que se llevan a cabo gracias a las tecnologías de la comunicación, entre ellas, el teletrabajo y el trabajo a distancia.

Este fenómeno, relativamente reciente, ha supuesto el que las empresas hayan apostado cada vez más por trabajadores que llevan a cabo sus tareas completamente a través de esta fórmula, o que, al menos, una vez cada cierto tiempo (una vez a la semana, por ejemplo) puedan quedarse en sus casas haciendo sus tareas pero conectados virtualmente a la empresa a través de los medios digitales.

Los modernos medios de comunicación, en un mercado de trabajo dominado por la digitalización, como se ha dicho al principio, ha hecho que este fenómeno de la prestación del trabajo más allá de las fronteras físicas de la propia empresa sea cada vez más habitual (sobre todo a raíz de la pandemia de Covid-19) y que, una práctica que comenzó siendo excepcional, haya terminado por implantarse definitivamente (al menos en gran parte de las empresas).

Fruto de lo anterior ha sido la reciente publicación en España de una ley (Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia)⁸ que viene a regular los derechos de los trabajadores cuando trabajan lejos del lugar donde tiene su sede física la empresa. En dicha norma se reconocen los derechos de los trabajadores que prestan servicios a distancia y a través de medios basados principal o prevalentemente en la tecnología, es decir, a través del teletrabajo (Ley 10/2021, art. 2). La norma mencionada viene a reafirmar la necesidad del respeto de los mismos derechos a aquellos trabajadores que prestan servicios en la empresa de una manera presencial, para diferenciarlos de aquellos que lo hacen a distancia o en régimen de teletrabajo. Se parte, pues, de un principio de igualdad de trato y no discriminación entre unos y otros (art. 4), haciendo posteriormente relación de todos los derechos reconocidos a estos empleados que trabajan en la empresa, pero no en la sede física de la misma. La ley, después de reconocer esa igualdad de derechos, hace hincapié en determinados derechos relativos a la promoción en el trabajo, a la seguridad y salud laboral y, sobre todo, a

⁸ En *BOE*, 10 julio 2021, n. 164.

la protección de tales empleados en relación con un mal uso o abuso empresarial de las nuevas tecnologías, impidiendo, por ejemplo, un derecho al descanso pleno, o exigiendo una conexión permanente del trabajador a través de tales herramientas. Por ello, se reconocen derechos como la desconexión digital (art. 18) o el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales frente a usos empresariales indebidos de los medios digitales (art. 17).

Con posterioridad, la ley se refiere a los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia (art. 19). En este aspecto, la norma es mucho más parca que la relación que ha hecho anteriormente con el resto de derechos, estableciendo una cláusula genérica de reconocimiento igualitario de tales derechos a estos trabajadores, tal y como se hace a los trabajadores presenciales. Más allá de eso, el precepto en cuestión únicamente hace matizaciones muy concretas a estos derechos, dejando que sea la negociación colectiva la que establezca las condiciones para un adecuado ejercicio de los mismos, respetando siempre, eso sí, los mismos derechos a los trabajadores presenciales y a distancia (art. 19.1).

En efecto, la ley acude a la negociación colectiva para que ésta establezca «las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación, con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa». Sin embargo, esto es algo que está aún por desarrollar. No sabemos si los convenios colectivos incluirán a partir de ahora estas condiciones de aseguramiento del ejercicio real de los derechos colectivos por parte de estos trabajadores, teniendo en cuenta que, tras la pandemia del Covid-19, son cada vez más los empleados que han pasado a efectuar sus prestaciones para la misma empresa pero a distancia. Quizás este incremento favorezca la implementación de estas medidas de aquí en adelante, sobre todo después del mandato que la ley hace, pero lo cierto es que, hasta ahora, esto no se ha dado (quizás por la escasez de trabajadores en tales circunstancias y porque no estaba contemplada esta previsión legalmente) y los derechos colectivos de estos trabajadores, tales como la huelga, la libertad sindical o la negociación colectiva, siguen siendo tan inconcretos como antes, con el agravante de que los entornos actuales de trabajo, caracterizados por su dispersión geográfica, no solo no favorecen, sino que, al contrario, dificultan, el ejercicio de los mismos, dada la separación física entre los trabajadores y de estos, a su vez, con los representantes.

Por tanto, y en conclusión, la mención que se ha hecho en esta norma de los derechos colectivos de los trabajadores que no prestan servicios en el

centro de trabajo de la empresa, sino más allá de sus muros (fundamentalmente a través del teletrabajo) ha sido muy difusa e inconcreta, haciendo un reconocimiento general de tales derechos, pero sin entrar a concretar nada más.

Y esto posiblemente sea debido a la dificultad intrínseca que el ejercicio de tales derechos presentan en las prestaciones a distancia, y ello debido a distintas circunstancias: a) dispersión de los trabajadores; b) dispersión de los lugares de trabajo. Dichas circunstancias añaden un plus difícil de soslayar cuando se trata de ejercitar los derechos colectivos en prestaciones de trabajo con una fuerte carga de trabajadores a distancia o teletrabajadores, dado que un correcto ejercicio de los mencionados derechos aconseja, en primer lugar, la concentración de los trabajadores en un único centro de trabajo, con una presencia física de los mismos y con un contacto permanente de los trabajadores entre sí y con sus representantes. Solo de esta manera éstos podrán conocer los problemas reales de sus representados y, en unión de ellos, plantear acciones de lucha y reivindicación de derechos frente a los problemas planteados en el día a día del trabajo en la empresa.

Todo esto se ha agravado con la pandemia de Covid-19 que lleva azotando al mundo desde 2019, dado que a los gravísimos problemas de salud que se han derivado de ella, hay que unir los efectos nocivos que aquella ha tenido para las relaciones laborales y el efectivo disfrute de los derechos por parte de los trabajadores. En efecto, la pandemia ha acentuado el trabajo lejos de la sede física de la empresa, generalizando el trabajo a distancia, lo que sin duda ha venido a acentuar los problemas que ya se estaban notando con las circunstancias mencionadas.

Por último, hay que añadir un último factor que viene a rematar el sumatorio de condiciones que vienen haciendo cada vez más difícil el ejercicio de los derechos colectivos. Nos referimos al trabajo para plataformas digitales, que se verán en el apartado siguiente.

4.2.2. La economía de plataformas

Un segundo caso de afectación y difuminación de los derechos colectivos de los trabajadores es el que se ha dado en el marco de la economía de plataformas. En el mercado de trabajo actual, ha irrumpido con fuerza desde hace algún tiempo un nuevo tipo de empresa, de base tecnológica, en la cual la organización que gestiona todas las relaciones de trabajo que se dan en ella no es una persona física como tal, sino una máquina u ordenador que organiza, gestiona, planifica y lleva la cuenta de las actividades de todos

los que prestan servicios para la misma. El caso paradigmático de estas empresas basadas en plataformas digitales son las empresas de reparto a domicilio, tales como Glovo, Deliveroo o Uber Eats, donde los empleados reciben el nombre de *riders*.

A este respecto, la OIT⁹ ha considerado cómo las plataformas laborales digitales «están transformando el mundo del trabajo y cómo eso afecta a los empresarios y a los trabajadores». El informe se centra en dos tipos principales de plataformas digitales de trabajo: las plataformas en línea basadas en la web, en las que los trabajadores realizan tareas en línea y a distancia, y las plataformas basadas en la localización, en las que los individuos realizan tareas en un lugar físico específico, como los taxistas y los repartidores. Y la OIT reconoce los beneficios que estas empresas traen para la economía en general, en especial, para determinados colectivos de trabajadores como los jóvenes, los trabajadores migrantes, las mujeres y las personas con discapacidad, para los cuales «el desarrollo de estas plataformas digitales tiene el potencial de ofrecerles oportunidades y ventajas para generar ingresos». Por otra parte, el informe también incide en que «en los países en desarrollo, en particular, estas plataformas se consideran una fuente prometedoras de oportunidades de trabajo, lo que ha llevado a muchos gobiernos a invertir en el desarrollo de infraestructuras y competencias digitales», siendo tal hecho beneficioso igualmente para las empresas, ya que «pueden utilizar estas plataformas para acceder a una fuerza de trabajo a escala global y local a fin de mejorar su eficiencia, aumentar su productividad y gozar de una mayor proyección de mercados»¹⁰. Sin embargo, sin dejar de reconocer las virtudes y posibilidades de esta nueva forma de producción, la OIT también pone de manifiesto los problemas que tales plataformas crean en relación con las condiciones de trabajo y los derechos de los trabajadores, y, en especial, con los derechos colectivos. Así, en el Informe se vierte que «este tipo de plataformas brindan oportunidades, pero llevan aparejados algunos problemas. En lo que se refiere a los trabajadores, los problemas atañen concretamente a la irregularidad del trabajo y los ingresos, las condiciones de trabajo, la protección social, la utilización de las competencias profesionales, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva».

Así, en dichas plataformas se han detectado prácticas restrictivas de la participación de los trabajadores en las negociaciones colectivas, dado que, siendo la mayor parte de estos empleados trabajadores que son obligados a

⁹ Vid. OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, 2021.

¹⁰ *Ibidem*, p. 19.

ser contratados como autónomos, «en muchas jurisdicciones, la ley de competencia prohíbe que los trabajadores autónomos participen en negociaciones colectivas, por considerar que, de hacerlo, constituirían un cártel»¹¹, y ello a pesar de que los Convenios 87 y 98 OIT, referidos a la negociación colectiva y la libertad sindical, establecen y reconocen tales derechos a todos los trabajadores.

Por otra parte, «otro obstáculo para la organización colectiva de los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo es su dispersión geográfica. No obstante, algunos trabajadores de distintas regiones han conseguido organizarse, sobre todo a través de medios digitales, y en particular los trabajadores de las plataformas de trabajo localizado han hecho huelgas, entablado litigios y promovido la sindicación. Algunos trabajadores han creado también plataformas cooperativas»¹². Esto ha ocurrido a lo largo y ancho de los principales países del mundo donde las plataformas digitales han aflorado con más intensidad. Así ha ocurrido con «la asociación Asoriders, creada por trabajadores de plataformas digitales del sector de la mensajería y que representa a mensajeros que trabajan para distintas empresas de reparto en calidad de autónomos, y de la Asociación RidersxDerechos, en el ámbito de las plataformas de reparto a domicilio»¹³. Asimismo, desde los sindicatos tradicionales se han creado espacios dentro de sus webs para dar cabida a dudas, problemas o cualquier otra circunstancia de sus afiliados que prestan servicios laborales en el ámbito del trabajo en plataforma. Es decir, teniendo en cuenta la generalización de esta forma de prestación de servicios y de los abusos de derecho que se están cometiendo en ellas, dado que hasta ahora ha sido prácticamente imposible la creación de sindicatos propios de estos trabajadores (por su consideración como trabajadores autónomos), los propios sindicatos han salido al encuentro de los problemas reales que se dan entre sus afiliados, creando espacios digitales de respuesta a aquellos. Un buen ejemplo de ello es Turespuestasindical.es, creado por el sindicato UGT como espacio de difusión de todas aquellas novedades que se puedan ir produciendo en el ámbito de las plataformas digitales y donde los afiliados a ese sindicato pueden plantear problemas o cuestiones suscitadas en sus prestaciones de servicios para aquellas, como forma de enriquecimiento del conocimiento de toda la problemática que se está produciendo en dicho sector, e, igualmente, como forma de poder generar sinergias para la reivindicación de los derechos e intereses de tales trabajadores.

¹¹ *Ibidem*, p. 25.

¹² *Ibidem*, p. 26.

¹³ J.M. MORENO DÍAZ, *La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización*, Bomarzo, 2021, p. 55.

En relación con lo anterior, los propios trabajadores de las plataformas son conscientes de las dificultades de reconocimiento de sus derechos por parte de aquellas, dada la inexistencia de una regulación clara y transparente al respecto, y de que necesitan organizarse para la consecución y plasmación de sus derechos. A este respecto, se están oyendo voces en ciertos sectores del trabajo en plataformas en cuanto a la necesidad de canalizar sus reivindicaciones conjuntamente y como una sola voz, porque, de otra forma, la plataforma aprovecha esa desunión para sacar ventaja en relación con lo que pueden ofrecer sus trabajadores. Es el caso de los creadores de contenidos, que han dado el paso de crear la Red de Creadores de Contenidos digitales en el sector de las plataformas, con el propósito de aunar sus esfuerzos frente a aquellas a la hora de reivindicar lo que se considera como justo precio de su trabajo¹⁴.

En definitiva, el sector de las plataformas digitales es un claro ejemplo de las dificultades de ejercicio de los derechos de sus trabajadores, por las circunstancias que se dan en ellas, fundamentalmente, la dispersión geográfica de sus trabajadores y de los centros donde se efectúa el trabajo, que hace mucho más complicado el intercambio de información y prácticas entre los trabajadores de cara a una negociación con la plataforma de sus condiciones laborales. Por otra parte, se dificulta igualmente el derecho de representación (de hecho no existen representantes de los trabajadores con carácter general), lo que dificulta aún más el ejercicio de los demás derechos colectivos, tanto el de negociación colectiva como el de libertad sindical y huelga. Por tanto, se hace urgente una regulación en este sentido que favorezca la verdadera implantación de tales derechos en un sector productivo como éste, tan en auge y que tantos trabajadores está aglutinando en torno a él.

4.2.3. ¿El Covid-19 como causa de afectación añadida?

Por último, una postrera circunstancia que ha venido a acentuar el difícil reconocimiento y concreción de los derechos colectivos en el actual escenario laboral ha sido la pandemia del Covid-19.

Esta enfermedad ha impactado sobre las condiciones en las que se presta el

¹⁴ Puede verse precisamente en [Turespuestasindical.es](https://www.turespuestasindical.es) la rueda de prensa que dichos creadores de contenido ofrecieron de forma virtual y el anuncio de unas jornadas en diciembre de 2021 (aún no celebrada cuando se escriben estas líneas), donde se discutirán las principales problemáticas del sector y se estudiará la forma de mejorar su relación con las plataformas para conseguir una mayor claridad y transparencia y una mejor defensa de sus creaciones.

trabajo actualmente, y ha supuesto un punto de inflexión importante en las formas de prestación de los servicios y, de paso, del ejercicio de los derechos laborales, tanto a nivel individual como colectivo.

Así, el hecho fundamental que trajo la aparición del Coronavirus fue la masiva realización de las prestaciones laborales desde el domicilio del trabajador. Dicha circunstancia, que parecía coyuntural en un inicio, se ha afianzado y convertido en permanente, de forma que, si bien no todas las empresas han mantenido a todos sus trabajadores en sus casas, sí se ha adoptado un modelo híbrido, dominado por la vuelta general a la presencialidad, pero combinándolo con algunos días de prestación del trabajo a distancia o en modo de teletrabajo.

Por tanto, en relación con lo que venimos diciendo, el tiempo de estricta prestación de servicios a distancia ha acentuado los problemas de ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, por el hecho de que el trabajador no aparecía por el centro de trabajo, si bien, con la vuelta a la normalidad relativa, se han ido recuperando tales derechos progresivamente, teniendo en cuenta que, como venimos manteniendo, el adecuado ejercicio de estos derechos tiene como presupuesto ineludible la cercanía entre los trabajadores y la permanente conexión física entre trabajadores y representantes, lo que ha vuelto a ser una realidad tras la reincorporación de los trabajadores a las empresas.

5. La necesidad de recuperación urgente de los derechos colectivos en una época post pandemia

Tras lo dicho en los apartados anteriores, parece necesario preguntarse en torno a la necesidad de una recuperación plena de los derechos colectivos de los trabajadores en tales circunstancias, sobre todo teniendo en cuenta que la incidencia de las nuevas formas de trabajo, con la consiguiente difuminación de los derechos colectivos, están cada vez más presentes en el ámbito de las relaciones laborales.

A este respecto, parece necesario actuar, dirigiendo la acción sindical en un triple sentido: a) fortalecer el papel de la negociación colectiva en la digitalización de los sectores productivos y empresas; b) adaptar los esquemas tradicionales de acción sindical a los nuevos entornos laborales (plataformas digitales); c) impulsar a través del diálogo social tripartito marcos normativos adecuados y políticas de acompañamiento que favorezcan los avances y reduzcan las brechas (género, edad, territorio...). Así, por lo que respecta al derecho de representación, parece obvio que hay que crear nuevas instancias representativas que den respuesta a los

problemas que se plantean en el actual contexto productivo. Esto debería hacerse ideando fórmulas de organización sindical y defensa de los intereses de los trabajadores en términos de ciclo o cadena productiva (global), superando los estrechos márgenes marcados por el oficio y la empresa o el sector a los que se ha ceñido tradicionalmente las mismas.

En relación con lo anterior, hay que decir que se han ido formando estructuras representativas nuevas para intentar dar respuesta a los modernos desafíos. En primer lugar, las redes sindicales de empresas, que han sido definidas como «una articulación de trabajadores de diferentes unidades productivas de una misma empresa con el objetivo de intercambiar informaciones y experiencias, consensuar pautas comunes de cara a posteriores negociaciones con la plana empresarial y llevar adelante acciones conjuntas de diferente naturaleza de modo organizado»¹⁵. El ejemplo quizás más representativo es el de la Red Sindical de Empresas proveedoras de Inditex, que fue la primera red sindical en Vietnam, la primera mundial de proveedores de una marca del sector textil, así como la primera de proveedores de la cadena de producción de una multinacional del sector industrial. La importancia de la creación de este órgano se basaba en la consideración de que «Vietnam es el cuarto exportador de vestido del mundo y en que las fábricas del país dedicadas a la exportación trabajan, fundamentalmente, para empresas europeas y norteamericanas»¹⁶.

Además de las redes sindicales hay que mencionar también a los Comités Sindicales Mundiales y Regionales que se han formado, fundamentalmente, en el ámbito de las empresas multinacionales. Los comités mundiales son estructuras organizativas en el ámbito de las Empresas multinacionales, que sirven de instrumentos de apoyo a la acción sindical de los trabajadores de estas empresas, y que están formados por trabajadores de todos los centros de la empresa en el mundo. La finalidad principal de estos comités es la de «impulsar mejores prácticas en materia de promoción de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva, entendidas como base para el fortalecimiento de las condiciones laborales de todos los trabajadores del grupo», como rezaba el acuerdo de creación del comité sindical global del Grupo Inditex. En definitiva, de lo que se trata es de que dicho instrumento sirva para extender los derechos de los trabajadores de la empresa matriz al resto de las fábricas y talleres proveedores de la multinacional.

Por último, se han creado también comités virtuales de empresa, como manifestación de la necesidad de los trabajadores que prestan servicios en

¹⁵ H. DA COSTA, [Redes sindicales de trabajadores: desafíos globales y locales](#), en *Nueva Sociedad*, 2016, n. 264.

¹⁶ Vid. EFE, [Creada la primera red sindical de proveedores en la cadena mundial de Inditex](#), en *El Economista*, 1º noviembre 2015.

el ámbito de la economía colaborativa de comunicarse entre sí, dada su lejanía y dispersión, que dificulta enormemente la defensa de sus intereses frente a la plataforma. Es por ello que se han formado estos órganos, con grupos de trabajadores, que se comunican, preferentemente, a través de redes sociales, además, de realizar asambleas también a través de medios telemáticos, como ha ocurrido en la asociación Ridersxderechos (formado por *riders* de Deliveroo).

Por otro lado, por lo que respecta al derecho de negociación colectiva, ésta ha tenido su ámbito de actuación restringido al nivel local o nacional. Sin embargo, la globalización ha difuminado y hecho inservibles las tradicionales fórmulas de ejercicio de la negociación colectiva, dada la mayor presencia cada vez de empresas multinacionales en el comercio mundial. De esta forma, se necesitan acuerdos que trasciendan el ámbito nacional para dar respuesta a este fenómeno global. Esto se ha hecho a través de dos fórmulas: los códigos de conducta en el marco de la responsabilidad social empresarial y los acuerdos marco internacionales.

Por lo que respecta a los códigos de conducta, son acuerdos puramente voluntarios que han servido para asumir compromisos de reconocimiento de derechos por parte del empresario. Sin embargo, no tienen fuerza de obligar y por tanto se han hecho prácticamente inútiles para el objetivo perseguido del reconocimiento de derechos a los trabajadores en el ámbito de las cadenas mundiales de suministro. Por ello, hay que dar un paso más para dotar de plena efectividad jurídica a esos compromisos.

Esto se ha hecho a través de los Acuerdos Marco Internacionales, que son «acuerdos alcanzados entre la empresa transnacional y la federación sindical internacional sobre condiciones mínimas de trabajo que se deben mantener en cualquier lugar que se asiente la empresa, con mecanismos de monitorización de su cumplimiento y de seguimiento de los compromisos adoptados»¹⁷. Estos Acuerdos Marco representan, como se ha dicho, un grado mayor de juridificación de los compromisos adoptados por la multinacional, y su finalidad es extender los derechos laborales de los trabajadores de la empresa matriz al resto de empresas de la cadena de suministro. El papel asumido por estos acuerdos está siendo cada vez más relevante, puesto que se están firmando cada vez mayor número de AMI.

¹⁷ P. NIETO ROJAS, *El papel de los sindicatos en la consecución de los ODS. Especial referencia a los acuerdos marco globales*, Universidad Carlos III de Madrid, 2017.

6. Conclusiones

1. Los procesos actuales de producción están dominados por nuevas circunstancias atinentes a varios factores, a saber, la globalización, la tecnología y la externalización o subcontratación de bienes y servicios.
2. Esto ha hecho que los nuevos contextos en los que se desarrollan las prestaciones laborales estén caracterizadas por una nota común: la lejanía del trabajador al lugar físico de trabajo de la empresa para la que presta sus servicios.
3. Esta circunstancia ha tenido una consecuencia fundamental, que es la difuminación de todos los derechos de los trabajadores, y, en especial, de los derechos colectivos. La razón fundamental está en el hecho de que estos últimos requieren para su adecuado ejercicio un contacto permanente entre los trabajadores y sus representantes, cosa que no sucede en el nuevo marco productivo.
4. La mencionada inconcreción o difuminación de tales derechos ha hecho aparecer nuevas estructuras representativas, sobre todo en el marco internacional, teniendo en cuenta que la globalización que preside las relaciones laborales ha hecho que éstas pasen a estar protagonizadas por las empresas multinacionales en el ámbito de las cadenas mundiales de suministro. Dichas estructuras han sido las redes sindicales de proveedores y los comités sindicales mundiales, principalmente, unidos a otros órganos, como los comités virtuales, que últimamente han aparecido en el ámbito de las empresas de la economía de plataformas.
5. También el derecho de negociación colectiva se ha visto afectado por las mencionadas circunstancias, apareciendo nuevas formas de asunción de compromisos y obligaciones en el contexto internacional, dado que la globalización ha hecho que el nivel nacional donde siempre ha tenido lugar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, se haya quedado pequeño, por el protagonismo excesivo que han adquirido las empresas multinacionales en la economía digital. Así, las empresas multinacionales empezaron a asumir compromisos con sus trabajadores a través de los códigos de conducta en el marco de la responsabilidad social empresarial. Sin embargo, la nula fuerza de obligar de tales códigos hizo que pronto fueran desechados por otros instrumentos, los Acuerdos Marco Internacionales, que representan un mayor grado de juridificación de las obligaciones por ellas asumidas. Tales Acuerdos están sirviendo para el reconocimiento de los derechos laborales por parte de las empresas multinacionales, y tienen la finalidad última de extender los mismos de las empresas matrices al resto de las empresas de la multinacional diseminadas por todo el mundo, y también, incluso, a los

proveedores y clientes.

7. Bibliografía

- CORTINA R. (2011), [*La dimensión transnacional de la negociación colectiva. Los acuerdos marco globales*](#), Fundación Friedrich Ebert
- CRUZ VILLALÓN J. (2017), *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Temas Laborales*, n. 138, p. 16
- DA COSTA H. (2016), [*Redes sindicales de trabajadores: desafíos globales y locales*](#), en *Nueva Sociedad*, n. 264
- EFE (2015), [*Creada la primera red sindical de proveedores en la cadena mundial de Inditex*](#), en *El Economista*, 1º noviembre
- ERMIDA URIARTE O. (2009), [*Crisis y Derecho del Trabajo: viejos conocidos*](#), en [*Revista de la Facultad de Derecho*](#), n. 27
- FUNDACIÓN 1º DE MAYO (2020), [*La dimensión laboral de la economía digital. Reflexiones para un debate en proceso*](#), Informe, n. 146
- GÓMEZ MUÑOZ J.M. (2012), *Responsabilidad de empresa y globalización*, en J. CASTELLANO BURGUILLO, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dirs.), *Estudios sobre Derecho y Responsabilidad Social en un contexto de crisis*, Cinca
- MORENO DÍAZ J.M. (2021), *La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización*, Bomarzo
- MORENO DÍAZ J.M. (2019), [*Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), n. 2
- NIETO ROJAS P. (2017), [*El papel de los sindicatos en la consecución de los ODS. Especial referencia a los acuerdos marco globales*](#), Universidad Carlos III de Madrid
- OIT (2021), [*Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*](#)
- PALOMEQUE M.C. (1984), *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*, en *Revista de Política Social*, n. 143
- TOYAMA MIYAGUSUKU J., RODRÍGUEZ LEÓN A. (2019), *Algoritmos laborales: Big Data e inteligencia artificial*, en *Themis*, n. 75
- VIVERO SERRANO J.B. (2014), *Las redes sindicales de empresas multinacionales como manifestación de base del sindicalismo internacional*, en W. SANGUINETI RAYMOND (dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Cinca

El tripartismo en las nuevas relaciones laborales entre la tradición y la innovación. Balance del diálogo social en España en la crisis pandémica

Francisco José BARBA RAMOS*

RESUMEN: Las nuevas relaciones laborales experimentan una desequilibrada evolución entre la innovación laboral del plano individual y la tradición en el aspecto colectivo. Y conscientes que, en todo caso, la novedad la encontraríamos solo en una cuestión semántica o de “modas” terminológicas: la gobernanza en sustitución del neocorporativismo. Tras un análisis del planteamiento teórico, se ofrece un balance del proceso de diálogo social en España con ocasión de la crisis pandémica. Observamos un reforzamiento de las relaciones tripartitas al calor del llamamiento a la unidad para superar graves momentos de crisis económica y social. En un contexto internacional en el que la propia OIT señala la importancia del diálogo social para gestionar la crisis económica y sociolaboral anexa al Covid-19, la negociación y el diálogo se está convirtiendo en gran protagonista de un sistema que incluso llega a recordar a los grandes acuerdos de los años ochenta.

Palabras clave: Neocorporativismo, diálogo social, tripartismo.

SUMARIO: 1. La asimétrica evolución en nuestros sistemas de relaciones laborales. 2. El diálogo social en España y el tripartismo en tiempos de crisis. 3. Consideraciones finales. La actualidad del viejo neocorporativismo. 4. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Huelva (España).

Tripartism in the New Industrial Relations between Tradition and Innovation. Balance of Social Dialogue in Spain in the Pandemic Crisis

ABSTRACT: The new industrial relations experience an unbalanced evolution between labour innovation at the individual level and tradition at the collective level. And we know that, in any case, the novelty would only be found in a semantic issue or terminological 'fashions': governance to replace neo-corporatism. After an analysis of the theoretical approach, a balance of the social dialogue process in Spain on the occasion of the pandemic crisis is offered. We observe a reinforcement of tripartite relations on the occasion of a call for unity to overcome serious moments of economic and social crisis. In an international context in which the ILO indicates the importance of social dialogue to manage the economic and socio-labour crisis attached to Covid-19, negotiation and dialogue are becoming the main protagonist of a system that even reminds the great 1980s agreements.

Key Words: Neo-corporatism, social dialogue, tripartism.

1. La asimétrica evolución en nuestros sistemas de relaciones laborales

Nuevos paradigmas laborales se vienen abriendo camino en los últimos años como consecuencia de importantes cambios sociales, económicos, tecnológicos y – ahora – sanitarios. Nuevas dinámicas en el mundo del trabajo que sin duda obligan a expertos, juristas y todo tipo de “operadores laborales” a reflexionar y aportar sus respectivas visiones.

No podíamos esperar otra cosa, puesto que nuestro objeto de trabajo es como el de un organismo vivo en constante mutación. El estudio de nuestros sistemas de relaciones laborales no hay más remedio que hacerlo con “el tren en marcha”, en su propia evolución. Lo que ocurre es que la alta velocidad característica de estos tiempos nos dificulta realizar una fotografía y que ésta no nos la encontremos “movida” o mínimamente distorsionada. Nos resulta complejo no caer en la tentación de pretender realizar una fotografía fija para poder exponer nuestra visión sobre las relaciones laborales y querer analizarlas con mayor calma. No es posible, pues el dinamismo es uno de sus elementos característicos. Máxime si atendemos a «una de las metáforas favoritas de nuestras sociedades» para explicar los rasgos de nuestro tiempo, como sería la «modernidad líquida» de Zygmunt Bauman¹.

Debemos procurar captar la imagen de la realidad sociolaboral de la manera menos desenfocada posible. La velocidad de las mutaciones en cualquiera de los elementos del sistema de relaciones laborales provoca una especie de aceleración del resto de los elementos y el sistema en sí mismo. Cambios tecnológicos, organizativos, de producción, económicos, sociosanitarios, etc.

Son las grandes transformaciones los puntos de análisis frecuente por parte de nuestros investigadores. El foco se está poniendo en aspectos tales como la robotización y sus repercusiones en el mercado de trabajo, las nuevas relaciones laborales tras la digitalización de las empresas, el trabajo en plataformas, el trabajo a distancia o teletrabajo, la descentralización productiva creciente, etc.

Los mercados de trabajo transicionales amplían su espacio; las líneas que separan lo laboral parecen diluirse interesadamente; la introducción de ciertas aplicaciones informáticas – cual capataz algorítmico a las órdenes de la inteligencia artificial – dificulta la identificación del propio empleador; las dinámicas organizativas y empresariales insisten en la figura del

¹ L. ARENAS, *Zygmunt Bauman: paisajes de la modernidad líquida*, en *Revista Internacional de Filosofía*, 2011, n. 54.

“colaborador en un mundo libre” pero en una relación entre desiguales; el trabajo a distancia se generaliza y para colmo, la pandemia hace de aceleradora de todo este cóctel explosivo. Los espacios de concurrencia entre el derecho del trabajo y el mercantil parecen estar decantándose más bien por este último en una batalla ideológica muy desequilibrada.

Porque no todo es determinismo tecnológico. Lo cierto es que, modernidades al margen, en nuestras legislaciones laborales también se vienen produciendo paulatinas reformas en los últimos 30 años tendentes siempre a una mayor flexibilización de las relaciones laborales, una desregulación liberalizadora en dinámicas más favorables al reforzamiento del poder de dirección de la empresa. Se posibilitan claramente las zonas grises entre la relación laboral y lo que no es.

Tan es así, que en el proceso de diálogo social abierto en España entre finales de 2020 y principios de 2021 para abordar la regulación de trabajo a través de las plataformas digitales, y con un obvio posicionamiento gubernamental motivado por una correlación de fuerzas políticas muy novedosa, el texto inicial llevaba la significativa denominación de *Anteproyecto de Ley contra la huida del derecho del trabajo a través de las nuevas tecnologías* aunque finalmente terminó aprobándose como Real Decreto-Ley para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales.

La dimensión de las nuevas realidades parece alcanzar unas cotas bastante significativas. Prueba de ello es la propia valoración que se comienza a realizar desde las instituciones comunitarias respecto de ese trabajo en plataformas. La reciente norma española parece haber inspirado al proceso de presentación de una directiva Rider por parte de la Comisión Europea, que en sus trabajos previos da muestras de la dimensión a la que nos referimos, reconociéndose la aceleración de todos estos procesos con ocasión de la pandemia del Covid-19.

Señala la Comisión Europea que la economía de las plataformas digitales está creciendo rápidamente. Estima que actualmente hay más de 28 millones de personas en la UE que trabajan a través de plataformas laborales digitales, cifra que podría alcanzar los 43 millones de personas en 2025. Sin entrar en valoraciones de juicio sobre los datos aportados, lo cierto es que ellos mismos señalan que la gran mayoría de estas personas son auténticamente autónomos, pero se estima que 5,5 millones se clasifican incorrectamente como autónomos. En cuanto a las cifras del negocio, señala la Comisión que entre 2016 y 2020, los ingresos en la economía de plataformas crecieron casi cinco veces desde un estimado de

3 mil millones de euros a alrededor de 14 mil millones de euros². Son números suficientes como para entender que deban articularse los mecanismos jurídicos que a la vez que apoyen el crecimiento sostenible de las plataformas digitales, mejoren las condiciones de trabajo en las mismas. En cualquier caso, en lo que a nosotros afecta, da buena prueba de la velocidad de los cambios en el apartado del derecho individual del trabajo. Como ha ocurrido igualmente en España con la necesidad de acelerar la producción normativa atendiendo a las situaciones pandémicas, con la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Como se reconoce en su propio texto, «el trabajo a distancia, en su concepción clásica de trabajo a domicilio, como aquel que se realiza fuera del centro de trabajo habitual y sin el control directo por parte de la empresa y vinculado a sectores y ámbitos geográficos muy concretos, se ha visto superado por la realidad de un nuevo marco de relaciones y un impacto severo de las nuevas tecnologías».

Pero en todo este proceso histórico hay un elemento que parece quedar al margen. Es como si los dos planos de nuestras relaciones laborales – el individual y el colectivo – circularan a una velocidad muy diferente; la alta velocidad por una parte y la locomotora tradicional por otra, que aumenta la disfunción entre ambos planos. En los aspectos colectivos los cambios son mucho más lentos, suaves o tímidos. Nuestro “tren de cercanías” sería todo aquello que se refiere a los mecanismos de representación de los intereses colectivos, con evoluciones tibias; con una estructura bilateral de las relaciones colectivas de trabajo que no cambia, aunque aparezcan otros sujetos representación de intereses colectivos.

Está convirtiéndose en un lugar común sociolaboral la explicación de que los paradigmas tradicionales ya no nos están sirviendo para analizar y regular las nuevas relaciones de producción; o cuanto menos, hay que reconocer que aparecen nuevas formas que vienen a cuestionar algunos de los más genuinos principios básicos del derecho del trabajo.

Como estamos señalando, tal nivel de innovación – o al menos de cuestionamiento – no se corresponde en el plano colectivo. Hasta el punto de que nadie se para a cuestionar a los tradicionales cauces de expresión y representación de los sujetos colectivos. El par “capital-trabajo” tiene su correlato colectivo que se mantiene intacto salvo alguna novedad en la última década que, aunque hubiera podido parecer significativa en sus inicios, no parece haber despegado políticamente. Nos estamos refiriendo

² *Vid.* [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales](#), 9 diciembre 2021, COM(2021)762 final.

a todo lo relativo a los derechos colectivos del trabajador autónomo, tal y como se contempla en el Título III de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, al igual que la creación del mecanismo de participación institucional contemplado con la creación del Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

Porque queremos que se preste una especial atención a que nuestra reflexión no solo se está centrando en el papel de sindicatos y asociaciones empresariales como sujeto de representación colectiva de los intereses profesionales (a pesar de las eternas crisis de representatividad), sino también al rol que ha de jugar el tripartismo en general y el diálogo social en particular, en el proceso de toma de decisiones. Siguiendo nuestro símil, el apartado de la interlocución con los poderes públicos sigue a ritmo de la máquina de vapor.

Ya nos señalaba Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer³ que «la bilateralidad y la contraposición colectiva de los intereses colectivos de trabajadores y empresarios y las formaciones sociales que de ello resultan, no son creaciones del ordenamiento» sino que éste solo les reconoce entidad y sustancia. Pero además no sólo para la negociación colectiva, sino también en lo que a interlocución política se refiere. Es cierto, en un determinado momento histórico había que buscar el “correlato jurídico” a lo que la práctica política nos ofrecía. Ahora esa práctica política sigue existiendo, pero con una gran diferencia en cuanto su “real representatividad social”.

Nuestra reflexión está argumentada en base a esta desequilibrada evolución entre la innovación laboral del plano individual y la tradición en lo colectivo. Y conscientes que, en todo caso, la novedad la encontraríamos en una cuestión semántica o de modas terminológicas: la gobernanza en sustitución del neocorporativismo. Podrían algunos argumentarnos que no son cuestiones coetáneas a nuestro tiempo y donde se pueda poner el foco investigador, pero una primera aproximación nos llevaría a la conclusión que, tanto en nuestro contexto territorial como a nivel internacional, se llegarían incluso a *reforzar las relaciones tripartitas* al calor del llamamiento a la unidad para superar graves momentos de crisis económica y social: ¡todo un clásico!

Tras este análisis del planteamiento teórico, queremos ofrecer un análisis evolutivo del diálogo social en España desde la transición. Hay que recordar que el inicio de la nueva legislatura española hace coincidir la imperiosa

³ M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Capacidad convencional y representación sindical*, en J. CRUZ VILLALÓN, M.R. MENÉNDEZ CALVO, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo, 2017.

necesidad de gestionar la crisis económica y sociolaboral anexa al Covid-19, con la novedad en nuestro actual sistema democrático de un gobierno de coalición. Por el momento, la negociación y el diálogo se está convirtiendo en gran protagonista de un sistema que incluso llega a recordar a los grandes acuerdos de los años ochenta.

2. El diálogo social en España y el tripartismo en tiempos de crisis

Pretendemos analizar cómo ha evolucionado el panorama del diálogo social en España; entendiendo el carácter tripartito de éste. Queremos conocer cómo se está desarrollando la dinámica de las relaciones entre los actores del sistema español de relaciones laborales en los últimos años. Hay que advertir por una parte, que el diálogo social se puede producir de una manera más o menos explícita (queremos decir que en ocasiones los poderes públicos encargan a los agentes sociales la posibilidad de adoptar acuerdos en cuestiones que son de competencia heterónoma, y que aunque exista apariencia bipartita, hay una presencia gubernamental clara, pues puede tratarse de aquello que se conoce como legislación negociada). Por otra, debemos tener presente que en ocasiones el diálogo social (tripartito) puede depender de la evolución de las negociaciones bipartitas, los acuerdos interconfederales y la dinámica de la negociación colectiva, o viceversa, de manera que en este análisis podamos observar la mezcla de ambas situaciones. Veamos el escenario en los últimos años en España en lo concerniente al diálogo social.

No cabe la menor duda que la etapa del hundimiento de la burbuja inmobiliaria en España, la crisis financiera internacional y el monumental apuro económico y social acaecido durante los años posteriores a 2008 fueron una “prueba de fuego” a las dinámicas neocorporativas en España. No sólo es que se haya superado ese trance, sino que hemos confirmado la percepción de que las graves crisis pueden terminar siendo un espléndido caldo de cultivo para la búsqueda de soluciones concertadas.

Hasta esos momentos, la historia de aquello que conocemos de manera indistinta⁴ como “*concertación y/o diálogo social*” en la España postfranquista había transcurrido *grosso modo* por tres etapas⁵.

⁴ Cuestiones terminológicas que a veces genera discrepancias; que tiene importantes matizaciones, pero que de forma consciente las utilizamos como sinónimos de situaciones que en definitiva son la máxima expresión del fenómeno neocorporativo.

⁵ Algunos autores marcarían etapas más cortas del diálogo social o de las dinámicas tripartitas, aunque entendemos que una perspectiva temporal más amplia nos permite ciertamente una valoración diferente.

Un primer momento caracterizado por grandes acuerdos sociales en los primeros años de la transición (1977-1986)

Se trataba de grandes pactos prácticamente “constitutivos” de nuestro actual sistema político y de las relaciones laborales, y cuyo punto final podría dar la sensación que no dejaría mayor espacio para la relación entre los sujetos del sistema. Ciertamente tampoco era sostenible en el tiempo, tal nivel de “empatía” en un mundo esencialmente conflictivo. Es más, en realidad corresponde a esos momentos ya teorizados y defendidos, en los cuales se hace el llamamiento a la unidad para evitar desastres mayores.

Del fin de los acuerdos a la gran reforma (1986-1994)

Es por ello, que a partir de ahí las relaciones entre los actores se normalizan, retornando «al lugar común de las contrapartes sociales». Se procede de un período de nuestro sindicalismo más ocupado y preocupado por establecer las correspondientes primacías empresa a empresa, sector a sector; tras lo cual, las circunstancias económicas y políticas marcarán nuestro mapa sindical. Los históricos lazos entre el gobernante PSOE y el sindicato UGT comienzan a resquebrajarse por las políticas económicas y sociales llevadas a cabo. El éxito de la huelga general del 14 de diciembre de 1988 inauguró una irreversible unidad de acción entre CCOO y UGT. Esta fase de ausencia de grandes acuerdos a diferencia de los primeros años de la transición tendrá su momento culminante con una de las reformas laborales más severas contra los intereses de los trabajadores en 1994.

La recuperación económica de finales de los años noventa, marca la tercera etapa del diálogo social en España (1995-2008)

Desde ese momento y tras el oportuno duelo sindical ante las nuevas correlaciones de fuerzas, se comienza a plantear que el fin de la macroconcertación social no tendría que significar un punto final a algún tipo de diálogo social. No en vano, el marco constitucional nos plantea una clara lógica neocorporativista y otorga a las organizaciones de representación de intereses profesionales ese papel prevalente de “interlocutor” de los intereses sociales. Están llamados a la participación de manera constante y permanente. La microconcertación y la mesoconcertación (territorial) se abren camino en nuestro panorama sociolaboral.

En esos primeros años del siglo XXI la dinámica tripartita se venía

desarrollando con un tono de baja intensidad en cuanto a su tipología, aunque de una forma constante. En realidad, el tripartismo venía alimentado por un buen clima bipartito, puesto que el intento “bélico” y unilateral de reforma radical de la negociación colectiva por parte del Gobierno de Aznar en 2001, terminaría provocando un efecto rebote en los agentes sociales que preferirían los acuerdos interconfederales (a dos bandas) para ordenar la negociación colectiva en todos esos años. Básicamente, con criterios de moderación salarial y cláusulas de salvaguardia para los desvíos de la inflación real respecto de la prevista. Esta dinámica interconfederal viene a marcar nuestras relaciones laborales hasta el estallido de la burbuja económica.

Dentro de este largo período, quizás pueda marcarse una cierta diferencia con el cambio de gobierno en marzo de 2004. La principal novedad consistirá en hacer algo más explícita la importancia del diálogo social; es decir hay una mayor teatralización o puesta en escena de la apuesta por el tripartismo, como puede verse con la Declaración para el Diálogo Social en 2004, sin desmerecer los varios acuerdos alcanzados sobre materias de diversa índole (incluso sobre cuestiones colaterales a lo laboral, como la igualdad o la dependencia) aunque tampoco hasta el punto de conseguirse un nivel de acuerdo tal, como para retrotraernos a los viejos tiempos de la macroconcertación social.

La crisis económica en 2008 inaugura un nuevo período

Es posible que algún paso de mayor profundidad en esas prácticas no llegara a producirse por una cuestión de tiempo. Porque lo cierto es que la renovación de la legislatura en 2008 empezaba con los mismos deseos participativos y había abiertas algunas mesas de diálogo sobre reforma laboral o negociación colectiva. Pero los “cisnes negros” de la economía aparecerían para alterar las dinámicas bipartitas y tripartitas, y dejar esta hipotética nueva etapa dorada del neocorporativismo en España en una cuestión de “política ficción”.

La constitución de las Cortes que inaugura la IX legislatura de España se produce el 1º de abril de 2008, y en muy poco margen de tiempo podemos decir que tanto el Gobierno como agentes sociales muestran unas claras intenciones de apuesta por el Diálogo Social como procedimiento de gestión de las políticas socioeconómicas y en la dinámica de las relaciones laborales españolas. Así, el 18 de junio de ese año, se celebraba una reunión en La Moncloa con presencia del Gobierno, patronal y sindicatos, donde se plasmaba el compromiso de las partes de elaborar un documento «que detallara los asuntos que habrían de abordarse en ese diálogo».

El propio presidente del Gobierno llegaba a realizar contundentes afirmaciones de las que poco tiempo después habría de retractarse. El Gobierno se comprometía en dicha legislatura «a que no habría ninguna iniciativa en el ámbito laboral, en el ámbito que afecta a los intereses de trabajadores y de empresarios sin consenso con los interlocutores sociales». Fruto de estos encuentros y compromisos con el diálogo social, se firmará el 29 de julio de 2008 la Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social, que de alguna manera también venía a prorrogar la dinámica del inicio de la legislatura anterior que igualmente tuvo su Declaración de la Moncloa⁶. Estos nuevos acuerdos tendrían que ser el referente principal de las prácticas neocorporativas para el conjunto del segundo mandato del Primer Ministro español, de forma que se ve claramente reforzado ese rol político de los agentes sociales propio de las democracias de nuestro entorno.

El documento contenía en sus preámbulos un reconocimiento de la fuerte desaceleración por la que estaba atravesando España, con importantes repercusiones en el empleo, en un contexto de deterioro de la economía internacional; aunque bien es cierto que durante algunos meses por parte gubernamental no parecía darse muestras de excesiva preocupación al respecto. La Declaración mencionaba hasta la saciedad al “diálogo social” como la principal fortaleza para enfrentarse a esta nueva situación y «para impulsar la recuperación del crecimiento económico y potenciar un modelo productivo que apueste por la innovación, el desarrollo tecnológico y el valor añadido, de forma que aumente la productividad de la economía, el empleo y la calidad del mismo».

Queremos destacar muy especialmente este proceso, porque asistíamos a todo un abanico de buenas intenciones para afrontar el futuro de manera consensuada, reforzándose la participación institucional, y compartiéndose por el Gobierno y los interlocutores sociales «que el avance en los objetivos de crecimiento equilibrado y productividad debía ser compatible con la sostenibilidad de nuestro Estado de Bienestar». Y, junto a ello, planteaba tareas concretas de actuación en el ámbito del diálogo social: políticas de empleo, con referencias concretas a la reforma en la intermediación laboral⁷; política de inmigración; igualdad en el empleo; formación e inversión en capital humano; reforma de la negociación colectiva; y, finalmente, sostenibilidad, mejora y adaptación del sistema de protección social.

⁶ El 8 de julio de 2004 se firmaría el documento conocido como Declaración para el diálogo social 2004: competitividad, empleo estable y cohesión social.

⁷ En este terreno, la Declaración hace referencia a su vez a la continuidad de las tareas incluidas en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo, suscrito igualmente por el gobierno, patronal y sindicatos el 9 de mayo de 2006.

Sin embargo, las circunstancias económicas no iban a ser las propicias para sacar todos los frutos posibles del diálogo social, pues muy pronto las cifras macroeconómicas reflejarían el hundimiento de nuestra economía y con ello las dinámicas tripartitas y bipartitas. La crisis de deuda internacional rápidamente “sacaría los colores” de las debilidades estructurales de la economía española, caracterizada por el excesivo peso que todos estos años había tenido el sector de la construcción. Así, tras 15 años consecutivos de crecimiento económico, la fuerte recesión de la economía entre 2008 y 2009, cuyo PIB cayó un 3,6% de media, se vería reflejada *ipso facto* sobre nuestro mercado de trabajo que ya en esos momentos comenzaba a alcanzar las cifras de desempleo del 20%. La gran recesión provocaba entre otras cosas una caída de la inflación hasta el 1,4% IPC, en 2008 y la aparición del fantasma de la “deflación”.

Y, como no podía ser de otra forma, todo ello terminaría afectando a las relaciones entre los agentes sociales y la dinámica negocial. Por una parte, porque en el terreno de lo concreto la crisis comenzaba a afectar a numerosas empresas, pero en el ámbito de las relaciones interconfederales tampoco se daban las circunstancias para que se pudieran prorrogar los acuerdos sobre negociación colectiva. Y por supuesto, no parecían tampoco los mejores tiempos para el diálogo social a pesar de las “declaraciones de intención” de principios de legislatura.

Hay una circunstancia que se convierte en “todo un clásico” del neocorporativismo, como es la potencialidad de las crisis para reactivar sus dinámicas; algo así como la unión ante las desgracias. Pues en ese contexto y a pesar de la ruptura de un encuentro que duraba casi una década, las organizaciones sindicales CCOO y UGT, y la patronal CEOE y CEPYME retomaron la dinámica perdida, con la reconstrucción del acuerdo bipartito, aunque con un cambio de denominación. Impulsados por la gravedad de la situación económica, el 9 de febrero de 2010 se firmó el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012, que básicamente suponía cubrir el vacío sobre criterios salariales a aplicar a los diferentes convenios colectivos. Criterios salariales que, por otra parte, eran excesivamente optimistas respecto de la realidad macroeconómica.

Pero eso no es lo que nos ocupa aquí, aunque resulta esencial para comprender cómo son los agentes sociales quienes ponen la “alfombra roja” a los poderes públicos para retomar igualmente la senda del tripartismo. En este estado de cosas, y habiéndose recuperado por parte de los agentes sociales – aunque sin excesivo convencimiento – la senda de los acuerdos, no cabe duda de que desde la perspectiva gubernamental, podría verse como un auténtico soplido de aire fresco ante los retos a los que habría de enfrentarse. Pues no sólo debemos analizar este nuevo pacto de rentas

en su interés por sí mismo para las relaciones laborales españolas, sino como elemento esencial y con influencia en la dinámica de los agentes sociales y como parte del largo proceso de la reforma laboral.

Para el presidente del Gobierno, Rodríguez Zapatero, el pacto sobre negociación colectiva era muy importante porque entendía que así el escenario sería más propicio para llevar a cabo una reforma laboral que, si atendemos a sus propios compromisos de inicio de la legislatura no debería en principio aprobarse sin consenso entre las partes. Porque como señala Cruz Villalón⁸, esta reforma laboral finalmente aprobada en 2010 a pesar de la falta de acuerdo con los sindicatos en última instancia, hay que verla teniendo en cuenta «el juego combinado de la concertación social y la actuación parlamentaria», destacando por tanto como importante el propio proceso de gestación que se ha caracterizado por su enorme lentitud.

La realidad económica y los acontecimientos políticos no favorecían ni el cumplimiento del acuerdo bipartito, ni a esa reconstrucción del diálogo social. La respuesta gubernamental se basó en la adopción de medidas de “ajuste duro” en mayo de 2010, y fundamentalmente, tras la aprobación sin consenso del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la reforma laboral, podemos considerar que “de hecho” dicha dinámica en los concretos procesos de negociación colectiva había “saltado por los aires”.

Queremos detenernos brevemente a ver cómo se desarrollaron los acontecimientos pues, aunque se rompe unilateralmente el proceso, entendemos que los pronunciamientos de las partes son esenciales para comprender el arraigo de la dinámica neocorporativa a pesar de todo.

Se trató de un cambio de rumbo muy significativo teniendo en cuenta que en el inicio de esa legislatura de 2008 se había creado toda una Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social, que el Gobierno quiso activar aprovechándose de los buenos vientos que llegaban por la cercanía de los acuerdos bilaterales en materia de negociación colectiva. Así, esta Comisión se reúne el 20 de enero de 2010 emitiendo un comunicado⁹ que, aunque con pronunciamientos en cierto modo vagos e imprecisos, venía a suponer la reconstrucción del diálogo social tripartito, en aras a una posible reforma laboral.

La Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social, constituida de conformidad con la Declaración para el impulso de la economía, el

⁸ J. CRUZ VILLALÓN, *Algunas claves de la reforma laboral*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 107, p. 21 ss.

⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Celestino Corbacho asume la presidencia rotatoria del Consejo General de la Formación Profesional*, en prensa.mites.gob.es, 20 enero 2010.

empleo, la competitividad y el progreso social firmada el 29 de julio de 2008 por el Gobierno, CEOE, CEPYME, Comisiones Obreras y UGT, ha celebrado en la tarde de hoy su primera reunión de 2010.

Los representantes del Gobierno y los interlocutores sociales han acordado dar un nuevo impulso al diálogo social tripartito, con la voluntad compartida por todas las partes de explorar conjuntamente la aprobación de medidas consensuadas que contribuyan a la recuperación de la economía y del empleo, a la mejora de la competitividad y a la reducción del desempleo en nuestro país.

Los interlocutores sociales han informado del desarrollo de las negociaciones bilaterales que están manteniendo en la actualidad sobre los Convenios colectivos de 2010 y los años siguientes. Respetando plenamente el desarrollo de las mismas, los representantes del Gobierno han manifestado su confianza de que concluyan con un acuerdo.

Por otra parte, la Comisión de Seguimiento ha realizado un primer análisis sobre la conveniencia de reordenar los ámbitos de trabajo del diálogo social para el nuevo período que se iniciará próximamente. Igualmente, se han examinado los ámbitos de trabajo en los que se examinarán las referencias al diálogo social contenidas en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

Los representantes del Gobierno y los interlocutores sociales quieren subrayar que son plenamente conscientes de la trascendencia del diálogo social en una coyuntura económica y social como la actual y, de manera particular, de la necesidad de buscar espacios de consenso tanto para superar las consecuencias de la crisis económica como para asegurar que la recuperación se produzca sobre las bases de una mejora de la competitividad y una mayor calidad y estabilidad en los nuevos empleos que se creen.

Podemos decir que es a partir de este momento cuando comienzan verdaderamente los trabajos concretos de cara esta reforma legislativa del marco laboral. Ya el 5 de febrero el Gobierno presenta un documento bajo el título de *Líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social*. A lo largo de esos primeros meses, se suceden los pronunciamientos de desacuerdo tanto por parte sindical como de las asociaciones empresariales y cabe decir que, si bien esos documentos iniciales pronosticaban unas líneas favorables a los posicionamientos de la patronal, esta también era consciente que el giro que estaba experimentando la política gubernamental, favorable a sus intereses, no aconsejaba renunciar a determinadas posiciones para lograr algún acuerdo entre las partes.

De todas maneras, tampoco llegaba a romperse el proceso de diálogo social;

de forma que en el debate público ninguna de las partes quería presentarse como responsable de la ruptura de las negociaciones, dando así un aspecto de irresponsabilidad en unos tiempos difíciles. Hay que subrayar que, a pesar de las divergencias, la misma dinámica de debate continuado entre las partes sirve en todo caso para una cierta delineación en clave de consenso de esas propuestas; pues ese «proceso de concertación provoca efectos materiales en todo caso, haya o no acuerdo entre las partes [...] va a condicionar con intensidad el contenido de la reforma legal adoptada por el Gobierno»¹⁰.

A partir de este momento, se inaugura en España todo un proceso de reformas, con un Gobierno del PSOE y con el siguiente del PP, que parece resquebrajar cualquier tipo de encuentro con los agentes sociales, o mejor dicho, con las organizaciones sindicales más representativas de España.

Los acontecimientos se precipitaban en esos momentos, y el 11 de junio presentaba el Gobierno el último Borrador de medidas sobre el mercado de trabajo, que sería el preludeo del RD-Ley 10/2010. Pero debemos tener en cuenta que el grupo parlamentario socialista no ostenta la mayoría absoluta en las cámaras, por lo que el Gobierno acordó la posterior tramitación como proyecto de Ley ordinaria, basándose en el inicial texto del Real Decreto-Ley.

Desde el punto de vista sindical, dicho trámite parlamentario de inusitada celeridad venía a endurecer aún más el texto inicial aprobado “por decreto”, pues las indicaciones de algunos organismos internacionales y las presiones de los mercados, estaban calando en los planteamientos reformistas del Gobierno. Así, se convertiría en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que sería contestada por parte de los sindicatos más representativos a nivel estatal, CCOO y UGT, junto a la mayoría del resto de organizaciones sindicales españolas, a través de la convocatoria de la huelga general de 29 de septiembre.

En la tramitación parlamentaria de la Ley 35/2010 se incorporó una nueva DA 21^a que resulta muy significativa de las verdaderas intenciones reformistas de los actuales depositarios del poder político. Se mandataba al Gobierno a una reforma de la negociación colectiva, posibilitando la modificación y regulación de la misma sin acuerdo de los agentes sociales, lo que supone en la práctica un desprecio al proceso de diálogo social desarrollado en los últimos años, y un incumplimiento flagrante de los propios compromisos políticos. Que más adelante supondría finalmente la aprobación del RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para

¹⁰ J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 27.

la reforma de la negociación colectiva.

Con un ambiente crispado en nuestras relaciones laborales, se abría paso la posibilidad de convocatoria de una segunda huelga general en el transcurso de pocos meses, cuando el Gobierno planteó la reforma del sistema de pensiones, de acuerdo con los dictados de ciertos organismos internacionales, de los llamados “mercados” y del propio sector financiero. Las prácticas neocorporativas renacen de sus propias cenizas. Finalmente, un pacto tripartito denominado Acuerdo Social y Económico firmado en el mes de febrero de 2011 vino a desmovilizar a una parte importante de la población trabajadora con un importante malestar en el interno de las propias organizaciones sindicales conscientes de no haber conseguido logro alguno para las personas a quienes representan. Estas voces críticas consideran además que con ello se lanza una señal de legitimación al conjunto de las políticas restrictivas que el Gobierno empezó a acometer desde el pasado mes de mayo, y que como ya hemos analizado, ha supuesto el mayor conjunto de recortes sociales en nuestra breve historia democrática. Una dinámica que puede tener el efecto colateral perverso de una pérdida en la capacidad de presión y movilización de cara a otras reformas de marcado carácter neoliberal que se avecinan, como la aplicación del denominado modelo austriaco o como posteriormente se vería con la reforma del sistema de negociación colectiva.

La victoria electoral del Partido Popular a finales de 2011, y el nuevo Gobierno con Mariano Rajoy como Primer Ministro, no vino a producir ningún cambio en lo que a la dinámica de diálogo social se refiere, que parecía haberse resquebrajado con el Gobierno “socialista” a pesar de ese extraño acuerdo sobre pensiones antes referido. No en vano, el difícil contexto económico y las políticas aplicadas por el nuevo Gobierno – no sólo en el plano laboral – han propiciado por primera vez en el actual período democrático español, la celebración de dos huelgas generales en un mismo año natural.

Decíamos anteriormente, que aunque el diálogo social y la negociación colectiva son dos esferas y realidades distintas, no hay que menospreciar la relación que pueda existir entre ambas; que una buena o mala dinámica en una de ellas, termine afectando a la otra. Sobre todo si nos referimos a acuerdos interconfederales y/o ámbitos territoriales amplios de negociación.

Así, a pesar de todo este ambiente general, y más impulsados por la necesidad que el convencimiento, los sindicatos más representativos a nivel estatal y la patronal española lograron suscribir el 25 de enero de 2012 un II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, que venía a sustituir al anterior y a derrogarlo en lo que al año 2012 se refiere.

Todo ello viene a transmitir entre otras cosas la sensación de la velocidad de los acontecimientos socioeconómicos, y la escasa caducidad de los acuerdos anteriores, ante una situación sin precedentes.

Pues bien, podemos decir que de nuevo salta por los aires un acuerdo bipartito, que pretendía a su vez influir en las dinámicas tripartitas, pues sólo cinco días después fue publicado el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (posterior Ley 3/2012, de 6 de julio). Entre otras cosas, se vuelve a dar un giro a la reforma de la negociación colectiva iniciada por el Gobierno Zapatero, en el sentido de otorgar prevalencia a los convenios colectivos de empresa en determinadas materias como la jornada laboral y el salario, dejando sin efecto cualquier acuerdo interconfederal que quisiera ordenar dichos aspectos.

Desde la perspectiva del diálogo a tres bandas las relaciones durante 2012 parecían absolutamente rotas. El diálogo social estaba condicionado por un año de grave recesión y un fuerte aumento del desempleo, además de convertirse en la primera vez que en un mismo año se llegaban a celebrar dos huelgas generales. Pero ello en absoluto va a significar que el neocorporativismo – como modelo de nuestro sistema de relaciones laborales – vaya a perecer. Los contactos entre la Administración y los agentes sociales continúan en innumerables foros de naturaleza consultiva o informativa, aunque no pudiéramos hablar de existencia de diálogo social propiamente dicho.

Tratamos de poner de manifiesto que las dinámicas tripartitas son más sólidas de lo que pudiera pensarse, y que están trascendiendo más allá de los avatares políticos y/o económicos. La crisis económica que se manifiesta con toda su plenitud en los años 2010 a 2012 son una buena prueba de ello. Pues no en vano en 2013 comienza a reconstruirse el diálogo social con ocasión de la aprobación de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, y alcanzarse algunos acuerdos parciales al respecto. Se abre un nuevo período de acuerdos bipartitos y un cierto tripartismo de baja intensidad: acuerdos significativos, pero sin ser tan explícitos como los acuerdos en La Moncloa de las legislaturas 2004 y 2008. Quizás el acuerdo más significativo que se produce en esos años entre Gobierno, Sindicatos y asociaciones empresariales, tuvo lugar el 29 de julio de 2014, con la firma de un documento titulado *Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo*. Se trataba de un documento que, al margen de su efectiva puesta en marcha, pretendía ser de un alto alcance al estilo de los grandes acuerdos de concertación social de otros tiempos, en el sentido de la relación de materias a abordar:

- Unión Europea;

- Plan de empleo e impulso de la activación;
- formación para el empleo;
- negociación colectiva;
- protección social;
- importancia de actuar sobre el modelo productivo para mejorar la competitividad y el empleo;
- impulso a la economía social y a la responsabilidad social;
- política presupuestaria y fiscal;

En estos momentos se puede decir que se iniciaba un período para conocer exactamente la virtualidad y eficacia de los compromisos ahí adquiridos, pero, de momento, baste con destacar algo que indicábamos anteriormente; el intento de interrelacionar un buen clima de diálogo social tripartito con otro bipartito y viceversa.

Lo cierto es que, a pesar de los desencuentros o posiciones divergentes entre las organizaciones sindicales por un lado, y la patronal y Gobierno por otro, siempre hemos estado encontrando un lugar para el ámbito *tripartito* durante estos últimos años. Así, en las negociaciones que llevaron a la firma del acuerdo de 29 de julio de 2014 y que abría una etapa de protagonismo del diálogo social, y en la lógica de lo que venimos analizando, se incluirían tanto ámbito bipartito (negociación colectiva) como tripartito (especialmente la necesidad de avanzar en la negociación para la reforma del sistema de formación para el empleo). De todos modos, ese acuerdo de 2014 tendría al año siguiente un desigual cumplimiento de lo pactado, considerando además que su desarrollo se produciría en un año marcado por el final de la legislatura.

A partir de esos momentos, se empieza a entrever un cambio de tendencia en el contexto económico, y que también tendrá sus repercusiones en las relaciones entre los actores de nuestro sistema de relaciones laborales. Y en ese panorama, ante la finalización de la vigencia del II AENC, en el ámbito bipartito debemos destacar la firma el 8 de junio de 2015, por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (III AENC).

La inestabilidad política y el diálogo social (2015-2021)

Retomando la dinámica tripartita en nuestro sistema de relaciones laborales, no cabe duda de que desde 2015, ésta viene condicionada fuertemente por la inestabilidad política. Si analizáramos el conjunto de actuaciones de diversa índole que pudieran considerarse como diálogo social, tanto a nivel estatal como en las Comunidades Autónomas, veríamos cómo dicho diálogo es una parte consustancial de nuestro sistema de relaciones

laborales. Son innumerables los momentos de encuentro y negociación entre interlocutores y poderes públicos, aunque éstos lleguen a fructificar en posibles cambios concertados. Pero aquellas grandes cuestiones y una dinámica fluida se verán obviamente alteradas por el momento político; es razonable pensar que la coyuntura política del momento repercute en el diálogo social. Y no nos referimos a que pierda peso, sino que sencillamente la presencia de gobiernos “en funciones” o la espera de procesos electorales, debilita la posibilidad de intercambio entre los actores.

Si se celebran cuatro elecciones en cuatro años, todo apunta a que la dinámica de los procesos de diálogo social se vea alterada. Y no significa que desaparezca cualquiera de las expresiones del neocorporativismo, pues éste está institucionalizado y articulado a través de los grupos de intereses profesionales, pero es obvio que los grandes acuerdos o las dinámicas más globales se vean alteradas. Nadie achacaría a ninguno de los actores políticos o sociales que en tal estado de inestabilidad política se limite esta posibilidad. Muchos han sido los meses de los gobiernos en funciones durante este período.

En el ejercicio 2020 con una nueva legislatura, se inaugura una etapa de relanzamiento del diálogo social tripartito. Es el clásico momento de impulso público al diálogo social. A partir de aquí, la pandemia viene a alterarlo todo. En un escenario de enorme crisis sanitaria, a la que le sigue una repercusión económica y social sin precedentes, llama poderosamente la atención la gran capacidad de diálogo social entre el Gobierno recién constituido (con el estreno de Yolanda Díaz como Ministra de Trabajo y Economía Social) y los propios interlocutores sociales; haciéndose buenos los precedentes históricos del llamamiento a la unidad y al esfuerzo concertado en los momentos postbélicos.

Enumeremos algunos de los acuerdos principales en el marco del diálogo social a lo largo de los años 2020 y 2021:

- Acuerdo para la determinación de la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional para 2020 (RD 231/2020, de 4 de febrero). Con un incremento del 5,5%, tras el histórico 22,3% del año anterior (acuerdo éste de carácter parlamentario, que no social);
- Acuerdo Social en Defensa del Empleo, sobre cuestiones aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y otros elementos para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (ERTEs);
- Acuerdo Social en defensa del empleo II (RD-Ley 24/2020, de 26 de junio) que modulaba las medidas extraordinarias establecidas en el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo que terminaba su vigencia el 30 de junio de 2020) (Autónomos);
- Acuerdo Social en defensa del empleo III de 29 de septiembre 2020,

- para ampliación de ERTES hasta 31 de enero;
- Acuerdo por la Reactivación Económica y el Empleo (3 julio 2020), donde Gobierno e interlocutores sociales comparten la urgente necesidad de impulsar la reactivación económica y la creación de empleo, considerando imprescindible continuar con el diálogo social y emplazándose para intensificar las reuniones;
 - Acuerdo para la regulación del trabajo a distancia y posterior entrada en vigor de RD-Ley 28/2020;
 - Acuerdo Social en defensa del empleo IV, publicado como RD-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo;
 - Acuerdo Social en defensa del empleo V, publicado como RD-Ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos;
 - Acuerdo Social en defensa del empleo VI, publicado como RD-Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo;
 - Acuerdo de la mesa de diálogo social en materia de Seguridad Social y pensiones 2021;
 - Acuerdo de diálogo social que da lugar al RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

3. Consideraciones finales. La actualidad del viejo neocorporativismo

Es destacable que, tras un largo período de grandes dificultades para el diálogo social, y sobre todo por la inestabilidad política, nos encontremos en una situación en la que un Gobierno de coalición, en el que su titular de Trabajo (Yolanda Díaz) representa el ala más izquierdista del mismo (Unidas Podemos), logre aglutinar una cantidad de acuerdos con los agentes sociales. Se apuesta por el diálogo social – como manifestación más evidente del neocorporativismo o “gobernanza” – como instrumento para la regulación laboral. Algo, que obviamente necesita de la complicidad de los propios agentes sociales. Así, en el contexto de los acuerdos sociales citados, se creaba la Comisión de Seguimiento Tripartita Laboral que viene a corroborar al tripartismo como instrumento fundamental en los momentos de grandes crisis económicas.

Hemos querido echar la mirada más allá de las fronteras nacionales para corroborar la percepción sobre la virtualidad del tripartismo en tiempos de crisis. La propia OIT nos presenta resultados concluyentes¹¹ a través de las investigaciones recientes pretendiendo estructurar los diferentes casos nacionales de diálogo social para hacer frente a los efectos económicos y sociales de la pandemia del Covid-19; matizando desde el punto de vista metodológico que se refieren al diálogo social propiamente dicho (tripartito), y también al diálogo bipartito.

Señala la OIT¹² el diálogo tripartito entre gobiernos, sindicatos y organizaciones de empleadores tuvo lugar en 79 de 133 países objeto de examen. La utilización del diálogo tripartito fue del 63% en Europa y Asia Central, del 60% en las Américas, del 59% en Asia y el Pacífico y del 33% en los Estados Árabes. Pero más allá de esos datos cuantitativos, se destaca que en la mayoría de los casos se ha acudido al diálogo social como fórmula de resolución de los problemas, pues se crean para ello estructuras *ad hoc* por parte de gobiernos, empleadores y trabajadores.

Parecería una obviedad señalar que en los países con relaciones laborales más sólidas se posibilitara una mayor influencia de los agentes sociales en la toma de decisiones políticas de respuesta a la crisis, pero no es menos cierto que también se consigue así evitar ciertas tentaciones – pronosticadas por algunos – de totalitarismo político. Los resultados que nos presentan no solo señalan la virtualidad del diálogo social tripartito y/o bipartito del ámbito nacional para dar respuesta a la crisis, sino la promoción del mismo en niveles sectoriales.

Quizás podamos plantear que los trascendentales cambios que se producen en nuestras economías y en las relaciones laborales sean de tal naturaleza que nuestro foco de atención no se centre en las relaciones colectivas y el papel de interlocución de los agentes sociales. Quizás sea cuestión de modas, pero lo cierto es que el viejo neocorporativismo – probablemente con otras denominaciones tales como “gobernanza” – está más vivo que nunca.

¹¹ OIT, [*El diálogo social un año tras la irrupción de la pandemia de COVID-19. Análisis de los resultados*](#), Nota de investigación OIT, 2021.

¹² OIT, [*Análisis de tendencias mundiales sobre el papel de los sindicatos en tiempos de COVID-19. Resumen de los hallazgos principales*](#), 2021.

4. Bibliografía

ARENAS L. (2011), *Zygmunt Bauman: paisajes de la modernidad líquida*, en *Revista Internacional de Filosofía*, n. 54

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2020-2000), [Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral](#)

CRUZ VILLALÓN J. (2010), *Algunas claves de la reforma laboral*, en *Temas Laborales*, n. 107

CRUZ VILLALÓN J., MENÉNDEZ CALVO M.R., NOGUEIRA GUASTAVINO M. (coords.) (2017), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2010), [Celestino Corbacho asume la presidencia rotatoria del Consejo General de la Formación Profesional](#), en [prensa.mites.gob.es](#), 20 enero

OIT (2021), [Análisis de tendencias mundiales sobre el papel de los sindicatos en tiempos de COVID-19. Resumen de los hallazgos principales](#)

OIT (2021), [El diálogo social un año tras la irrupción de la pandemia de COVID-19. Análisis de los resultados](#), Nota de investigación OIT

OLIET PALÁ A. (2004), *La concertación social en la democracia española: crónica de un difícil intercambio*, Tirant lo Blanch

PORRAS NADALES A. (2018), *Entre representación y participación: dinámicas y límites*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 26

RAMÍREZ B. M.F. (2011), [Gobernanza y legitimidad democrática](#), en [Reflexión Política](#), n. 25

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M. (2017), *Capacidad convencional y representación sindical*, en J. CRUZ VILLALÓN, M.R. MENÉNDEZ CALVO, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo

Normativa Europea

[Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales](#), 9 diciembre 2021, COM(2021)762 final

¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?*

M^a Belén FERNÁNDEZ COLLADOS**

RESUMEN: Hasta la irrupción de la pandemia a nivel mundial derivada de la expansión del SARS-CoV-2 el trabajo a distancia, y fundamentalmente el teletrabajo como una modalidad del mismo, era una práctica muy residual, y cuando se enumeraban sus ventajas una de ellas era, sin lugar a dudas, su carácter flexible y las mayores posibilidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, ha sido esa experiencia “pandémica” la que ha puesto en duda que el teletrabajo pueda ser efectivamente una herramienta de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, debiendo para ello estudiarse qué ha ocurrido durante ese lapso temporal, así como confrontarse con las que podrían denominarse formas tradicionales de conciliación y analizarse si realmente es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. A tales efectos, ha de examinarse su regulación jurídica en el ordenamiento español desde una perspectiva de género, para poder vislumbrar su repercusión en la salud o en la promoción profesional, o, entre otras cuestiones, si una posible segregación de los modelos organizativos de la empresa, donde las mujeres sean las que trabajan desde casa y los hombres los que van al centro de trabajo, puede llegar a suponer una discriminación indirecta. Finalmente, en este estudio se valorarán los pros y los contras del teletrabajo como medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con respecto a otras fórmulas de conciliación, con el objeto de llegar a una serie de conclusiones que puedan ser de interés, así como formular, en su caso, propuestas de *lege ferenda*.

Palabras clave: Teletrabajo, conciliación, igualdad.

SUMARIO: 1. Premisa de partida: el teletrabajo durante la pandemia tiene un carácter excepcional. 2. Teletrabajo y conciliación. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

* Este trabajo es resultado de los estudios de investigación desarrollados por la autora en el marco de la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Universidad de Murcia financiada por la Consejería de Empresa, Empleo, Universidades y Portavocía de la Región de Murcia e impulsada por la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Coordinadora del doctorado en Derecho de la Escuela Internacional de Doctorado, Directora de la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral, Universidad de Murcia (España).

Is Teleworking a Formula for Conciliation of Personal, Family and Work Life?

ABSTRACT: Until the outbreak of the global pandemic derived from the spread of the SARS-CoV-2, remote work, and fundamentally telework as a modality of it, was a very residual practice, and when its advantages were listed one of them was, without a doubt, its flexible nature and the greater possibilities of reconciling personal, family and work life. However, it has been this 'pandemic' experience that has cast doubt on whether teleworking can effectively be a tool for reconciling personal, family and work life, and for this reason it is necessary to study what has happened during that period of time, as well as to confront with what could be called traditional forms of conciliation and analyse whether teleworking really is a formula for reconciling personal, family and work life. For this purpose, its legal regulation in the Spanish legal system must be examined from a gender perspective, in order to glimpse its repercussion on health or professional promotion, or, among other issues, if a possible segregation of the organizational models of the company, where women are the ones who work from home and men are the ones who go to the workplace, it can lead to indirect discrimination. Finally, this study will assess the pros and cons of teleworking as a measure of conciliation of personal, family and work life with respect to other conciliation formulas, in order to reach a series of conclusions that may be of interest, as well as to formulate, where appropriate, proposals of *lege ferenda*.

Key Words: Teleworking, conciliation, equality.

1. Premisa de partida: el teletrabajo durante la pandemia tiene un carácter excepcional

El histórico 11 de marzo de 2020, el día que la Organización Mundial de la Salud comunicó la declaración de epidemia a nivel mundial por la expansión del SARS-CoV-2, no sólo nos cambió la vida, también la concepción del trabajo a distancia y en particular del teletrabajo.

Pocos días después, en España, al igual que en otros países de nuestro entorno, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, a través del RD 463/2020, de 14 de marzo. Dicho Real Decreto limitó, entre otros derechos fundamentales, la libertad de circulación de las personas, con “medidas de contención” conducentes al denominado “confinamiento domiciliario”, decretándose el cierre de determinadas actividades, así como el mantenimiento de las que dicha norma consideró como esenciales, publicándose, a raíz de éste, una serie de medidas urgentes para lograr paliar – en la medida de lo posible – los efectos de la crisis económica, laboral y social que indefectiblemente habría de provocar la situación sanitaria. En este contexto, el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la Covid-19, con el que se pretende garantizar – en la medida de lo posible – la continuidad de la actividad empresarial a través de mecanismos alternativos a la presencialidad, en su art. 5, dispone el carácter preferente del trabajo a distancia siempre que ello sea «técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado».

El confinamiento domiciliario y el carácter preferente del trabajo a distancia, en España, como en gran parte de Europa, supone un antes y un después en la percepción del teletrabajo por parte de los trabajadores y las trabajadoras, de modo que, si antes de marzo de 2020 se le hubiera preguntado a cualquier persona: ¿es el trabajo a distancia una fórmula idónea de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?, a buen seguro habrían contestado en buena parte que sí, dado que la deslocalización del tiempo y lugar de trabajo ha sido tradicionalmente entendida como una indudable vía de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. No en vano, prácticamente un año antes, el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modificó el apartado 8 del art. 34 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), anticipándose al contenido de la Directiva 2019/1158 (UE) del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida

profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹, con el objeto de reconocer como un derecho de las personas trabajadoras la solicitud de «las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral».

A este respecto, ha de tenerse presente que, en España, según los datos del INE², antes de la declaración del estado de alarma el porcentaje de establecimientos que utilizaban el trabajo a distancia se situaba en un 14,8% y el porcentaje de la plantilla en teletrabajo era de un 32,1%. Sin embargo, esas cifras cambian radicalmente durante el estado de alarma, elevándose el porcentaje de establecimientos hasta el 48,8% y el porcentaje de plantilla hasta el 49,7%. Y es entonces, y solamente entonces, cuando pueden encontrarse estudios y encuestas que señalan las dificultades que los españoles han tenido durante el estado de alarma para conciliar la vida personal, familiar y laboral con el teletrabajo³ y el sesgo de género de tales dificultades⁴.

¿Qué ha ocurrido?, ¿sólo cuando gran parte de la sociedad ha teletrabajado se ha demostrado que el teletrabajo no sólo no potencia la conciliación, sino que además abunda en la desproporción en el reparto de tareas entre hombres y mujeres? Sencillamente, lo que ha pasado es que las características propias del confinamiento domiciliario, del estado de alarma,

¹ Sobre las mismas *vid.* P. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 55.

² *Vid.* INE, *Porcentaje de establecimientos que utilizan el teletrabajo. Sectores de actividad*, en www.ine.es, 28 septiembre 2021.

³ Según los resultados de la encuesta *Pandemia, Familia y Educación* realizada por la plataforma Educar es Todo, «Casi el 70% de los españoles resalta que el teletrabajo ha entorpecido la conciliación laboral, familiar y personal» y «un 67,74% confiesa que su mayor conflicto» durante el confinamiento «fue gestionar las emociones, ante la falta de tiempo para dedicar a sus hijos en las horas de trabajo» (RRHHDIGITAL, *Casi el 70% de los españoles resalta que el teletrabajo ha entorpecido la conciliación laboral, familiar y personal*, en www.rrhhdigital.com, 20 agosto 2021).

⁴ J. RAMOS, A. GÓMEZ, *¿Por qué los retos de la conciliación en tiempos de covid-19 son todavía mayores para las mujeres?*, COVID19: IvieExpress, 2020, n. 16, concluyen que «El COVID-19 agrava las diferencias entre hombres y mujeres en la conciliación de la vida familiar y laboral» y subrayan que esos problemas de conciliación «se registran en los 4,5 millones de hogares con menores de 14 años que hay en España, pero son especialmente graves en los 1,88 millones de hogares monoparentales, de los cuales el 81% está formado por mujeres con hijos» (IVIE, *El COVID-19 agrava las diferencias entre hombres y mujeres en la conciliación de la vida familiar y laboral*, en www.ivie.es, 9 junio 2020).

y del teletrabajo ejercido bajo esas condiciones no puede extrapolarse al teletrabajo en circunstancias normales.

No puede obviarse que el estado de alarma, previsto en un principio para quince días y que, prorrogado hasta en seis ocasiones, llegó a extenderse hasta junio de 2020, comporta una situación excepcionalísima en la que el teletrabajo se convierte en la única alternativa a la suspensión de la actividad laboral, a los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), e incluso al despido, con la que mantener el desarrollo de la actividad laboral no esencial en un momento histórico particular y totalmente inusitado. Pero un teletrabajo “de contingencia”, un teletrabajo cuya exigua regulación en el art. 13 ET se limita a reconocer expresamente las tres características básicas del trabajo a distancia conforme al Acuerdo Marco Europeo para el Teletrabajo (AMET), suscrito el 16 de julio de 2002 por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), es decir: carácter voluntario y reversible, forma escrita e igualdad de derechos entre trabajadores y trabajadoras que presenten sus servicios a distancia o en el centro de trabajo de la empresa. Además de una única directriz por parte del RD-Ley 8/2020 a este respecto: la exención de la obligación empresarial de efectuar la evaluación de riesgos laborales conforme al art. 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora. Un teletrabajo en el que en realidad está ausente la primera y primordial característica legal del mismo: la voluntariedad⁵, al erigirse como única alternativa a la suspensión o la extinción de la relación laboral en un contexto en el que el bien jurídico prioritario es la salud de la ciudadanía y la evitación de desplazamientos innecesarios.

Por otro lado, como es conocido, la declaración del estado de alarma también acarrió la suspensión de la actividad educativa presencial en todos

⁵ Gran parte de la doctrina científica – entre ellos, J. CRUZ VILLALÓN, *Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 4, p. 408 – ha subrayado el carácter excepcionalmente obligatorio del trabajo a distancia conforme al RD-Ley 8/2020, siempre que sea «técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado». Es más, L. LÓPEZ CUMBRE, *Efectos laborales del coronavirus (II). Antes inviable, ahora imprescindible: el teletrabajo como medida de «distanciamiento físico»*, GA_P, 2020, p. 3, ha llegado a plantear si se está ante una reorganización de la capacidad productiva o si en algunos casos muy concretos se puede llegar a modificar sustancialmente el contrato (modificación de la estructura salarial si dejan de percibirse ciertos pluses, un posible cambio de horario, nuevas medidas de control...) habiendo de recurrirse al procedimiento previsto en el art. 41 ET.

los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza previstos en el art. 3 de la LO 2/2006, de 3 mayo, de Educación, incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados. Al mismo tiempo que en todas las Comunidades Autónomas se decretó la suspensión de la actividad de los centros de atención diurna de servicios sociales, independientemente de su titularidad y tipología de gestión (centros de día para personas mayores dependientes, centros ocupacionales, centros de día para personas con diversidad funcional, centros de día para personas con enfermedades mentales, centros de día para la infancia y adolescencia, centros de rehabilitación e inserción social, etc.).

Así pues, el “teletrabajo pandémico” se desempeña bajo unas circunstancias anómalas, peculiares y excepcionales, en un entorno en el que el problema de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se ve agudizado por la ausencia de apoyo institucional para el cuidado de menores y personas dependientes a consecuencia del cierre de los centros educativos y de los centros de atención diurna de servicios sociales, unido a la necesidad de desempeñar el trabajo de forma presencial en determinados sectores, o bien, de hacerlo a distancia de manera sobrevenida, sin una regulación jurídica adecuada, ni formación, ni recursos técnicos apropiados, a lo que en muchos casos se sumó el cuidado de miembros de la familia por el padecimiento de la enfermedad y/o por encontrarse enfermos o aislados los cuidadores contratados para ello. La consecuencia ha sido una clara confusión entre flexibilización del tiempo de trabajo y ausencia total de horario laboral, sin separación de tiempos de trabajo, de cuidado y de descanso⁶, con una hiperconectividad permanente inducida en parte por la autoexigencia ante una situación histórica de tanta magnitud y la inexperiencia en el trabajo a distancia, que han conducido inexorablemente a una extensión de la jornada laboral⁷.

Por todo lo cual, para cuestionarse si el teletrabajo es efectivamente una herramienta para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ha de partirse de una clara premisa o punto de partida: el teletrabajo durante la pandemia tiene un carácter excepcional y las consecuencias de su ejercicio no son aplicables nada más que al ejercido como consecuencia de la pandemia. De hecho, el legislador español espera deliberadamente al fin del

⁶ Cfr. M.E. CASAS BAAMONDE, *El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 7.

⁷ Los datos de EUROFOUND, *Living, working and COVID-19*, Research Report, 2020, son reveladores: un 18,2% aumentó su jornada laboral durante la pandemia; un 37,3% trabajó en su tiempo libre; y un 58,4% declaró no poder dedicar el tiempo que deseado a su familia como consecuencia del desempeño del trabajo a distancia.

estado de alarma para publicar, justo al día siguiente de su vigencia, el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, convalidado posteriormente por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), que excluyen de su ámbito de aplicación el trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la Covid-19⁸.

2. Teletrabajo y conciliación

El tiempo de trabajo es un aspecto clave en el binomio relación laboral y conciliación de la vida personal, laboral y familiar⁹. Las formas clásicas de conciliación han repercutido en la sustitución del tiempo de trabajo por el dedicado a las tareas de cuidados y en menor medida a las tareas del hogar y al propio desarrollo personal del trabajador/a, pero no en una verdadera compatibilización más acorde con el término “conciliación”, lo que unido al hecho de que esas tareas y cuidados recaen fundamentalmente en las mujeres, esa clásica forma de conciliación ha influido negativamente en las carreras profesionales de las trabajadoras al alejarlas temporalmente del mercado de trabajo.

Básicamente, los mecanismos jurídicos empleados a tal efecto en el ordenamiento jurídico español han sido tres¹⁰: la suspensión del contrato de trabajo, los permisos retribuidos y la reducción de jornada, a los que habría

⁸ Según el tenor literal de la DT 3ª del RD-Ley 28/2020 y de la LTD, «Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria».

⁹ Vid. C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial*, en D.T. KAHALE CARRILLO (dir.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi, 2020.

¹⁰ Ni en su momento la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ni más tarde la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), han delimitado qué ha de entenderse por instrumentos, mecanismos o instituciones de conciliación. Para R. AGUILERA IZQUIERDO, *Los Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, n. extra 2, p. 72, aunque la LOI se refiere a los «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», no los enumera, «partiendo del hecho consumado de que los mismos son ya conocidos, de manera que habrá que entender, que dichos derechos están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares» y recuerda que éstos no se incluyen entre los derechos básicos que tienen los trabajadores de acuerdo con el art. 4.1 ET.

de sumarse no sólo determinados beneficios negociales vinculados al tiempo de trabajo que facilitan la tarea conciliadora (excepciones convencionales por motivos de conciliación a la prolongación de la jornada, ampliación convencional de la reserva de puesto de trabajo, criterios de preferencia en la elección de turnos de trabajo...), también, aunque de forma indirecta, los contratos a tiempo parcial¹¹ y, en última instancia, la única técnica que verdaderamente compatibiliza en sentido estricto el trabajo remunerado con las tareas desarrolladas en el ámbito de la vida personal y familiar: la adaptación de la jornada laboral, reconocida como un derecho que para ser efectivo necesita que los términos de su ejercicio hayan sido previstos en la negociación colectiva o por acuerdo entre empresa y trabajador/a, lo que en la práctica supone un hándicap para su auténtica efectividad¹².

El RD-Ley 6/2019, como se ha indicado, cambia la redacción del art. 34.8 ET, que se refería al derecho del trabajador a «adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral» por la alusión al derecho «a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia», con el matiz de que las adaptaciones «deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa». Es decir, el trabajo a distancia se reconoce como un derecho conciliatorio de «adaptación de la forma de prestación del trabajo», siempre que esa opción sea considerada como razonable y proporcionada tanto a las necesidades de conciliación del trabajador/a como de organización y producción de la empresa. Este derecho, igualmente que el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada para ser ejercido necesita que los términos de su ejercicio se hayan pactado en la negociación colectiva y en ausencia de la misma, conforme al propio tenor del art. 34.8 ET «la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una

¹¹ Para mayor abundamiento *vid.* M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *El contrato a tiempo parcial como fórmula de conciliación y sus consecuencias en materia de Seguridad Social: el coste social de la conciliación*, en AA.VV., *Protección a la familia y seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo 1.

¹² *Vid.* M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *Negociación colectiva sobre la adaptación de la jornada por razones personales o familiares*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, n. 168, p. 43.

propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión».

La deslocalización de la persona trabajadora de un lugar y tiempo de trabajo concreto ha sido aplaudida como una ventajosa herramienta de gestión de recursos en el entendimiento de que puede conllevar importantes ventajas como: la flexibilidad en la gestión del tiempo; la racionalización de horarios; la reducción de costes en los centros de trabajo; el ahorro de costes en los desplazamientos; el aumento de la productividad vinculada al incremento del compromiso y experiencia del empleado/a; la atracción y retención de talento; la inserción laboral de personas con movilidad reducida y con responsabilidades familiares; o la reducción del absentismo, así como la mejora de las condiciones para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin olvidar que esta forma de organización puede suponer determinados inconvenientes, relacionados, por ejemplo, con: la protección de datos; la seguridad y salud laboral; la desconexión digital; el aislamiento laboral; la pérdida de la identidad corporativa; las deficiencias en el intercambio de información entre los trabajadores y trabajadoras presenciales y los que trabajan a distancia; o el traslado de los costes de la actividad productiva a la persona trabajadora sin compensación alguna¹³. Aspectos todos ellos que han podido ser mejor valorados tras la experiencia de teletrabajo pandémica y tenidos en cuenta por el legislador primero en el RD-Ley 28/2020 y más tarde en la LTD.

Como ya ha sido demostrado en la práctica ejercida – aunque obligatoriamente – durante el confinamiento domiciliario, la deslocalización del tiempo de trabajo más que una mejora para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral puede suponer una extensión de la jornada laboral fuera del centro de trabajo o, incluso, un nicho laboral por razón de género cuando se traslada el centro de trabajo al hogar familiar¹⁴.

El trabajo a través de dispositivos móviles, en sí mismo, es ampliamente reconocido como un claro factor de riesgo de prolongación de la jornada laboral¹⁵, por ello, bajo ningún concepto es admisible la máxima “cualquier

¹³ F. TRUJILLO PONS, *Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la “desconexión digital en el trabajo”*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2020, n. 8.

¹⁴ De hecho, ya antes de la pandemia la OIT había manifestado su especial preocupación a este respecto, *vid.* F.J. ARRIETA IDIAKEZ, *La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia*, en *Lan Harremanak*, 2019, n. 42, p. 89 ss.

¹⁵ F. TRUJILLO PONS, *op. cit.*

lugar, cualquier tiempo”¹⁶: el horario puede ser flexible, pero nunca inexistente, y precisamente por ello, la LTD en su sección 3ª, bajo la rúbrica *Derechos con repercusión en el tiempo de trabajo*, recoge el derecho al horario flexible, apostillando «en los términos del acuerdo» (art. 13 LTD), y el artículo 7 LTD prescribe como contenido mínimo obligatorio del acuerdo del trabajo a distancia el horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, las reglas de disponibilidad. Además, el registro de jornada debe respetarse también cuando la prestación del servicio se realiza a distancia¹⁷, proclamándose el derecho al registro horario adecuado (art. 14 LTD) como uno de los dos derechos de las personas trabajadoras a distancia con repercusión en el tiempo de trabajo.

Conforme al tenor literal del art. 13 LTD el derecho al horario flexible ha de ejercerse «de conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso». Y es que pese a las posibilidades que el teletrabajo ofrece en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal¹⁸, reconocidas tradicionalmente por la negociación colectiva en el apartado sobre conciliación¹⁹, la experiencia de teletrabajo pandémico, como ya ha sido reiteradamente señalado, ha demostrado que paradójicamente la flexibilidad enarbolada como una de las ventajas del trabajo a distancia, si no se gestiona correctamente, consigue el efecto contrario, a través de una suerte de “presencialismo virtual” que permite una conciliación de facto, pero sin desconexión del ámbito laboral, logrando dotar a la persona trabajadora del preciado don de la ubicuidad, pero causando serios estragos en su salud. La disponibilidad, como efecto colateral del trabajo a distancia durante el confinamiento domiciliario parece haber traspasado el ámbito de las guardias domiciliarias, pero sin su consideración como tiempo de trabajo, aunque más que de disponibilidad en el sentido apuntado por la doctrina y reconocido como tiempo de trabajo, debe hablarse de conectividad,

¹⁶ C. MOLINA NAVARRETE, *La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., p. 11.

¹⁷ Vid. D. MIRÓ MORROS, *El control de la jornada y el teletrabajo*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2016, n. 920.

¹⁸ Cfr. L. MELLA MÉNDEZ, *El Trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral*, en *IUSLabor*, 2017, n. 2.

¹⁹ Por ejemplo, el art. 82.3.2 del XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo (en BOE, 16 mayo 2018) dispone la compatibilidad del teletrabajo con la situación de permiso por maternidad a tiempo parcial al 50% en las últimas cuatro semanas del permiso de maternidad.

incompatible a todas luces con el derecho a la desconexión digital²⁰ y con una auténtica conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Para evitar el “presencialismo virtual”, los efectos adversos para la salud de una constante conexión y hacer factible la pretendida conciliación de la vida personal, familiar y laboral, no sólo es imprescindible la fijación de la jornada laboral, aunque se desarrolle a distancia y con cierta flexibilidad y cumplir con la obligatoriedad del registro horario, también cumplir con los tiempos de descanso: desconectar.

El derecho a la desconexión digital es un derecho reconocido en el art. 88 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)²¹, que encomienda a la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, las modalidades de su ejercicio²² y que, además, constituye la medida de prevención de riesgos laborales por excelencia contra gran parte de los riesgos para la salud derivados del uso de dispositivos móviles en la prestación laboral, como el tecnoestrés en cualquiera de sus vertientes²³. Un derecho que adquiere una especial significación en el desarrollo del trabajo a distancia y que por ello debió haberse puesto en valor en el momento del establecimiento del carácter preferente del trabajo a distancia durante el estado de alarma y en el que la LTD en su artículo 18 incide claramente ya que, a diferencia del art. 88 LOPD, considerado por parte de la doctrina científica como un mero derecho programático vacío de contenido²⁴, el art. 18 LTD aunque prácticamente reitera el tenor literal del art. 88 LOPD sí que puntualiza que el derecho a la desconexión digital «conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables».

²⁰ Vid. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital*, en D.T. KAHALE CARRILLO (dir.), *op. cit.*

²¹ Para mayor abundamiento vid. M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *Innovación y desconexión digital: aspectos controvertidos*, en J.S. BAIXAULI SOLER, M.J. PORTILLO NAVARRO (dirs.), *Políticas públicas e innovación*, Aranzadi, 2021.

²² Cfr. M.R. MARTÍN MUÑOZ, *El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2021, n. 239.

²³ Vid. M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 44.

²⁴ Vid., entre otros, J. CRUZ VILLALÓN, *Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 150, p. 23, y M.N. MORENO VIDA, *Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador*, *ibidem*, p. 177.

En otro orden de cosas, se ha planteado si la flexibilidad del horario de trabajo de las personas teletrabajadoras puede hacer cuestionable su derecho a solicitar otras medidas de conciliación, como los permisos retribuidos. Legalmente tienen derecho a ellos, pero la persona que teletrabaja puede sentirse juzgada al solicitarlos tanto por la empresa como por sus propios compañeros y compañeras²⁵.

Como corolario, ha de advertirse que el teletrabajo como un instrumento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral debe enfocarse en todo caso desde la corresponsabilidad y analizarse con perspectiva de género. El teletrabajo no puede coadyuvar a perpetuar los roles y estereotipos de género, ni contribuir a una posible segregación de los modelos organizativos de la empresa, donde las mujeres sean las que trabajan desde casa y los hombres los que van al centro de trabajo, porque ello constituiría una flagrante involución. Además, si son las mujeres las que trabajan desde casa se corre el riesgo de fomentar el conocido como factor “ya está en casa”, lo que significa que el resto de los miembros de la unidad familiar al tener a la pareja y madre en casa se sienten menos responsables de las tareas domésticas y del cuidado de familiares, contribuyendo a fomentar un desigual e injusto reparto de las tareas del hogar y los cuidados y una sobrecarga laboral en las mujeres con una doble y triple jornada laboral durante todo el día²⁶.

El teletrabajo es un arma de doble filo para las trabajadoras²⁷ y si ya antes de la pandemia se advertía del sesgo de género que suponía la implementación del teletrabajo como medida de conciliación²⁸, y aunque la regulación post-pandemia del trabajo a distancia en su exposición de motivos abogue por la evitación de la perpetuación de roles de género y el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, ¿cómo puede evitarse por el legislador?, ¿puede el legislador conseguir de algún modo la efectividad de la corresponsabilidad y la igualdad efectiva entre hombres y

²⁵ C. GALA DURÁN, *La relación entre el teletrabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar. El papel de la normativa y la negociación colectiva*, en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2021, vol. 7, p. 184.

²⁶ C. GALA DURÁN, *Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿solución o trampa?*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021, p. 325.

²⁷ J. TELLES LIMA, *Medidas de conciliación de la vida laboral y familiar: arma de doble filo para las mujeres. El caso del teletrabajo*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *op. cit.*

²⁸ Cfr. E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente*, en *Lex Social*, 2021, n. 1, y F. FERNÁNDEZ PROL, *Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de una economía: análisis desde una óptica de género*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 89, pp. 107-119.

mujeres en la asunción de las cargas familiares?, ¿o se trata más bien de un tema educacional de difícil solución a través de la legislación laboral? Si son las mujeres las que prefieren teletrabajar poco o nada puede hacer el legislador para que el trabajo en casa no quede relegado al género femenino, salvo poner ciertas limitaciones a que se desarrolle al 100% la jornada fuera del centro de trabajo o entrar en el espinoso tema de la discriminación positiva a la hora de valorar la adaptación de la forma de prestación de servicios.

3. Conclusiones

1. El teletrabajo desarrollado durante el estado de alarma o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la Covid-19 tiene un carácter excepcional y sus consecuencias y efectos en materia de conciliación no son plenamente extrapolables al ejercicio del teletrabajo en situación de normalidad. No obstante, sí que hay algunas constantes sobre las que se deben reflexionar, sobre todo en lo referente al tiempo de trabajo, la conciliación de la vida laboral y familiar y el ejercicio del derecho a la desconexión digital, siendo importante evitar que el teletrabajo suponga inexorablemente: aumento de la jornada laboral, conectividad y disponibilidad y, en definitiva: presencialismo virtual.
2. La flexibilidad horaria en el trabajo a distancia bajo ningún concepto puede significar la inexistencia de un horario de trabajo. La LTD cumple perfectamente con esa máxima al prever como contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia tanto el horario de trabajo como las reglas de disponibilidad, así como al proclamar el derecho al registro horario de las personas que trabajan a distancia.
3. El desarrollo del trabajo a distancia como herramienta de conciliación de la vida personal, familiar y laboral no significa la conciliación de los tiempos de trabajo y de vida personal y familiar durante las 24 horas del día. La deslocalización del tiempo y lugar de trabajo en modo alguno puede interpretarse como la confusión entre los distintos tiempos y la ausencia de una jornada de trabajo determinada y, por ende, la falta de desconexión. El espacio temporal de trabajo debe estar separado del familiar y personal y claramente acotado, estableciéndose también tiempos de descanso o desconexión. Si no se hace así, los efectos para la salud del o la trabajador/a pueden ser muy graves y la empresa será responsable de los daños en la salud del o la trabajador/a, por lo que es quien tiene que establecer las medidas adecuadas para prevenirlos, y

- entre esas medidas la formación es básica.
4. Las personas que teletrabajan deben ser formadas para ello. Por un lado, es preciso que los teletrabajadores y teletrabajadoras dispongan de las herramientas precisas para ello y sepan manejarlas, dado que la falta de experiencia y formación para la realización del trabajo a distancia ralentiza las tareas. Por otro lado, se requiere la existencia de un procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia (de hecho, este último forma parte del contenido mínimo obligatorio del acuerdo a distancia conforme al art. 7.*i* LTD). Pero también quienes teletrabajen deben ser formadas para saber gestionar la flexibilización del lugar y tiempo de trabajo, para conocer la metodología apropiada para una razonable gestión del tiempo de trabajo y así impedir que la falta de recursos para proceder a una adecuada organización del tiempo de trabajo conlleve una constante conectividad y la ausencia de separación de los espacios personal, familiar y laboral.
 5. El teletrabajo únicamente puede considerarse como una auténtica fórmula de conciliación si se posibilita la desconexión digital. En el ordenamiento jurídico español se proclama el derecho a la desconexión digital en la LOPD y la LTD matiza que el derecho a la desconexión digital «conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional», pero no garantiza su efectivo ejercicio si no se recogen expresamente esos límites y sus consecuencias legales. No obstante, al margen de las previsiones legales, la forma más idónea de garantizar el ejercicio del derecho a la desconexión digital de las personas que teletrabajan pasa por el empleo de un sistema informático que lo haga obligatorio, un dispositivo que permita sólo trabajar durante los tiempos de jornada marcados.
 6. Debe advertirse del riesgo de que el teletrabajo como herramienta de conciliación de la vida personal, familiar y laboral termine perpetuando aún más los roles de género y segregando a las mujeres fuera de los centros de trabajo. Por mucho que la exposición de motivos de la LTD, cargada de buenas intenciones, llame a «evitar la perpetuación de los roles de género», lo que se necesitan son medidas al respecto, y tales medidas habrían de tener un carácter imperativo difícilmente articulable con la libertad de las partes para establecer la forma de prestación de los servicios con independencia de su género, pues lo contrario sería algo así como una especie de discriminación positiva a favor del teletrabajo

del varón. La corresponsabilidad difícilmente puede imponerse a través de la legislación laboral, siendo más bien una asignatura pendiente a nivel educacional y social.

4. Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO R. (2007), *Los Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. extra 2

ARRIETA IDIAKEZ F.J. (2019), *La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia*, en *Lan Harremanak*, n. 42

CASAS BAAMONDE M.E. (2020), *El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 7

CRUZ VILLALÓN J. (2020), *Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 4

CRUZ VILLALÓN J. (2019), *Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos*, en *Temas Laborales*, n. 150

EUROFOUND (2020), [*Living, working and COVID-19*](#), Research Report

FERNÁNDEZ COLLADOS M.B. (2021), *Innovación y desconexión digital: aspectos controvertidos*, en J.S. BAIXAULI SOLER, M.J. PORTILLO NAVARRO (dirs.), *Políticas públicas e innovación*, Aranzadi

FERNÁNDEZ COLLADOS M.B. (2020), *La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital*, en *Lan Harremanak*, n. 44

FERNÁNDEZ COLLADOS M.B. (2018), *El contrato a tiempo parcial como fórmula de conciliación y sus consecuencias en materia de Seguridad Social: el coste social de la conciliación*, en AA.VV., *Protección a la familia y seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, tomo 1

FERNÁNDEZ COLLADOS M.B. (2014), *Negociación colectiva sobre la adaptación de la jornada por razones personales o familiares*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 168

FERNÁNDEZ PROL F. (2020), *Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de una economía: análisis desde una óptica de género*, en *Revista de Derecho Social*, n. 89

GALA DURÁN C. (2021), *La relación entre el teletrabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar. El papel de la normativa y la negociación colectiva*, en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 7

- GALA DURÁN C. (2021), *Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿solución o trampa?*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi
- INE (2021), [Porcentaje de establecimientos que utilizan el teletrabajo. Sectores de actividad](http://www.ine.es), en www.ine.es, 28 septiembre
- IVIE (2020), [El COVID-19 agrava las diferencias entre hombres y mujeres en la conciliación de la vida familiar y laboral](http://www.ivie.es), en www.ivie.es, 9 junio
- LÓPEZ CUMBRE L. (2020), [Efectos laborales del coronavirus \(II\). Antes inviable, ahora imprescindible: el teletrabajo como medida de «distanciamiento físico»](http://www.gap.es), GA_P
- MARTÍN MUÑOZ M.R. (2021), *El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 239
- MELLA MÉNDEZ L. (2017), *El Trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral*, en *IUSLabor*, n. 2
- MIRÓ MORROS D. (2016), *El control de la jornada y el teletrabajo*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 920
- MOLINA NAVARRETE C. (2019), *La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. extra.
- MORENO VIDA M.N. (2019), *Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador*, en *Temas Laborales*, n. 150
- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS P. (2020), *Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 55
- RAMOS J., GÓMEZ A. (2020), [¿Por qué los retos de la conciliación en tiempos de covid-19 son todavía mayores para las mujeres?](http://www.ivie.es), COVID19: IvieExpress, n. 16
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E. (2021), [De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente](http://www.lexsocial.es), en [Lex Social](http://www.lexsocial.es), n. 1
- RRHHDIGITAL (2021), [Casi el 70% de los españoles resalta que el teletrabajo ha entorpecido la conciliación laboral, familiar y personal](http://www.rrhhdigital.com), en www.rrhhdigital.com, 20 agosto
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI C. (2020), *La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial*, en D.T. KAHALE CARRILLO (dir.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (2020), *El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital*, en D.T. KAHALE CARRILLO (dir.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi

TELLES LIMA J. (2021), *Medidas de conciliación de la vida laboral y familiar: arma de doble filo para las mujeres. El caso del teletrabajo*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi

TRUJILLO PONS F. (2020), *Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la “desconexión digital en el trabajo”*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8

Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social*

Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**
Patricia PRIETO PADÍN***

RESUMEN: De rememorar el pasado para aquilatar la protección dispensada en España frente al suicidio del trabajador, cabrá observar una trabada evolución jurisprudencial (sin lugar para un eco legal), casi siempre signada de una perspectiva “paliativa” y donde, además, fue necesario bastante tiempo para dejar atrás el criterio de conformidad con el cual la voluntad del fallecido convertía la muerte autoinfligida en la culminación de una enfermedad común. Superada tal idea, y vinculado el suicidio al concepto de accidente, el debate se trasladó desde su origen común a un posible vínculo profesional, en particular si acaecido en el lugar y tiempo de trabajo, aun cuando para ello hubiera de vencerse la férrea resistencia a aplicar la presunción. De seguro la cultura que impulsa la renovación de la norma de seguridad y salud laborales a fin de siglo abre una nueva perspectiva “preventiva”, donde el carácter profesional de la contingencia se vincula al dato de si el empleador debió contemplar la posibilidad de un riesgo y planear la imprescindible intervención para evitar el trágico desenlace.

Palabras clave: Suicidio, prevención de riesgos laborales, enfermedad común, accidente de trabajo.

SUMARIO: 1. La doble trascendencia de la calificación del suicidio como contingencia profesional en el sistema español de Seguridad Social. 2. Etapas en la calificación jurídica del suicidio del trabajador a efectos de Seguridad Social. 2.1. La etapa previa a la fundación del sistema: ningún margen por una relación entre suicidio y contingencia profesional. 2.2. La jurisprudencia al calor de la primera normativa del sistema y el importante criterio del gestor de la Seguridad Social. 2.3. Dos décadas sin orientación jurisprudencial. 2.4. Las claves barajadas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007. 3. Línea de tendencia en la doctrina de suplicación tras el criterio sentado por el Tribunal

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación Investum/21/LE/0001, titulado *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, financiado por la Consejería de Empleo e Industria de la Junta de Castilla y León.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León (España).

*** Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Burgos (España); Miembro del grupo de investigación, reconocido por el Gobierno Vasco (IT1089-16), de la Deustuko Unibertsitatea (España).

Supremo. 3.1. El abandono de la construcción asentada en la voluntad y/o culpa del trabajador. 3.2. La aplicación muy limitada de la presunción recogida en el art. 156.3 LGSS. 3.3. La conexión causal entre suicidio y trabajo. Su flexibilidad en el tiempo y la vinculación a la prevención de riesgo: responsabilidad empresarial. 3.4. La evolución en materia de protección social complementaria. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

Work and Suicide: an Unfinished Story in the Social Protection Model

ABSTRACT: If we look back at the past to assess the protection afforded in Spain in the case of worker suicide, we can observe a difficult evolution of case law (with no place for a legal echo). The debate was almost always marked by a ‘palliative’ perspective and, moreover, it took a long time to leave behind the criterion according to which the will of the deceased turned self-inflicted death into the culmination of a common illness. Once this idea was overcome, and suicide was linked to the concept of accident, the debate shifted from its common origin to a possible professional link. Particularly if it occurred at the place and time of work, even if the fierce resistance to apply the presumption had to be overcome. Surely the culture that drives the renewal of occupational health and safety regulations at the end of the century opens a new ‘preventive’ perspective. An important point of view where the professional nature of the contingency is linked to whether the employer should have contemplated the possibility of a risk and planned the necessary intervention to avoid the tragic outcome.

Key Words: Suicide, labour risk prevention, common illness, work-related accident.

1. La doble trascendencia de la calificación del suicidio como contingencia profesional en el sistema español de Seguridad Social

La calificación otorgada al suicidio de un trabajador a efectos de la protección social dispensada por el modelo público a sus familias, así como de la responsabilidad que puede generar a quien fue su empresario, ha experimentado una doble evolución significativa a lo largo del tiempo: de un lado, y con proyección de décadas, el lento camino hacia el reconocimiento de la posible conexión causal entre el acto autolítico y la actividad desarrollada por cuenta ajena; de otro, y con pujanza en los últimos años, su eventual consideración como un riesgo que requiere la intervención preventiva del empleador.

Desde el primero de los planos, el documento fundacional del sistema español de Seguridad Social entendía necesario superar «la regresiva noción de riesgos singulares atendida su causa», a cuyo fin – y según confiesa el legislador – «evita deliberadamente la noción de riesgo», en orden a favorecer, «en la medida de lo posible, la uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento» (Exposición de Motivos I, n. 6, y II, n. 2). Sienta así, como clave de bóveda, el principio de «conjunta consideración de contingencias y situaciones objeto de cobertura» (Base Primera 1); ideal revolucionario en aquel momento, llamado a culminar «cuando las circunstancias lo toleren y la experiencia del tiempo que deberá transcurrir lo aconseje».

Lejos de avanzar sobre tal norte, el modelo español acaba siguiendo una senda notablemente separada, y su arquitectura toma como cimiento una diferente regulación de la contingencia en función de la naturaleza común o profesional de la cual trae causa; más aún, y dentro de esta dicotomía, atendiendo a su procedencia de un accidente o de una enfermedad.

Ciertamente a lo largo de los años, y de las sucesivas reformas normativas, cabrá detectar un notable acercamiento en la protección de los estados de necesidad de origen común a aquellos vinculados a la actividad laboral, configurados como paradigma hacia el cual avanzar; sin embargo, el balance del modelo a día de hoy sigue mostrando la acusada centralidad de las contingencias profesionales, hasta el punto de conformar un verdadero subsistema elevado sobre los elementos diferenciales en aspectos nucleares que le otorgan una notable autonomía tanto de hecho como de derecho.

El simple enunciado de algunos de esos rasgos de separación permite comprender la importante brecha de protección que se traduce – entre otros – en tres factores clave capaces de justificar el calificativo de

“privilegiado” que adorna el régimen jurídico¹: de un lado, y en la gestión, la posibilidad de acudir a entidades mutuales para cubrir el riesgo de incapacidad permanente; de otro, las notables peculiaridades en su régimen económico-financiero, en particular por cuanto hace a la cotización y la configuración de sus bases y tipos; por último, y más importante, los singulares beneficios en el acceso a y contenido de las prestaciones, comenzando por el encuadramiento automático en el sistema derivado del simple hecho del trabajar por cuenta ajena (alta presunta o de pleno derecho), la exención de acreditar cualquier periodo de cotización previo (beneficio con extensión al accidente ordinario, pero no a la enfermedad común), la aplicación del principio de automaticidad plena u obligación de anticipo por el ente gestor pese al incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización, y, en fin, la notable mejora en el importe a partir de la determinación de su base de cálculo (y en algunos supuestos, como la incapacidad temporal, también del tipo) o de otros varios factores capaces de llevar a una superior cuantía, ya sea por la vía de mejoras voluntarias, ya de recargo de prestaciones y/o de la responsabilidad civil exigible al empleador².

Este régimen tan profundamente diferenciado es el que ha venido marcando durante más de medio siglo la consideración del suicidio en el ordenamiento español, para explicar el tránsito a que ha lugar en las resoluciones administrativas y – sobre todo – en la jurisprudencia desde la menor de las protecciones, situada en la catalogación como enfermedad común, pasando por la consideración como accidente no laboral, hasta poder alcanzar la calificación de accidente de trabajo de concurrir la conexión causal oportuna entre la decisión autolítica y la actividad profesional.

Tal cuestión es, precisamente, la que abre la reflexión a la necesidad de ponderar un aspecto que emerge durante las dos últimas décadas para dotar de un nuevo sentido al discurso jurídico, pues, sí apreciada tal conexión, provocará unas consecuencias que van más allá de la Seguridad Social, alcanzando a las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, no en vano la decisión de quitarse la vida traerá causa en factores

¹ Una exposición cuidada en J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Atelier, 2007, p. 145 ss.

² Por extenso, F. CAVAS MARTÍNEZ, F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, 2006; más recientes, J.A. GÓMEZ GONZÁLEZ, [El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional respecto de las contingencias comunes en la Seguridad Social](#), Tesis Doctoral, Universidad Miguel Hernández, 2015, o J.A. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional. Un intento de que las contingencias profesionales pierdan su especialidad*, Aranzadi, 2017.

convertidos en riesgos capaces de incidir de tal forma en la salud mental de la víctima como para conducirla al trágico resultado.

La planificación realizada y/o los medios y procedimientos que deberían haber sido utilizados habrían fallado y, amén del necesario discurso preventivo, desde el análisis que en este estudio concita la atención llevará no solo a proclamar la naturaleza profesional de la contingencia, sino la posible imputación al empresario de una eventual responsabilidad derivada de su inactividad³.

2. Etapas en la calificación jurídica del suicidio del trabajador a efectos de Seguridad Social

Una visión histórica de la línea de evolución implícita en el discurso anterior lleva a apreciar las siguientes fases fundamentales en un proceso que, según bien cabe colegir, permanece abierto.

2.1. La etapa previa a la fundación del sistema: ningún margen por una relación entre suicidio y contingencia profesional

La normativa previa al Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el cual se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social, casi no dejaba margen alguno para otorgar cualquier protección social cualificada a los supervivientes de quien hubiera decidido quitarse la vida. Dos datos constituyen prueba preclara de lo afirmado: de un lado, el hecho de que apenas se suscitaban demandas en este sentido ante los órganos judiciales; de otro, en las escasas ocasiones en las cuales el recurso accedió al Tribunal Supremo, la solicitud no iba dirigida tanto a obtener una calificación del suicidio como accidente de trabajo, cuanto a negar la existencia de aquel para afirmar la de este.

Se trata de cinco sentencias únicamente. En una de ellas, y a pesar de la proximidad temporal entre la acusación contra el trabajador de robo de material de trabajo y el atropello ferroviario, una vez que se da por probada la voluntad del fallecido de poner fin a su vida, el rasgo de intencionalidad sirve para negar cualquier causalidad entre el suceso y la relación laboral⁴.

³ Además del recargo en las prestaciones, sobre la posible extensión a una responsabilidad civil sirva la remisión a las reflexiones (desde la perspectiva de una especialista en Derecho Civil) contenidas en el extenso comentario de C. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El suicidio no es un acto voluntario, sino un accidente laboral*, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007, n. 18.

⁴ STS 31 marzo 1952, RJ 673/1952.

En otra segunda queda noticia de que «solo [existen] indicios de que haya sido suicidio», motivo por el cual el juzgado admite una calificación de accidente de trabajo que, en otro caso, hubiera sido denegada⁵. Bajo el parecer contenido en una tercera, mucho más contundente, quien había sufrido un grave accidente laboral y había sido hospitalizado a sus resultas, se suicida angustiado por su inutilidad futura, lo cual, sin embargo, no permite al Tribunal apreciar «la directa relación entre causa y efecto», es decir, entre el siniestro previo y la decisión del trabajador, situando el origen de esta «en el estado psíquico anormal del trabajador anterior a la producción de sus lesiones», no en vano se trataba de «unas lesiones que por su levedad no habrían de engendrar en una persona normal el impulso obsesivo que la llevase al suicidio»⁶. La cuarta vuelve a reiterar cómo entre un accidente previo que provocó al trabajador una grave conmoción cerebral, de la cual se recuperó sin mayor incapacidad, y el suceso acaecido tres años después cuando trabajaba para otra empresa, «no se advierte la necesaria relación de causa a efecto»⁷. En fin, la última (cuyos hechos se rigen por el Reglamento de 1956) vuelve a atribuir en exclusiva la decisión del trabajador de poner fin a su vida a una «espontánea excitación nerviosa lindante con lo paranoico», y aun cuando niega la relación causal entre ocupación y suicidio en el caso concreto, deja una puerta abierta a nuevas posibilidades, pues una lectura *a sensu contrario* permitiría haberlo considerado accidente de trabajo de haber mediado un estado patológico “causado” o “agravado” por el trabajo⁸.

2.2. La jurisprudencia al calor de la primera normativa del sistema y el importante criterio del gestor de la Seguridad Social

La entrada en vigor de la Ley de Seguridad Social de 1966, y en particular del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, cuyo art. 84 proporciona una definición de accidente de trabajo mantenida en lo fundamental en el art. 115 de la norma de 1994 y en el vigente art. 156 del RDL 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), facilita una lectura judicial parcialmente distinta del suicidio, pues pasan a ser importantes los datos relativos a la propia noción de accidente laboral, la presunción locativo-temporal sobre su existencia y una de las cláusulas de exclusión.

⁵ STS 25 octubre 1954, RJ 2514/1954.

⁶ STS 29 marzo 1962, RJ 1384/1962.

⁷ STS 19 febrero 1963, RJ 849/1963.

⁸ STS 28 enero 1960, RJ 406/1969.

Así, en primer lugar, la noción de accidente de trabajo demanda la presencia de tres factores (art. 156.1 LGSS): una lesión corporal (sea esta física o psíquica) que afecte a un trabajador por cuenta ajena (desde la reforma del art. 316 LGSS operada por Ley 6/2017, de 24 de octubre, también protege a los trabajadores autónomos) y haya sido sufrida por aquel con ocasión o por consecuencia del trabajo por cuenta ajena; en segundo término, la presunción de laboralidad lleva a considerar, salvo prueba en contrario, «que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo» (art. 156.3 LGSS); por último, y a partir de cuanto dispone el art. 156.4.b LGSS, procederá la exclusión como tal de los accidentes «debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado».

Al calor de la norma de 1966, y previo a su desarrollo en 1974, tienen lugar el primer reconocimiento como accidente de quien se lanza desde una ventana de la clínica donde estaba internado para la cura de un trauma laboral⁹. Al contrario que en ocasiones precedentes, el Tribunal Supremo no avala en esta ocasión el parecer de un Juez que constatará la ruptura del nexo causal entre un siniestro laboral previo del trabajador y la decisión de poner fin a su vida; antes al contrario, ratifica el alcanzado en la instancia por entender que «contiene la base del nexo causal, al establecer el desarrollo del funcionamiento del cerebro del accidentado consecutivamente a la primera caída en el servicio por cuenta ajena, operando un trastorno mental de tipo depresivo la larga hospitalización y las repetidas intervenciones quirúrgicas que determinan la fatal decisión». Así el viejo brocardo “*causa causae, causa causati?*”, lleva a apreciar la directa vinculación ente un siniestro de origen laboral y la subsiguiente perturbación derivada de un proceso de recuperación con muchos problemas¹⁰.

La valoración encuentra línea de continuidad cuatro años después, para un supuesto muy semejante de quien, habiendo sufrido un accidente y estando en tratamiento, también se arroja desde una ventana del hospital donde estaba recibiendo atención, lo cual lleva al órgano judicial a entender que «ha de presumirse que [el internamiento] lo fue para el tratamiento del accidentado sufrido en el buque [...], o de alguna enfermedad originada, agravada o desencadenada por el mismo, y siendo así, ha de estimarse que se trata de un accidente de trabajo»¹¹.

En medio, en cambio, cabrá dar cuenta de un ejemplo que recibe el eco

⁹ La estricta novedad de la resolución bien ponderada por J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *El suicidio del trabajador y su calificación en el derecho social*, Bomarzo, 2018, p. 52.

¹⁰ STS 29 octubre 1970, RJ 4336/1970.

¹¹ STS 26 abril 1974, RJ 1762/1978.

claro de la tesis clásica, pues niega cualquier posible aplicación de la presunción legal a quien se suicida en el lugar y tiempo de trabajo, por entender que la privación voluntaria de la vida constituye prueba bastante en contrario capaz de enervar su operatividad, en particular cuando no ha sido posible aportar «ninguna relación de causa a efecto entre el suicidio y el contrato laboral, en el estado patológico que ni está relacionado con el trabajo, ni agravado por él»¹².

Elemento de continuidad importante a esta apertura judicial es el cambio operado en el criterio sostenido por el órgano gestor competente de la Seguridad Social, que hasta el último tercio del siglo pasado había venido tomando – al menos en ocasiones – el suicidio como el resultado de una enfermedad común. Por Resolución de 22 de septiembre de 1976, la Dirección General de Ordenación y Asistencia Sanitaria emite su parecer sobre la consideración que procede otorgar al fallecimiento por esta causa a efectos de la calificación de la contingencia determinante de las prestaciones de muerte y supervivencia¹³. Entiende, a partir de ese instante, que «el suicidio, en atención a las notas de hecho que normalmente lo caracterizan, debe ser calificado como accidente, evitando la exclusión o infra protección que habría de determinar la ausencia de involuntariedad del hecho, salvo su posible determinación como accidente de trabajo o la intención fraudulenta del interesado»¹⁴.

El organismo público competente viene a corroborar, de este modo, un criterio judicial constante¹⁵ a partir del cual el accidente por razón de materia se caracteriza «por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina»; en consecuencia, cabrá apreciarlo «cuando el óbito repentino fuera directamente producido por una causa externa, no por un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina». «Si ello es así, sin duda el suicidio puede ser considerado como un accidente no laboral» y, a sus resultas, «la voluntariedad en la producción del siniestro no conlleva dejar sin prestación al trabajador, o en su caso, a sus familiares, pero sí otorgársela sin el mayor plus de protección que comportaría su consideración como accidente de trabajo. Entender lo contrario, implicaría el dejar sin

¹² STS 15 diciembre 1972, RJ 5560/1972.

¹³ *Vid. Boletín Mutualismo Laboral*, 1976, n. 229.

¹⁴ Las implicaciones prácticas de esta Resolución en A. BLANCO LEIRA, *El suicidio como accidente de trabajo*, en AA.VV., *El Derecho de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 413-414.

¹⁵ Conforme sostiene, tras su recorrido jurisprudencial «desde la STS de 17 de junio de 1903 a las SSTS de 2 de junio de 1994 y 25 de enero de 1995», la STS 10 junio 2009 (rec. 3133/2008).

protección a los familiares del trabajador suicidado, lo que por absurdo y contrario a la finalidad de la Seguridad Social ha de ser rechazado». Digno de destacar será cómo, a partir de tal fecha (en ocasiones en paralelo a cuanto más tarde ocurrirá con los fallecimientos por sobredosis o adulteración de drogas), y salvo situaciones realmente excepcionales¹⁶, nunca volverá a plantearse el problema derivado de una cotización insuficiente para acceder a las prestaciones de viudedad u orfandad a resultas del suicidio del causante¹⁷.

2.3. Dos décadas sin orientación jurisprudencial

Si el bagaje jurisprudencial bajo el cual cubrir el vacío legal era escaso hasta entonces (pues únicamente ocho pronunciamientos de la Sala del Tribunal Supremo entraban a valorar el origen de la contingencia), a partir de ese momento cabrá asistir a un periodo de más de dos décadas durante el cual el silencio tan solo se rompe en una ocasión, en la cual el objeto de debate no radicaba tanto en discernir el origen común o profesional del siniestro (al menos no obra un razonamiento expreso al respecto), cuanto su inclusión o no en el ámbito objetivo del seguro destinado a cubrir la mejora voluntaria contemplada en convenio para el caso de fallecimiento del trabajador.

La sentencia, de finales de los años 80, sirve de inspiración para toda una corriente judicial que conformó la doctrina más segura sobre la consideración del suicidio a efectos de la Seguridad Social complementaria, constituida sobre el triple pilar que esboza¹⁸: a) en cuanto su origen está en el acuerdo alcanzado por las partes en un convenio o contrato de trabajo, la autonomía negocial puede excluir el suicidio del concepto de accidente, sea o no laboral¹⁹; b) si el convenio o el contrato de trabajo no lo excluyen de forma manifiesta, y pese a algún criterio discordante²⁰, el término accidente habrá de ser interpretado en el sentido que merece su acepción

¹⁶ Así el singularísimo razonamiento que contiene aquel pronunciamiento para el cual el periodo de cotización previo resulta exigible, por no considerar que el suicidio sea un accidente, bajo la anacrónica perspectiva incorporada a la STSJ Comunidad Valenciana 21 marzo 2006, rec. 4098/2005.

¹⁷ STS 27 mayo 1998, rec. 2460/1997, STS 22 octubre 1999, rec. 35/1999, o STS 27 noviembre 2002, rec. 509/2002.

¹⁸ STS 9 marzo 1987, RJ 1362/1987.

¹⁹ STSJ Andalucía/Málaga 5 febrero 1992, rec. 303/1991.

²⁰ STSJ Madrid 3 octubre 2002, rec. 1446/2002.

para el sistema público, e incorporar por tanto el suicidio²¹; c) igual conclusión ha de obrar respecto a la exteriorización del riesgo empresarial a través de un contrato de seguro, pues si este no lo excluye de manera expresa, ha de quedar incluido²²; ahora bien, siempre cabrá dejar constancia en la póliza de la voluntad de la aseguradora de no hacerse cargo de la contingencia – bajo términos que no dejen lugar a dudas²³ –, en cuyo caso la responsabilidad pesará en exclusiva sobre el empresario²⁴.

Con la entrada en vigor del RDL 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, la demanda de la triple identidad determinada por hechos, fundamentos de derecho y pretensiones sustancialmente iguales, exigida a la hora de apreciar la contradicción en las sentencias para acceder a casación para unificación de doctrina, harán casi inviable la obtención de una línea de orientación jurisprudencial, pues muy difícilmente el sustrato fáctico de un suicidio puede presentar la similitud necesaria con cualquier otro en cuanto hace a las relaciones de causalidad entre la actividad profesional y la decisión del trabajador bajo sus singulares circunstancias subjetivas²⁵.

A falta de esta guía, sencillo resulta suponer que la libertad conferida en suplicación a la hora elaborar algunos patrones, o criterios internos para valorar los supuestos de suicidio, diera pie a planteamientos y formas de abordar la cuestión notoriamente diversos entre los Tribunales Superiores de Justicia; por ende, a resultados que, a partir de una primera comparación, bien podrían considerarse divergentes, hasta el punto de llamar la atención respecto a las diferencias en el tratamiento del suicidio del trabajador según el territorio donde acaezca²⁶.

²¹ STSJ País Vasco 5 febrero 1992, rec. 302/1991, y STSJ País Vasco 11 septiembre 2001, rec. 1547/2001, o STSJ Aragón 21 junio 2004, rec. 349/2004.

²² STSJ La Rioja 8 julio 2004, rec. 189/2004, y STSJ Castilla y León/Valladolid 2 octubre 2006, rec. 1294/2006.

²³ STS 10 febrero 1988, RJ 936/1988. Sobre tal punto de partida en la jurisdicción civil, A. SALAS CARCELLER, *Suicidio y seguro de vida*, en *Aranzadi Doctrinal*, 2016, n. 11.

²⁴ STSJ Cataluña 28 febrero 2000, AS 5094/2000, y STSJ Navarra 30 junio 2006, rec. 167/2006.

²⁵ Un ejemplo elocuente de lo afirmado en STS 4 diciembre 2012, rec. 3711/2011. Sobre su doctrina, O. GARCÍA COCA, *Conexión entre suicidio y trabajo a efectos de determinar la configuración de la contingencia en relación con las pensiones de viudedad y orfandad*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 3, y J. SÁNCHEZ PÉREZ, *La delimitación conceptual del suicidio como contingencia profesional y su tutela jurisdiccional*, en *Actualidad Laboral*, 2013, n. 9, p. 1139 ss.

²⁶ E. RODRÍGUEZ SANTOS, *La protección social del suicidio del trabajador en el Sistema de Seguridad Social*, en *Aranzadi Social*, 2010, n. 13.

2.4. Las claves barajadas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007

Pese a haber intentado el acceso en cinco ocasiones precedentes²⁷, fue preciso esperar hasta una sentencia del Tribunal Supremo de 2007 para encontrar la única pauta jurisprudencial existente en torno a la calificación del suicidio a efectos de Seguridad Social. Con posterioridad cabrá localizar otras tres, pero – según se verá – limitadas en su valoración al desajuste entre la mejora recogida en convenio y la póliza de seguro concertada para su cobertura²⁸. El resto volverán a ser autos de inadmisión por falta de la necesaria contradicción²⁹.

El pronunciamiento encargado de establecer esta fértil orientación también ratifica el criterio de suplicación y rechaza la identidad de las sentencias presentadas como contradictorias. Bajo tales circunstancias, la forma habitual que debía haber adoptado era la de auto, pero lo hizo de sentencia³⁰, quizá porque, aun cuando fuera de manera incidental, perseguía «un objetivo más pedagógico y de clasificación de doctrina que resolutivo del caso concreto»³¹.

Así, la primera declaración importante de la Sala Cuarta, tras examinar la brevísima serie de ocho pronunciamientos del Tribunal Supremo – y más en concreto los cuatro a partir de 1970 –, viene dada por entender que la discrepancia entre la concesión o no de las indemnizaciones o prestaciones solicitadas por los familiares de la persona suicida «no significa, sin embargo, la falta de criterio uniforme sobre el enjuiciamiento de estos litigios. Se trata más bien de la consideración como elementos determinantes de las decisiones adaptadas de ciertos factores circunstanciales y contingentes que concurren unas veces y están ausentes

²⁷ ATS 20 junio 2001, rec. 901/2003; ATS 31 enero 2002, n. 2912/2001; ATS 18 febrero 2004, rec. 3169/2003; ATS 18 julio 2006, rec. 3811/2005; ATS 29 marzo 2007, rec. 2653/2006.

²⁸ STS rec. 3133/2008, cit.; STS 9 febrero 2010, rec. 1703/2009; STS 16 septiembre 2010, rec. 3105/2009. Comentando la segunda de las citadas, para reproducir una doctrina sistematizada de manera harto ilustrativa, M. IGLESIAS CABERO, *Las fronteras del accidente de trabajo (I)*, en *Diario La Ley*, 2011, n. 7610.

²⁹ ATS 26 marzo 2009, rec. 1001/2008; ATS 6 mayo 2009, rec. 1874/2008; ATS 22 marzo 2011, rec. 3369/2010; ATS 14 abril 2011, rec. 2518/2010; ATS 12 abril 2012, rec. 1857/2011; ATS 18 noviembre 2014, rec. 1733/2014; ATS 4 mayo 2017, rec. 2030/2016; ATS 11 enero 2018, rec. 1077/2017; ATS 12 julio 2018, rec. 297/2018; ATS 4 julio 2019, rec. 107/2019; ATS 8 julio 2020, rec. 2500/2019. Como excepción baste mentar la ya comentada STS rec. 3711/2011, cit.

³⁰ STS 25 septiembre 2007, rec. 5452/2005.

³¹ M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, *Suicidio y accidente de trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2008, n. 41, p. 173.

otras en los casos enjuiciados. Tales factores determinantes se refieren siempre o casi siempre a la conexión de causalidad entre el trabajo y la conducta de suicidio, concretándose en la existencia o no de trastorno mental del suicida y en la etiología laboral o no de dicho trastorno mental o de la enfermedad mental que conduce a la decisión suicida».

La afirmación, capaz de romper con líneas de apoyo firme en los órganos judiciales de ciertas Comunidades Autónomas, encuentra continuidad en otras tres afirmaciones de carácter capital y que muestran el carácter “progresista”³² en la orientación del Tribunal Supremo:

1. «La jurisprudencia en la materia no establece a partir de los años setenta una exclusión automática del accidente de trabajo por suicidio del trabajador, y sí la propia doctrina jurisprudencial obliga a considerar la conexión existente en cada caso concreto entre la conducta de suicidio y las circunstancias del trabajo prestado»;
2. para la determinación del fallecimiento derivado de un suicidio como accidente de trabajo, o no, las decisiones que constituyen jurisprudencia «ponen de manifiesto la relevancia que en el enjuiciamiento de los supuestos de suicidio tienen las circunstancias de cada supuesto concreto. Si bien es cierto que la presunción de laboralidad puede ser enervada por el carácter voluntario que tiene normalmente el acto de quitarse la vida, no es menos verdad que el suicidio se produce a veces por una situación de estrés o de trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños al mismo»³³. En este sentido, y en cada ocasión, procederá un análisis contextual del cual «derive un nexo causal entre el acto suicida y el trabajo y que acredite que el suicidio no se debe a la pura voluntad consciente y normal del trabajador o que no sea producto de otros factores ajenos al trabajo»³⁴;
3. a resultas de la afirmación en torno a la presunción de considerar como accidentes laborales las lesiones ocurridas en el trabajo y el lugar de trabajo, no solo cabe entender que las derivadas del suicidio no están excluidas de la misma, sino que tampoco están sometidas a una prueba

³² Según calificación de M. CARDENAL CARRO, *El suicidio como accidente de trabajo en la STS 25 septiembre 2007: ¿se anuncia una modificación en la interpretativa restrictiva del art. 115 LGSS característica de la jurisprudencia reciente?*, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 17.

³³ Una consideración acertada sobre cuanto supone tal afirmación en J. BERZOSA REVILLA, *El suicidio como accidente de trabajo. Consideraciones a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, Aranzadi, 2009.

³⁴ Acudiendo, en el segundo entrecorillado del párrafo, a la elocuente exposición de M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, *op. cit.*, p. 192.

reforzada destinada a evidenciar la causalidad con el trabajo.

La clave en estos casos no habrá de quedar situada únicamente en aceptar la prueba de causalidad entre los motivos desencadenantes del suicidio y las condiciones laborales. Yendo un paso más allá, cabrá seguir que «al suicidio producido en tiempo y lugar de trabajo se le aplica, como con otras enfermedades, la – a efectos judiciales – “contundente” presunción de laboralidad del artículo 115.3 TRLGSS [art. 156.3 LGSS] y no, por el contrario, la que sería – como trato diferencial respecto de otras enfermedades a efectos judiciales – contundente presunción en contra contenida en el TRLGSS [art. 156.4.b LGSS]»³⁵.

3. Línea de tendencia en la doctrina de suplicación tras el criterio sentado por el Tribunal Supremo

Aun cuando no constituye jurisprudencia en sentido estricto, la indudable autoridad del parecer expresado por el Tribunal Supremo va a signar de manera indeleble el sentido de los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia a partir de su fecha. No únicamente es el dato del altísimo porcentaje de pronunciamientos que acatan aquel pronunciamiento y/lo reproducen en alguno de sus extremos, sino que muchas Salas mudan de manera apreciable su parecer para proporcionar un panorama en el cual aparecen claras algunas bases para la interpretación del suicidio como contingencia de Seguridad Social. Desde luego no cabrá aspirar a una evolución uniforme, y siempre habrá sentencias en sentido contrario al señalado, pero las que siguen su pauta constituyen línea de tendencia evidente, aun cuando solo sea por el número de pronunciamientos avalando el criterio y, por tanto, el carácter asentado de la posición mantenida.

3.1. El abandono de la construcción asentada en la voluntad y/o culpa del trabajador

Según ha cabido comprobar de los antecedentes históricos, la primera aproximación jurídica niega ontológicamente la posibilidad de subsumir el suicidio en el concepto de accidente por considerarlo antagónico. Cabrá

³⁵ M. LUQUE PARRA, *El suicidio en tiempo y lugar de trabajo: ¿aplicabilidad de la presunción prevista en el artículo 115.3 del TRLGSS? Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 8316)*, en *IUSLabor*, 2008, n. 1.

leer, así, que este último concepto ha de ser identificado con «la existencia de una fuerza exterior, sea de aparición súbita o de lenta evolución, que produzca una consecuencia dañosa por la vida o la integridad física del trabajador, lo que excluye toda posibilidad de que un acto propio del mismo, como es el suicidio, cualquiera que sea el estado anímico en que el trabajador se encuentre pueda ser considerado como accidente de trabajo»³⁶.

Late en el fondo la idea a partir de la cual el acto voluntario del trabajador supone, por definición, la ruptura de cualquier nexo causal entre la muerte auto infringida y la relación laboral, por cuanto «impide la afirmación de que se trata de algo fortuito e imprevisible», como rasgo inherente – según este parecer – a la noción de accidente; permitiendo afirmar, a la postre, que, si es una autolesión para provocarse la muerte³⁷ «no cabe calificar el suicidio como un accidente y, por ende, huelga valorar si merecía la consideración de laboral o no»³⁸.

Sin llegar a tal extremo de negar el carácter de accidente, pero sí afirmando que la voluntad del interesado enerva cualquier relación directa entre la decisión autolítica y la actividad profesional, un importante número de sentencias previas al capital pronunciamiento del Tribunal venían a considerar que se trataba de un accidente no laboral³⁹, en tanto no traía causa en una lesión sufrida “con ocasión” o “por consecuencia” del trabajo, sino de la decisión del fallecido⁴⁰, no en vano «la conciencia y voluntad se presuponen en todas las personas que no están incapacitadas, salvo el supuesto excepcional del suicidio por enajenación mental»⁴¹.

La argumentación a veces se completaba, para ahondar en el rasgo de voluntariedad, acudiendo a otras nociones (no siempre típicas) de dolo o imprudencia temeraria; moviendo, de este modo, a la aplicación del art.

³⁶ STCT 27 marzo 1980, RTCT 1976/1980.

³⁷ STSJ Aragón 30 octubre 2000, rec. 780/1999.

³⁸ STSJ Andalucía/Sevilla 30 marzo 2000, rec. 960/1998. Considerando, incluso, que «el hecho de quitarse voluntariamente la vida una persona – suicidio – no puede incardinarse en el concepto de enfermedad ni en el de accidente», STSJ Extremadura 9 octubre 1998, rec. 657/1998.

³⁹ Y así se evita la desprotección, pues «nuestro sistema de Seguridad Social no ha excluido de la protección contra el infortunio de la muerte por el hecho de que esta haya sido fruto de una voluntad suicida» (STSJ País Vasco rec. 1547/2001, cit.).

⁴⁰ En sentido muy similar, entre otras, STSJ Andalucía/Sevilla rec. 960/1998, cit.; STSJ Cataluña 21 enero 2003, rec. 3361/2002; STSJ País Vasco 14 septiembre 2004, rec. 903/2004; STSJ Comunidad Valenciana rec. 4098/2005, cit.; STSJ Castilla-La Mancha 9 noviembre 2006, rec. 1092/2005, o STSJ Murcia 2 julio 2007, rec. 757/2007.

⁴¹ R. GIMÉNEZ LAHOZ, *La presión laboral tendenciosa (El mobbing desde la óptica de un juez)*, Lex Nova, 2005, p. 271.

156.4.b LGSS y excluyendo cualquier posibilidad de calificación como laboral al acto de quien consciente y libremente acaba con su vida⁴². O llegar a igual resultado a partir de una negligencia que vulnera la más elemental de las vías de precaución, prudencia y cautela exigibles a cualquier persona normal⁴³.

En verdad el criterio, con mayores o menores matices, no desaparecerá ni a pesar del contundente parecer en contrario del Tribunal Supremo⁴⁴; sin embargo, este supone la culminación de toda una corriente que ya había puesto de relieve cómo, por ejemplo, la jurisprudencia alemana partía expresamente de negar cualquier voluntariedad en el acto de suicidio⁴⁵. También, sin tal contundencia y según había precisado ya antes, que «el acto de suicidio, *a priori*, no puede considerarse como un acto voluntario sin más, pues para que haya voluntad ha de haber plena posibilidad a nivel psíquico de decidir»⁴⁶; de este modo, y si bien la exigencia de nexo causal presenta «especial complejidad cuando el evento dañoso tiene su origen en la conducta del propio trabajador lesionado, que es precisamente el factor determinante de su producción [...], [el suicidio] no siempre [podrá] ser

⁴² Así lo aprecia, por ejemplo, la STSJ País Vasco rec. 1547/2001, cit. Considerando que la finalidad era cobrar las mejoras previstas en el convenio para el supuesto de fallecimiento (STSJ Madrid rec. 1446/2002, cit.). En la doctrina reverberan ecos de esta línea hermenéutica cuando se afirma que supone la «libre y voluntaria autoproducción del daño y la aceptación del resultado y no guarda relación con la actividad laboral, aunque circunstancialmente se ejecute durante el tiempo y en el lugar de trabajo» (J. GARCÍA ORTEGA, *Acción protectora: las prestaciones y su régimen jurídico*, en R. ROQUETA BUJ, J. GARCÍA ORTEGA (dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 198).

⁴³ STSJ Castilla-La Mancha 19 febrero 2003, rec. 1667/2001, o STSJ Castilla y León/Valladolid 28 septiembre 2004, rec. 1529/2004. En la doctrina, A. BLANCO LEIRA, *op. cit.*, p. 424; J. LUJÁN ALCARÁZ, *Sobre la noción de accidente de trabajo, a propósito de la imprudencia temeraria y del intento de suicidio. Comentario a la STSJ Castilla y León-Valladolid 30 septiembre 1997*, en M.A. DOMBLÁS, M. FERNÁNDEZ BARAIBAR (coords.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Aranzadi, 2007, pp. 653-656; más recientemente sigue dando por buena esta tesis R. POQUET CATALÁ, *El suicidio como accidente de trabajo. Análisis de una zona gris*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 22, p. 135.

⁴⁴ Baste remitir, por ejemplo, a STSJ Castilla y León/Burgos 18 marzo 2009, rec. 75/2009; STSJ Galicia 20 junio 2012, rec. 2827/2009; STSJ Galicia 11 julio 2014, rec. 3134/2012, o STSJ Aragón 4 marzo 2015, rec. 80/2015.

⁴⁵ M. ALONSO OLEA, J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 2002, pp. 83 y 84, para quienes únicamente si el suicidio tuviera lugar para percibir una prestación no solo se perdería la protección propia de las contingencias profesionales, sino cualquier otra que la intencionalidad situaría fuera del concepto de accidente típico.

⁴⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 16 octubre 2006, rec. 1630/2006. «Hablar de voluntad en aquel que padece una enfermedad mental que le aleja de la realidad y condiciona su conducta, resulta complicado» (S. PÉREZ ÁGUILA, *El suicidio con ocasión o por consecuencia del trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, n. 160, p. 174).

calificado como acto doloso excluido, sino que en cada caso deben valorarse las circunstancias concurrentes para establecer su posible relación con el trabajo»⁴⁷. Motivo por el cual, en todos estos supuestos, el nivel de voluntad y conciencia «ha de ser contextual y no apriorístico»⁴⁸; del mismo modo procederá actuar respecto a la relación con el trabajo, ya sea causante directo, ya eventual factor desencadenante de los trastornos mentales que lo propician⁴⁹.

Nunca más, en cuanto consta, se acudirá a la intencionalidad del autor para calificar la contingencia; al menos no sin una argumentación por breve que sea respecto a la ausencia de cualquier motivo de trabajo para causarse la muerte. En breve, ningún margen queda, en principio, para invocar la excepción contemplada en el art. 156.4.b LGSS con la excepción del fraude a la ley derivado de intentar una pensión más alta.

3.2. La aplicación muy limitada de la presunción recogida en el art. 156.3 LGSS

Evolución paralela, pero lógicamente de sentido inverso, es la que expresamente contiene la presunción a cuyo tenor, si ocurrido en tiempo y lugar de trabajo, habrá de entenderse que el accidente es laboral, siempre salvo prueba en contrario.

Bajo la construcción más clásica, el carácter voluntario atribuido al suicidio enervaba la aplicación en la presunción, por cuanto aportaba ese indicio fehaciente capaz de romper el nexo causal en el trabajo; por tanto, «una vez constatado que el suceso tenía etiología suicida, pese a producirse en tiempo y lugar de trabajo, se descartaba la presunción de laboralidad recogida en el artículo 156.3 LGSS, en base al apartado 4 b) del mismo precepto, es decir, a través de la exclusión de los accidentes que hayan sido debidos a dolo o imprudencia temeraria»⁵⁰.

La preferencia otorgada la causa de exclusión de la contingencia profesional hacía que, en la mayor parte de las ocasiones, ni se plantearan las

⁴⁷ STSJ Comunidad Valenciana 16 octubre 2020, rec. 579/2019.

⁴⁸ M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁹ F. VALDÉS DAL-RÉ, A. VALDÉS ALONSO, *Suicidio y accidente de trabajo*, en B. GONZALO GONZÁLEZ, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (dirs.), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, UNED, 2000, p. 271.

⁵⁰ M.C. GRAU PINEDA, A.G. RODRÍGUEZ MONROY, *El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad*, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, 2020, tomo I, p. 110.

circunstancias del lugar y ocasión del siniestro⁵¹ o, cuando se llevaba a cabo, se desecharan sin mayor argumento por la voluntariedad, el dolo o la imprudencia temeraria del fallecido⁵².

Con todo, y conforme transcurría el tiempo y variaba la sensibilidad social, se fue abriendo camino un juego matizado de presunción, por cuanto si bien se invocaban como argumento las circunstancias locativo-temporales del acaecimiento del siniestro, nunca constituían una condición definitiva, sino un mero argumento – de peso – más junto al principal que venía a avalar la conexión causal del siniestro con el trabajo⁵³, o a servir como dato llamado a despejar cualquier duda⁵⁴.

Por este motivo, y en esta última circunstancia, importará menos la vinculación del fallecimiento al centro de trabajo en su eventual extensión, por ejemplo, a los accidentes *in itinere* (pues en este caso se niega de constatar la realidad de un suicidio)⁵⁵, cuanto el dato de no considerar

⁵¹ Así, J. GARCÍA ORTEGA, *El accidente de trabajo. Actualidad de un concepto centenario*, en *Tribunal Social*, 2000, n. 109, p. 37.

⁵² Siguiendo el modelo de actuación contenido en el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 1972, y para mostrar la extensión generalizada del parecer, sirva la remisión a STSJ Castilla y León/Valladolid 9 diciembre 1992, rec. 1221/1992; STSJ Baleares 18 mayo 1999, rec. 211/1999; STSJ País Vasco 29 febrero 2000, rec. 2339/1999, STSJ País Vasco, rec. 1547/2001, cit., y STSJ País Vasco rec. 903/2004, cit.; STSJ Aragón rec. 780/1999, cit.; STSJ Madrid 26 julio 2001, rec. 1768/2001; STSJ Cataluña 21 enero 2003, rec. 3367/2002; STSJ Asturias 27 octubre 2006, rec. 4052/2005; STSJ Castilla-La Mancha rec. 1092/2005, cit., o STSJ Murcia rec. 757/2007, cit. Por extenso, E. PALOMO BALDA, *El dolo y la imprudencia temeraria como circunstancias excluyentes del concepto de accidente de trabajo*, en M.J. ROMERO RÓDENAS (coord.), *Accidentes de trabajo y sistema de prestaciones*, Bomarzo, 2009, p. 135.

⁵³ Ciertos Tribunales de Justicia perseveran especialmente en este empeño, conforme muestran, por ejemplo, STSJ Cataluña 30 mayo 2001, rec. 7542/2000, STSJ Cataluña 3 octubre 2002, rec. 7667/2001, o STSJ Cataluña 18 mayo 2007, rec. 1584/2006; STSJ Galicia 4 abril 2003, rec. 2354/2000; STSJ Castilla y León/Valladolid rec. 1630/2006, cit.; STSJ Canarias/Las Palmas 15 enero 2004, rec. 1214/2001, y STSJ Canarias/Las Palmas 13 julio 2007, rec. 1696/2004, o STSJ Andalucía/Sevilla 25 octubre 2000, rec. 2816/1999. Una valoración medida de los tres últimos pronunciamientos en C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *El concepto de accidente de trabajo: Su construcción por la jurisprudencia*, Bomarzo, 2007, pp. 31, nota 101, y 32, notas 104 y 105; especialmente interesante sobre este cambio de orientación judicial en el pronunciamiento gallego arriba mencionado, J.F. LOUSADA AROCHENA, *El suicidio como accidente de trabajo. Comentario a la STSJ Galicia, 4 abril 2003*, en *Actualidad Laboral*, 2003, n. 27, pp. 2331-2337.

⁵⁴ Ante un supuesto en el cual obra una duda fundamental sobre si se trata de un suicidio o un homicidio (STSJ Canarias/Las Palmas rec. 1214/2001, cit.).

⁵⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 27 septiembre 2004, rec. 1120/2004, o STSJ Cataluña 16 octubre 2006, rec. 761/2004. Un comentario a la segunda en M.F. DE NO VÁZQUEZ, *Suicidio por ingesta de sustancias tóxicas a la puerta del centro de trabajo: no es accidente laboral*, en *Actualidad Laboral*, 2005, n. 1.

acreditado que la muerte obedezca a un acto autolítico⁵⁶.

El criterio del Tribunal Supremo, referido por cierto a un caso de suicidio en el lugar de trabajo, debería haber servido para corregir aquellos supuestos que parecían (y aun parecen)⁵⁷ exigir la naturaleza laboral exclusiva en la causa de la lesión para proceder a aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS⁵⁸; considerar, a la postre, que no cabe demandar ninguna prueba reforzada a estas situaciones para obligar a demostrar la ausencia de voluntariedad por virtud de la existencia de nexo causal con el trabajo⁵⁹. La razón es clara: se trata de un medio llamado a facilitar la carga probatoria del trabajador respecto a relación entre la actividad profesional y desenlace fatal, propiciando una inversión de la carga de la prueba⁶⁰, esto es, la consecuencia de otros factores ajenos al trabajo que desvirtúen su operatividad en el caso concreto⁶¹.

Aun cuando de manera expresa pocas veces aparezca una formulación tan

⁵⁶ STSJ Cataluña 13 diciembre 2004, rec. 9540/2003.

⁵⁷ Aun cuando solo sea por demandar «una base probatoria mínima que lo demuestre [el entronque laboral]» (STSJ Madrid 14 noviembre 2008, rec. 3394/2008).

⁵⁸ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Accidente de trabajo y relación de causalidad*, en B. GONZALO GONZÁLEZ, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (dirs.), *op. cit.*, pp. 327 y 328.

⁵⁹ Antes bien, «deberá ser la parte contraria quien alegue y pruebe las circunstancias concretas que caracterizan a este suicidio como un suceso consciente y voluntario» (M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, *op. cit.*, pp. 189 y 190).

⁶⁰ J.M. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (dirs.), *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, 2005, p. 76. Propugnando, por ende, su aplicación a todos los supuestos de suicidio, en tanto el actuar del fallecido «no obedece al comportamiento normal de una persona sana, sino que actúa inducido por un fuerte impacto emocional que logra anular su voluntad consciente, o incluso en un momento de trastorno mental transitorio», M.J. MATEU CARRUANA, *El alcance de la presunción contenida en el artículo 115.3 LGSS y la calificación como laborales de los accidentes acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo*, en *Aranzadi Social*, 1999, n. 3. Al hilo de una copiosa jurisprudencia que desgranar, tal es, en sustancia, el criterio que cabe colegir de J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *La presunción de laboralidad del suicidio y su calificación reciente (I) y (II)*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 50 y n. 51, pp. 14-27 y pp. 13-28, respectivamente.

⁶¹ STSJ Aragón rec. 780/1999, cit.; STSJ Cataluña rec. 7667/2001, cit.; STSJ Galicia 4 abril 2003, rec. 2394/2000; STSJ Castilla y León/Valladolid rec. 1630/2006, cit.; STSJ Canarias/Las Palmas 8 octubre 2008, rec. 547/2005; STSJ País Vasco 17 diciembre 2012, rec. 2792/2012; STSJ Castilla-La Mancha 2 febrero 2016, rec. 1672/2014; STSJ Cantabria 11 diciembre 2017, rec. 725/2017, o STSJ Andalucía/Granada 10 enero 2019, rec. 1123/2018; con más detalle, R. POQUET CATALÁ, *op. cit.*, pp. 132-134, o, en reflexión sobre este aspecto a partir de la última sentencia enunciada, J. SÁNCHEZ PÉREZ, *¿Es correcto aplicar la presunción de laboralidad a un acto suicida ejecutado en el trabajo?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 440, p. 213 ss.

clara, en realidad su resultado se aprecia de manera nítida en el dato a cuyo tenor cada vez son menos los supuestos en los cuales se requiere, bajo las circunstancias demandadas por la presunción, que los familiares acrediten la vinculación del fallecimiento en el trabajo⁶², para así evitar cualquier fraude de ley⁶³; antes bien, *de facto* la actividad probatoria de quien sostiene la ausencia de laboralidad ha de ser mucho más incisiva a riesgo de – como se pasa a ver – aumentar notablemente la cantidad de pronunciamientos que consideran como accidente de trabajo el suicidio así acaecido⁶⁴.

3.3. La conexión causal entre suicidio y trabajo. Su flexibilidad en el tiempo y la vinculación a la prevención de riesgo: responsabilidad empresarial

La dimensión última del pronunciamiento del Tribunal Supremo en 2007 alcanza superior perspectiva de examinarlo bajo la perspectiva de una evolución imparable que encuentra en él un punto de inflexión trascendente, abriendo un horizonte en el cual los planteamientos tradicionales dejan paso a una distribución más ecuánime de la carga de la prueba respecto al posible origen laboral del suicidio.

Cabrá así observar el panorama previo y comprobar el acentuado carácter de tránsito al que alude una altísima conflictividad a finales del pasado siglo y comienzos del presente, harto significativa de un proceso de debate y cambio cuyo reflejo quedaba patente en los órganos judiciales. Así, la exigencia de acreditar un nexo causal entre el suicidio y la actividad laboral lleva a que, con excesiva frecuencia, la mayor parte de las sentencias de esta época simplemente sigan dejando constancia de no haber sido acreditado

⁶² STSJ Cataluña rec. 1584/2006, cit., o STSJ Comunidad Valenciana 1º septiembre 2008, rec. 3738/2007.

⁶³ «Fraude de ley consistente en buscar intencionadamente el lugar de trabajo para mejorar a la familia, luego la presunción cuando menos debe matizarse» (STSJ Castilla y León/Valladolid rec. 1630/2006, cit.). Respecto a este comportamiento torticero, en detalle, *vid.* C. MOLERO MANGLANO, *Revisión por maquinación fraudulenta de un caso de suicidio declarado accidente laboral*, en AA.VV., *2010 Anuario Laboral para Abogados*, La Ley, 2010, p. 189 ss.

⁶⁴ Sirva la muestra sobre la pervivencia de esta perspectiva de antaño, por ejemplo, en STSJ País Vasco 17 enero 2017, rec. 2514/2016. Su refutación clara, precisamente en un suicidio fuera del lugar de trabajo, en STSJ Cataluña 26 octubre 2015, rec. 4319/2015; dentro del centro y en horario de trabajo, STSJ Comunidad Valenciana rec. 579/2019, cit. Un interesante comentario al hilo de la sentencia de origen catalán en C. MOLINA NAVARRETE, *Suicidio, accidente laboral y riesgo profesional: ¿hora de reanalizar el desbordamiento de un concepto?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 395, p. 162 ss., o O. TOMÁS MATAIX, *Suicidio laboral*, en *Diario La Ley*, 2018, n. 9276.

por los familiares del causante de la prestación pretendida, según les corresponde. En algunas ocasiones sin mayor explicación, o resaltando la convicción del juzgador de no existir la vinculación alegada por la parte⁶⁵; en otras, y de manera expresa o tácita (esta última cuando se afirma que en condiciones “normales”, y por el motivo laboral invocado, nadie se suicidaría)⁶⁶, dejando entrever que al no responder en exclusiva a razones de trabajo, sino concurrir estos con otras personales, se perdería esa relación “directa” (leída como “exclusiva”) exigida para poder apreciar la existencia de la contingencia profesional⁶⁷.

Por el contrario, en otras ocasiones los Tribunales venían a apreciar que la alteración mental, la tensión y nervios, el estrés o la depresión son de origen laboral y provienen de distintas causas: un accidente o enfermedad derivados de la ocupación⁶⁸, la índole de las preocupaciones generadas por el trabajo⁶⁹, el ritmo frenético⁷⁰, la falta de adaptación al nuevo lugar de trabajo o a horarios nocturnos⁷¹, el cambio de puesto de trabajo que conduce a una depresión mayor⁷², la mayor carga⁷³, la disminución de

⁶⁵ STS 15 diciembre 1972, cit., o STSJ Canarias 5 marzo 1991, AS 2226/1991; STSJ Madrid 13 octubre 1992, rec. 3043/1992, STSJ Madrid 12 julio 2001, rec. 5560/2001, y STSJ Madrid rec. 1768/2001, cit.; STSJ Castilla y León/Valladolid rec. 1221/1992, cit., STSJ Castilla y León/Valladolid 7 marzo 2005, rec. 264/2005, STSJ Castilla y León/Valladolid rec. 1294/2006, cit., y STSJ Castilla y León/Valladolid 11 octubre 2006, rec. 1453/2006; STSJ Baleares rec. 211/1999, cit.; Andalucía/Sevilla 29 junio 2000, rec. 1181/1999; STSJ Aragón rec. 780/1999, cit., STSJ Comunidad Valenciana 4 diciembre 2000, rec. 3370/1997, o STSJ Comunidad Valenciana 12 diciembre 2002, rec. 2965/2001; STSJ Castilla-La Mancha 26 febrero 2000, rec. 1288/2000, o STSJ Castilla-La Mancha rec. 1092/2005, cit.; STSJ País Vasco rec. 1547/2001, cit., y STSJ País Vasco rec. 903/2004, cit.; STSJ La Rioja 13 mayo 2004, rec. 145/2004; STSJ Cantabria 12 mayo 2006, rec. 4082/2005; STSJ Cataluña 3 noviembre 2000, rec. 1636/1999, STSJ Cataluña rec. 3361/2002, cit., STSJ Cataluña 12 mayo 2006, rec. 3941/2005, STSJ Cataluña rec. 761/2004, cit., y STSJ Cataluña 27 octubre 2006, rec. 4082/2005; STSJ Murcia rec. 757/2007, cit.

⁶⁶ Así, por ejemplo, cuando se afirma que el suicidio no es la respuesta “normal” a una amenaza de sanción (STSJ Cataluña 3 noviembre 2000, rec. 8636/1999), o al cambio de puesto de trabajo y posible despido (STSJ Comunidad Valenciana rec. 4098/2005, cit.).

⁶⁷ STSJ Madrid rec. 3043/1992, cit., STSJ Cantabria 24 septiembre 1998, rec. 530/1997, o STSJ Comunidad Valenciana 10 mayo 2005, rec. 1001/2005.

⁶⁸ STSJ Castilla-La Mancha 18 octubre 2005, rec. 2002/2004.

⁶⁹ STSJ Castilla y León/Valladolid 10 junio 2003, rec. 355/2003.

⁷⁰ STSJ País Vasco 31 octubre 2006, rec. 1506/2006.

⁷¹ STSJ Cataluña 21 julio 2005, rec. 5403/2004.

⁷² STSJ Cataluña rec. 7667/2001, cit.

⁷³ STSJ Galicia 4 abril 2003, rec. 2390/2000, o STSJ Castilla y León/Valladolid 18 julio 2005, rec. 1254/2005.

capacidad⁷⁴ o, dentro de un largo elenco, el incremento de la responsabilidad⁷⁵ o su pérdida y el correlativo prestigio anejo a la misma⁷⁶. En todo caso, dejando patente que no es preciso que los motivos del suicidio sean exclusivamente laborales, pudiendo constituir un elemento “coadyuvante”, “cofactor” o “causa exógena” capaz de determinar la decisión del trabajador⁷⁷.

Después de la sentencia, y de seguro a partir de la difusión constante de su criterio, dos datos llaman poderosamente la atención: de un lado, la inversión cuantitativa, pues si antes eran claramente más numerosas las sentencias que negaban el carácter profesional de la contingencia, los porcentajes se equilibran, sino son más cuantiosos los pronunciamientos que reconocen el origen profesional; de otro, y más importante – aun cuando las cifras no dejan de ser un testigo fiel del tránsito –, cabrá apreciar un mayor esfuerzo argumental a la hora de negar o afirmar la relación causal entre el suicidio y los motivos laborales.

En consonancia con afirmado, y para los casos en los cuales no se aprecia tal vínculo, consta al menos el detalle de mostrar el porqué de tal falta de relación⁷⁸ (aun cuando solo sea por falta de prueba de los familiares del causante)⁷⁹; en su caso, la justificación de la ausencia de motivos exclusivamente laborales y/o el predominio de otros componentes extra laborales⁸⁰ (crisis matrimonial⁸¹, problemas económicos⁸², enfermedades de familiares a los cuales cuidar⁸³ u otros factores abiertamente alejados de

⁷⁴ STSJ Canarias/Las Palmas rec. 1696/2004, cit., y STSJ Canarias/Las Palmas rec. 547/2005, cit.

⁷⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 30 septiembre 1997, rec. 755/1997.

⁷⁶ STSJ Cataluña rec. 7542/2000, cit.

⁷⁷ STSJ Galicia rec. 2390/2000, cit., y STSJ Castilla y León/Valladolid 14 febrero 2004, rec. 2630/2003. Sobre esta justificación multicausal posible, J. SÁNCHEZ PÉREZ, *Una “relación fatal”: el estrés laboral lleva al suicidio*, en *Revista Derecho del Trabajo*, 2018, n. 19.

⁷⁸ STSJ Madrid rec. 3394/2008, cit., y STSJ Madrid 4 abril 2016, rec. 667/2015; STSJ Castilla y León/Burgos rec. 75/2009, cit., STSJ Castilla y León/Valladolid 10 marzo 2010, rec. 148/2010; STSJ Galicia 9 junio 2010, rec. 5164/2006, y STSJ Galicia 14 diciembre 2012, rec. 884/2010; STSJ País Vasco 26 octubre 2010, rec. 1999/2010, y STSJ País Vasco 17 enero 2017, rec. 2518/2016; STSJ Cataluña 30 marzo 2011, rec. 7582/2009, STSJ Cataluña 20 diciembre 2013, rec. 4931/2013, y STSJ Cataluña 31 enero 2014, rec. 1590/2013; STSJ Extremadura 13 octubre 2011, rec. 407/2011; STSJ Baleares 21 marzo 2013, rec. 740/2012, o STSJ Andalucía/Sevilla 27 febrero 2014, rec. 866/2013, y STSJ Aragón rec. 80/2015, cit.

⁷⁹ STSJ Cataluña rec. 7582/2009, cit., o Canarias/Las Palmas 30 junio 2014, rec. 134/2013.

⁸⁰ STSJ Cataluña 19 febrero 2010, rec. 6711/2008.

⁸¹ STSJ Castilla y León/Burgos rec. 75/2009, cit.

⁸² STSJ Andalucía/Sevilla rec. 866/2013, cit.

⁸³ STSJ Cataluña 30 junio 2011, rec. 875/2010.

cualquier móvil vinculado a la actividad profesional⁸⁴) como índice de falta de relación directa⁸⁵, bajo cuanto no deja de ser una curiosa – y poco afortunada – “conurrencia de culpas”⁸⁶.

Igual ocurre en sentido inverso, ponderando la presencia de factores laborales a la hora de adoptar la decisión, sin necesidad de que sean únicos o exclusivos, pero sí susceptibles de ser apreciados como determinantes a la hora de motivar el suicidio y considerarlo accidente de trabajo. Tal ocurre con la pérdida real o posible del empleo⁸⁷, la disminución de la capacidad de trabajo⁸⁸, la falta de adaptación al nuevo puesto en horario nocturno⁸⁹, las dolencias provenientes de un siniestro previo⁹⁰, los informes negativos del responsable que redundan en sentirse injustamente minusvalorado por los superiores y despreciado por los compañeros⁹¹, el exceso de responsabilidad⁹², la preocupación por los problemas de la empresa y la estabilidad laboral⁹³, la carga de trabajo⁹⁴, la falta de adecuación al puesto de trabajo⁹⁵, las dificultades para coordinar su actividad con otros trabajadores⁹⁶, la conflictividad con la empresa⁹⁷ o con compañeros o

⁸⁴ Entre otras, destacando los factores de personalidad y circunstancias particulares, familiares y sociales, que bajo criterio del Tribunal rompían la relación de causalidad, pues primaban sobre circunstancias laborales no acreditadas, STSJ Galicia rec. 2827/2009, cit., STSJ Aragón rec. 80/2015, cit., o STSJ País Vasco rec. 2518/2016, cit.

⁸⁵ STSJ Andalucía/Sevilla rec. 866/2013, cit.

⁸⁶ STSJ Sta. Cruz de Tenerife 12 abril 2018, rec. 370/2017.

⁸⁷ STSJ Cataluña rec. 1584/2006, cit., STSJ Cataluña 11 mayo 2012, rec. 4827/2011, y STSJ Cataluña rec. 4319/2015, cit.

⁸⁸ STSJ Canarias/Las Palmas rec. 1696/2004, cit., STSJ Canarias/Las Palmas rec. 547/2005, cit., o STSJ Andalucía/Sevilla 13 mayo 2010, rec. 1488/2009.

⁸⁹ STSJ Cataluña 25 marzo 2008, rec. 9228/2006.

⁹⁰ STSJ Madrid 31 marzo 2008, rec. 2485/2007, y STSJ Andalucía/Sevilla 3 marzo 2011, rec. 1148/2010.

⁹¹ STSJ Comunidad Valenciana rec. 579/2019, cit.

⁹² STSJ Castilla-La Mancha 2 junio 2008, rec. 779/2007.

⁹³ STSJ Canarias/Las Palmas rec. 547/2005, cit.; Extremadura 14 diciembre 2009, rec. 524/2009; Castilla y León/Burgos 19 julio 2012, rec. 481/2012.

⁹⁴ STSJ Aragón, Cont. Admtivo., 12 noviembre 2008, rec. 85/2005, o STSJ Cataluña 1º septiembre 2009, rec. 426/2007.

⁹⁵ Por inexistencia de nueva valoración de riesgos en relación con la enfermedad diagnosticada y su incidencia sobre la estabilidad mental, incluido el mantenimiento del régimen de turnos, pasa a considerarse causante de fatiga mental, STSJ Castilla-La Mancha rec. 1672/2014, cit.

⁹⁶ STSJ Cataluña rec. 426/2007, cit.

⁹⁷ Una huelga en el supuesto de la STSJ Andalucía/Sevilla 22 septiembre 2011, rec. 186/2011, pronunciamiento luego revisado en STS rec. 3711/2011, cit. Comentando la primera, M.J. ROMERO RÓDENAS, *Suicidio de un trabajador ocasionado por la existencia de conflictividad laboral, iniciada con el ejercicio del derecho de huelga: accidente de trabajo*, en *Aranzadi Social*, 2012, n. 2, § 9; valorando la segunda, O. GARCÍA COCA, *op. cit.*

terceros⁹⁸, la tensión derivada de una vigilancia armada en situación de claro peligro⁹⁹, la creencia de haber actuado de manera negligente en un siniestro previo¹⁰⁰, el acoso soportado¹⁰¹, la obsesión enfermiza con el trabajo¹⁰², la fatiga mental¹⁰³, la alta tensión soportada¹⁰⁴, por no seguir, el síndrome de estar quemado¹⁰⁵.

Los últimos ejemplos mencionados permiten comprobar el elemento de cambio definitivo que proporciona la plena recepción de los riesgos psicosociales causados por el trabajo como factor capaz de influir en la salud mental del trabajador y llevarlo al suicidio. Acoso, carga mental, conflictividad y violencia, adicción al trabajo, síndrome de estar quemado y un etcétera amplio vienen a configurar un “mapa de indicios” mucho más extenso de factores de origen laboral a ponderar¹⁰⁶, entre los cuales ocupa un lugar destacado en los pronunciamientos judiciales la invocación del estrés como género, para aglutinar aquellos factores de riesgo para la salud que generan respuestas de tipo fisiológico (reacciones neuroendocrinas), emocional (sentimientos de ansiedad, depresión, alienación, apatía u otros análogos), cognitivo (restricción de la percepción, de la habilidad para la concentración, la creatividad o la toma de decisiones, etc.) y conductual (consumo de alcohol, drogas u otras sustancias, violencia, asunción de riesgos innecesarios o distintas formas de actuar de similar tenor).

Cuanto a finales del siglo pasado no dejaba de ser algo que llamaba la atención por lo singular del supuesto¹⁰⁷, se convierte a lo largo del presente en el factor más invocado para considerar el suicidio como accidente de trabajo. El estrés como género, provocado por las variadísimas condiciones

⁹⁸ STS 18 enero 2005, rec. 6590/2003, y STSJ Andalucía/Granada rec. 1123/2018, cit. Un comentario al contenido de esta última, incidiendo en el aspecto aquí propuesto, en J. SÁNCHEZ PÉREZ, *¿Es correcto aplicar la presunción de laboralidad a un acto suicida ejecutado en el trabajo?*, cit.

⁹⁹ STSJ Comunidad Valenciana rec. 579/2019, cit.

¹⁰⁰ STSJ Cataluña 11 abril 2014, rec. 972/2014. Para una presentación acabada del pronunciamiento, J. SÁNCHEZ PÉREZ, *Una “relación fatal”: el estrés laboral lleva al suicidio*, cit.

¹⁰¹ STSJ Galicia 5 julio 2012, rec. 595/2009. Imprescindible para conocer el impacto real del acoso en el suicidio y los argumentos que llevan a catalogarlo como accidente de trabajo, así como a postular la necesaria intervención preventiva, el análisis de F. ALONSO FALCÓN, *El suicidio del trabajador acosado en la Europa del Sg. XXI*, en *esta Revista*, 2015, n. 3.

¹⁰² STSJ Comunidad Valenciana 3 noviembre 2015, rec. 449/2015.

¹⁰³ STSJ Castilla-La Mancha rec. 1672/2014, cit.

¹⁰⁴ STSJ País Vasco 3 junio 2003, rec. 901/2003.

¹⁰⁵ STSJ Extremadura rec. 524/2009, cit.; STSJ Castilla y León/Burgos rec. 481/2012, cit.

¹⁰⁶ S. PÉREZ ÁGUILA, *op. cit.*, p. 188 ss.

¹⁰⁷ Así razonaba sobre la situación de estrés que sufría el trabajador, en virtud de la cual había abandonado obligaciones familiares y sociales, asumiendo como propios los fallos ajenos, la preclara STSJ Castilla y León/Valladolid 30 septiembre 1997, rec. 756/1997.

o circunstancias laborales capaces de motivarlo, será protagonista en muchos pronunciamientos, convirtiéndolo en la enfermedad de trabajo sobre la que en tantas ocasiones gira el discurso¹⁰⁸; capaz de mostrar, de este modo, el acusado protagonismo de los riesgos psicosociales en una de sus consecuencias más extremas y que, si acreditado¹⁰⁹ («cuando el trabajo haya actuado como factor desencadenante o agravante de padecimientos de índole psicológica, cabe estimar la existencia de relación de causalidad»¹¹⁰), abre el discurso a un nuevo panorama no solo desde el punto de vista de la protección social, sino también desde la necesaria prevención de riesgos laborales.

En este sentido, y sin perjuicio del valor que puedan adquirir los informes médicos previos para catalogar la eventual existencia de un problema de salud mental originada por el trabajo, o no¹¹¹, un aspecto sobre el cual procede parar la atención por su importante valor de convicción es el relativo a cuanto consta en la nota de suicidio¹¹². Así, llevará a desechar la presencia de contingencia profesional cuando ninguna mención obre al trabajo y sí a otros factores¹¹³, o la brevísima alusión laboral queda difuminada por otros problemas de superior trascendencia¹¹⁴; por el contrario, procederá afirmarla cuando los móviles laborales queden

¹⁰⁸ Para percibir los matices en la evolución, interesante la comparación de la presentación que ofrece, de un lado, C. GARCÍA GONZÁLEZ, *Crisis económica y riesgos psicosociales: al suicidio como accidente de trabajo. Perspectiva jurídico-preventiva*, en *Revista de Derecho Social*, 2010, n. 50, y, de otro, D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Las enfermedades psicológicas como accidente de trabajo*, en *Capital Humano*, 2020, n. 354.

¹⁰⁹ En este sentido, entre otras, STSJ Cataluña rec. 8636/1999, cit., STSJ Cataluña rec. 7667/2001, cit., STSJ Cataluña rec. 5403/2004, cit., o STSJ Cataluña rec. 1584/2006, cit.; STSJ Castilla y León/Valladolid rec. 1254/2005, cit., STSJ Castilla y León/Valladolid rec. 1630/2006, cit., y STSJ Castilla y León/Burgos rec. 481/2012, cit.; Comunidad Valenciana 1º septiembre 2008, rec. 3739/2007; STSJ Canarias/Las Palmas rec. 547/2005, cit.; STSJ Andalucía/Sevilla rec. 1488/2009, cit., y STSJ Andalucía/Sevilla rec. 186/2011, cit.; Galicia 25 enero 2012, rec. 2040/2008; STSJ Castilla-La Mancha rec. 1672/2014, cit., o Andalucía/Granada rec. 1123/2018, cit.

¹¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana rec. 579/2019, cit.

¹¹¹ A estos efectos, por ejemplo, le sirve al juzgador para afirmar que «no existe depresión, sin estar de baja por ella, sino ánimo deprimido, que es mucho más suave» (STSJ Comunidad Valenciana 10 marzo 2005, rec. 4457/2005). Sobre el valor de los informes médicos, las reflexiones de A. VALDÉS ALONSO, *Suicidio y conductas auto lesivas (Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2007)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2008, n. 2.

¹¹² Parando la atención en este dato específico, que constituye el único análisis sistemático localizado al respecto, C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *La calificación del suicidio como accidente de trabajo*, en *Aranzadi Social*, 2009, n. 5.

¹¹³ STSJ Baleares rec. 211/1999, cit., y STSJ Madrid rec. 3394/2008, cit.

¹¹⁴ STSJ Cataluña rec. 8636/1999, cit.

patentes en el postrer discurso de quien se ha causado la muerte¹¹⁵. Precisamente la constatación de la presencia de un entorno de trabajo capaz de afectar a tal extremo la salud mental del trabajador abre una nueva senda, cuyo impulso inicial tuvo mucho que ver con problemas colectivos de dimensiones tales como para encontrar eco en titulares de periódicos de todo el mundo (asuntos como el que afectó a La Post, donde más de 70 suicidios implicaron al servicio de correos francés; los 60 empleados que entre 2007 y 2010 se quitaron la vida en France Telecom, con procesamiento de 7 antiguos directivos por acoso moral; o, en fin, los 18 suicidios en Foxconn durante 2010 que llevaron a la compañía a incluir en el contrato una discutidísima cláusula de exoneración de responsabilidad)¹¹⁶, llamando a la necesaria vigilancia y prevención de un riesgo que se actualiza con la ocupación (y el desempleo)¹¹⁷, para exigir la intervención empresarial a través de una adecuada evaluación, planificación e intervención, so pena de tener que hacer frente a la responsabilidad subsiguiente derivada de omisión negligente de una conducta debida¹¹⁸.

Por lo que ahora interesa, y aun cuando ya existieran algunas esporádicas sentencias recogiendo la posible relación entre el cumplimiento (o no) de las medidas de prevención y la calificación final del suicidio¹¹⁹, procederá en este contexto destacar la alusión contenida en pronunciamiento convertido en verdadero faro cuando reflexiona sobre cómo «el suicidio se produce por una situación de estrés o trastorno mental que puede derivar de pruebas relacionadas con el trabajo como de factores exteriores al mismo». Tal afirmación lleva a plantear cada vez con mayor frecuencia, en ese juicio de ponderación, la exigencia al empresario de haber adoptado medidas preventivas para evitar el siniestro¹²⁰.

¹¹⁵ STSJ Comunidad Valenciana rec. 3739/2007, cit.; STSJ Andalucía/Sevilla rec. 1148/2010, cit.; STSJ Cataluña rec. 972/2014, cit. (con acertado comentario de A. JURADO SEGOVIA, *Suicidio y accidente de trabajo: su calificación como acto derivado de enfermedad de trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n. 183), o STSJ Comunidad Valenciana rec. 449/2015, cit.

¹¹⁶ M.C. GRAU PINEDA, A.G. RODRÍGUEZ MONROY, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁷ Mostrando una correlación relevante entre desempleo y suicidio en períodos de estabilidad económica, y más débil durante la crisis económica, bajo una relación compleja modulada por la edad, el sexo y el ciclo económico, C. IGLESIAS GARCÍA ET AL., *Suicidio, desempleo y recesión económica en España*, en *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, 2017, n. 2, pp. 70-71.

¹¹⁸ Un planteamiento acabado en C.A. MARTÍNEZ PLAZA, *El estrés laboral como factor de riesgo de suicidio (I), (II) y (III)*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2010, n. 74, n. 75 y n. 76, pp. 12-21, pp. 30-35 y pp. 32-37, respectivamente, o F. MANZANO SANZ, *El suicidio como accidente de trabajo y su prevención*, en *Capital Humano*, 2019, n. 348.

¹¹⁹ STSJ País Vasco rec. 2339/1999, cit.

¹²⁰ Sobre el necesario equilibrio en este juicio de ponderación, a fin de evitar que el

En tal sentido, en algunas ocasiones se niega cualquier relación del suicidio con la actividad laboral, bien porque el empleador nunca tuvo conocimiento de que el trabajador pudiera estar afectado de alguna patología psiquiátrica susceptible de derivar en tal fatal decisión¹²¹, bien porque no cupiera esperar en modo alguno una reacción tan extrema a partir, por ejemplo, de la imputación de una responsabilidad contractual o extracontractual¹²², o de unas condiciones de responsabilidad, monotonía, conflictividad o estrés que en ningún momento se pudieron corroborar como características que precisaran de mayores cautelas o remedios¹²³.

En otras ocasiones, la exoneración viene dada precisamente porque, teniendo noticia de los problemas del trabajador, se adoptaron los remedios oportunos, como acceder a la petición de cambio de turno para solventar problemas de sueño y matrimoniales (y luego permitirle volver al anterior para, previo dictamen de Departamento de Salud Laboral, disfrutar de más días de permiso y esperar una mejora de su ánimo)¹²⁴, retirada de forma provisional del arma como decisión que subsigue a cualquier proceso de incapacidad temporal y, en estas ocasiones, además, con la imprescindible asistencia terapéutica y seguimiento clínico¹²⁵; no se observa insuficiencia en el procedimiento de custodia del armamento individual, ni cualquier otro incumplimiento o ausencia de medidas de seguridad que delimite un incumplimiento de protocolos o evaluaciones de prevención¹²⁶; o, en una última muestra, cabe constatar el diseño de procedimientos organizativos destinados a evitar los riesgos psicosociales habituales en la ocupación desempeñada¹²⁷.

Por contra, y en el otro extremo, se afirma la naturaleza de accidente de trabajo después de haber sido detectado el factor de peligro y constatado la ausencia de oportunas medidas de reacción, como pudiera ser una nueva valoración de riesgo, la adecuación personal del trabajador al puesto¹²⁸ o las actuaciones oportunas para eliminar o atenuar el estrés o trastorno mental surgido de las condiciones de trabajo¹²⁹. Inactividad merecedora, en su caso,

desbordamiento del concepto de accidente de trabajo acabe siendo disfuncional a efectos preventivos, C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

¹²¹ STSJ Andalucía/Sevilla 10 noviembre 2011, rec. 733/2011.

¹²² STSJ Cataluña rec. 4827/2011, cit.

¹²³ STSJ Andalucía/Sevilla 11 septiembre 2020, rec. 1131/2019.

¹²⁴ STSJ Madrid rec. 667/2015, cit.

¹²⁵ STSJ Madrid rec. 667/2015, cit., o STSJ País Vasco rec. 2518/2016, cit.

¹²⁶ STSJ País Vasco 8 septiembre 2020, rec. 830/2019.

¹²⁷ STSJ Andalucía/Sevilla rec. 1131/2019, cit.

¹²⁸ STSJ Castilla-La Mancha rec. 1672/2014, cit.

¹²⁹ STSJ Galicia rec. 2040/2008, cit.; de interés resultará recordar el discurso contenido en la STS rec. 6590/2003, cit.

del oportuno recargo en las prestaciones por omisión de las medidas de seguridad y salud pertinentes¹³⁰.

3.4. La evolución en materia de protección social complementaria

En el ámbito de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, y aun cuando continúan las discrepancias sobre si el término accidente incluido en convenio ha de incorporar el suicidio¹³¹, y en qué medida ha de hacerlo¹³² (así como su eventual traslación al contrato de seguro)¹³³, la novedad radica en haberse mantenido firme una doctrina que, tras su unificación¹³⁴, hubo de hacer frente a ciertos elementos de resistencia. A su tenor, y aun cuando del fruto de la negociación colectiva quepa seguir la inclusión del suicidio como accidente protegido por la mejora de la Seguridad Social, «el empresario puede suscribir el contrato de seguro en los términos del convenio o en otros distintos, debiendo afrontar las correspondientes responsabilidades si no se ajusta a estos términos; responsabilidades que no pueden desplazarse a la aseguradora, que ni está obligada por el convenio, ni tiene tampoco obligación de ajustar la póliza a lo previsto en él». Ahora bien, condición *sine qua non* para que prospere la exoneración de la aseguradora, y surja la correlativa responsabilidad en exclusiva del empresario por el suicidio cubierto como accidente en el convenio, es preciso que «los términos de los contratos de seguro sean claros y no dejen dudas sobre las intenciones de los contratantes». Matiz que puede encontrar interesantes precisiones capaces de conducir a la responsabilidad de la aseguradora cuando, como experta, no aclaró al empresario los factores de

¹³⁰ STSJ Galicia rec. 2040/2008, cit.

¹³¹ STS rec. 1703/2009, cit. Con carácter previo, STSJ Andalucía/Granada 1º julio 2009, rec. 872/2009, o, siguiéndola, STSJ Galicia 4 noviembre 2011, rec. 551/2008, y STSJ Andalucía/Granada 27 febrero 2013, rec. 81/2013.

¹³² En una línea muy restrictiva, ciñendo la protección al accidente de trabajo para excluir el suicidio como accidente no laboral, STSJ Comunidad Valenciana 15 octubre 2009, rec. 3889/2008, o STSJ Castilla y León/Valladolid rec. 148/2010, cit.

¹³³ A favor cuando no medie expresa exclusión, STSJ Castilla-La Mancha 23 marzo 2009, rec. 771/2008; *contra*, entendiéndolo implícito en la referencia literal a la Ley de Contrato de Seguro o por aplicación de la misma, STSJ Madrid 11 febrero 2008, rec. 3666/2007, y STSJ Madrid 15 febrero 2018, rec. 548/2017, o STSJ País Vasco 22 diciembre 2008, rec. 681/2008.

¹³⁴ Recordando los términos de STS 13 mayo 2004, rec. 2070/2003; STS 31 enero 2006, rec. 4617/2004; STS rec. 3133/2008, cit.; STS rec. 1703/2009, cit.; STS rec. 3105/2009, cit.; también STSJ Madrid 6 mayo 2010, rec. 34/2010; STSJ Cataluña rec. 875/2010, cit., o Navarra 5 julio 2011, rec. 278/2011.

desajuste entre convenio y contrato de seguro¹³⁵ y/o, como cláusula limitativa, requirió de manera expresa el consentimiento al efecto del tomador¹³⁶.

4. Conclusión

Durante décadas los familiares del trabajador que decidía poner fin a su vida sufrieron la doble desgracia de tener que, por un lado, hacer frente a su ausencia y, a menudo y por otro, pleitear para obtener una mayor y mejor prestación cuando sostuvieran el origen laboral del suicidio.

Fueron muchos años para erradicar la arraigada convicción en los Tribunales sobre el carácter estrictamente voluntario de la conducta autolítica – cuando no dolosa o imprudente en el sentido de la exclusión ahora contenida en el art. 156.4.b LGSS –, lo cual les llevaba a negar el carácter profesional del accidente (en un principio considerando, incluso, como enfermedad común), sin entrar a valorar las circunstancias de trabajo con posible incidencia, excepción hecha de la existencia de un previo accidente a cuyas secuelas cupiera imputar el trágico final.

Más tarde que pronto se fue abriendo camino en los órganos judiciales una tesis que, negando la voluntariedad del acto – o, por lo menos, restándole protagonismo argumental –, comienza a ponderar la posible existencia del nexo causal entre condiciones de trabajo y suicidio, no solo cuando este acaece en el lugar y tiempo de trabajo, sino también bajo otras circunstancias, dentro de las cuales comienzan a despuntar en los últimos años los problemas de salud mental.

De este modo, si bien el potencial de la presunción locativo-temporal contenida en el art. 156.3 LGSS en muy pocas ocasiones ha sido desarrollado en toda su extensión, quizá por sospecha de fraude (con lamentable olvido de que este no puede ser presumido), obra un reparto más equitativo de la carga de la prueba; en particular, el carácter multifactorial de los riesgos psicosociales hace que los aspectos laborales identificados en la conducta previa del fallecido aparezcan como concausa del suicidio.

Queda abierto el camino para un aumento significativo de pronunciamientos judiciales reconociendo el carácter profesional del siniestro que, a la par de suponer un importante desafío para las políticas

¹³⁵ STSJ Castilla-La Mancha rec. 771/2008, cit., STSJ Andalucía/Granada rec. 872/2009, cit., o STSJ Galicia rec. 551/2008, cit.

¹³⁶ STSJ Cataluña 3 marzo 2017, rec. 7697/2016.

preventivas en la empresa, desde el punto de vista de la protección social pueden llevar al recargo en las prestaciones si el empleador mostrara su pasividad frente a un entorno o circunstancias objetivas y/o subjetivas en la actividad profesional capaces de conducir al suicidio de un miembro de la plantilla.

5. Bibliografía

ALONSO FALCÓN F. (2015), *El suicidio del trabajador acosado en la Europa del Sg. XXI*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3

ALONSO OLEA M., TORTUERO PLAZA J.L. (2002), *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas

BERZOSA REVILLA J. (2009), *El suicidio como accidente de trabajo. Consideraciones a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, Aranzadi

BLANCO LEIRA A. (1993), *El suicidio como accidente de trabajo*, en AA.VV., *El Derecho de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial

CARDENAL CARRO M. (2007), *El suicidio como accidente de trabajo en la STS 25 septiembre 2007: ¿se anuncia una modificación en la interpretativa restrictiva del art. 115 LGSS característica de la jurisprudencia reciente?*, en *Aranzadi Social*, n. 17

CAVAS MARTÍNEZ F., FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2006), *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi

CHACARTEGUI JÁVEGA C. (2007), *El concepto de accidente de trabajo: Su construcción por la jurisprudencia*, Bomarzo

CHACARTEGUI JÁVEGA C. (2005), *La calificación del suicidio como accidente de trabajo*, en *Aranzadi Social*, n. 5

DE NO VÁZQUEZ M.F. (2005), *Suicidio por ingesta de sustancias tóxicas a la puerta del centro de trabajo: no es accidente laboral*, en *Actualidad Laboral*, n. 1

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ C. (2007), *El suicidio no es un acto voluntario, sino un accidente laboral*, en *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 18

FERNÁNDEZ AVILÉS J.A. (2007), *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Atelier

FERNÁNDEZ AVILÉS J.M. (2005), *Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (dirs.), *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares

FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F. (2000), *Accidente de trabajo y relación de causalidad*, en B. GONZALO GONZÁLEZ, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (dirs.), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, UNED

GARCÍA COCA O. (2013), *Conexión entre suicidio y trabajo a efectos de determinar la configuración de la contingencia en relación con las pensiones de viudedad y orfandad*, en *Aranzadi Social*, n. 3

GARCÍA GONZÁLEZ C. (2010), *Crisis económica y riesgos psicosociales: al suicidio como accidente de trabajo. Perspectiva jurídico-preventiva*, en *Revista de Derecho Social*, n. 50

GARCÍA ORTEGA J. (2000), *El accidente de trabajo. Actualidad de un concepto centenario*, en *Tribunal Social*, n. 109

GARCÍA ORTEGA J. (2019), *Acción protectora: las prestaciones y su régimen jurídico*, en R. ROQUETA BUJ, J. GARCÍA ORTEGA (dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch

GIMÉNEZ LAHOZ R. (2005), *La presión laboral tendenciosa (El mobbing desde la óptica de un juez)*, Lex Nova

GÓMEZ GONZÁLEZ J.A. (2015), [El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional respecto de las contingencias comunes en la Seguridad Social](#), Tesis Doctoral, Universidad Miguel Hernández

GONZÁLEZ MARTÍNEZ J.A. (2017), *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional. Un intento de que las contingencias profesionales pierdan su especialidad*, Aranzadi

GRAU PINEDA M.C., RODRÍGUEZ MONROY A.G. (2020), *El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad*, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, tomo I

IGLESIAS CABERO M. (2011), *Las fronteras del accidente de trabajo (I)*, en *Diario La Ley*, n. 7610

IGLESIAS GARCÍA C., SÁIZ P.A., BURÓN P., SÁNCHEZ-LASHERAS F., JIMÉNEZ-TREVIÑO L., FERNÁNDEZ-ARTAMENDI S., AL-HALABÍ S., CORCORAN P., GARCÍA-PORTILLA M.P., BOBES J. (2017), *Suicidio, desempleo y recesión económica en España*, en *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, n. 2

JURADO SEGOVIA A. (2016), *Suicidio y accidente de trabajo: su calificación como acto derivado de enfermedad de trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 183

LOUSADA AROCHENA J.F. (2003), *El suicidio como accidente de trabajo. Comentario a la STSJ Galicia, 4 abril 2003*, en *Actualidad Laboral*, n. 27

LUJÁN ALCARÁZ J. (2007), *Sobre la noción de accidente de trabajo, a propósito de la imprudencia temeraria y del intento de suicidio. Comentario a la STSJ Castilla y León-*

- Valladolid 30 septiembre 1997, en M.A. DOMBLÁS, M. FERNÁNDEZ BARAIBAR (coords.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Aranzadi
- LUQUE PARRA M. (2008), [El suicidio en tiempo y lugar de trabajo: ¿aplicabilidad de la presunción prevista en el artículo 115.3 del TRLGSS? Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2007 \(RJ 8316\)](#), en *IUSLabor*, n. 1
- MANZANO SANZ F. (2019), *El suicidio como accidente de trabajo y su prevención*, en *Capital Humano*, n. 348
- MARTÍNEZ PLAZA C.A. (2010), *El estrés laboral como factor de riesgo de suicidio (III)*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 76
- MARTÍNEZ PLAZA C.A. (2010), *El estrés laboral como factor de riesgo de suicidio (II)*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 75
- MARTÍNEZ PLAZA C.A. (2010), *El estrés laboral como factor de riesgo de suicidio (I)*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 74
- MATEU CARRUANA M.J. (1999), *El alcance de la presunción contenida en el artículo 115.3 LGSS y la calificación como laborales de los accidentes acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo*, en *Aranzadi Social*, n. 3
- MOLERO MANGLANO C. (2010), *Revisión por maquinación fraudulenta de un caso de suicidio declarado accidente laboral*, en AA.VV., *2010 Anuario Laboral para Abogados*, La Ley
- MOLINA NAVARRETE C. (2016), *Suicidio, accidente laboral y riesgo profesional: ¿hora de reanalizar el desbordamiento de un concepto?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 395
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2019), *La presunción de laboralidad del suicidio y su calificación reciente (II)*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 51
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2019), *La presunción de laboralidad del suicidio y su calificación reciente (I)*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 50
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2018), *El suicidio del trabajador y su calificación en el derecho social*, Bomarzo
- PALOMO BALDA E. (2009), *El dolo y la imprudencia temeraria como circunstancias excluyentes del concepto de accidente de trabajo*, en M.J. ROMERO RÓDENAS (coord.), *Accidentes de trabajo y sistema de prestaciones*, Bomarzo
- PÉREZ ÁGUILA S. (2013), *El suicidio con ocasión o por consecuencia del trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 160
- POQUET CATALÁ R. (2020), *El suicidio como accidente de trabajo. Análisis de una zona gris*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 22
- RODRÍGUEZ SANTOS E. (2010), *La protección social del suicidio del trabajador en el Sistema de Seguridad Social*, en *Aranzadi Social*, n. 13

ROMERO RÓDENAS M.J. (2012), *Suicidio de un trabajador ocasionado por la existencia de conflictividad laboral, iniciada con el ejercicio del derecho de huelga: accidente de trabajo*, en *Aranzadi Social*, n. 2

SALAS CARCELLER A. (2016), *Suicidio y seguro de vida*, en *Aranzadi Doctrinal*, n. 11

SÁNCHEZ PÉREZ J. (2019), *¿Es correcto aplicar la presunción de laboralidad a un acto suicida ejecutado en el trabajo?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 440

SÁNCHEZ PÉREZ J. (2018), *Una “relación fatal”: el estrés laboral lleva al suicidio*, en *Revista Derecho del Trabajo*, n. 19

SÁNCHEZ PÉREZ J. (2013), *La delimitación conceptual del suicidio como contingencia profesional y su tutela jurisdiccional*, en *Actualidad Laboral*, n. 9

TOMÁS MATAIX O. (2018), *Suicidio laboral*, en *Diario La Ley*, n. 9276

TOSCANI GIMÉNEZ D. (2020), *Las enfermedades psicológicas como accidente de trabajo*, en *Capital Humano*, n. 354

URRUTIKOETXEA BARRUTIA M. (2008), *Suicidio y accidente de trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, n. 41

VALDÉS ALONSO A. (2008), *Suicidio y conductas auto lesivas (Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2007)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2

VALDÉS DAL-RÉ F., VALDÉS ALONSO A. (2000), *Suicidio y accidente de trabajo*, en B. GONZALO GONZÁLEZ, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (dirs.), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, UNED

La protección de la seguridad y salud de los trabajadores maduros: propuestas de actuación ante la revolución digital*

María de los Reyes MARTÍNEZ BARROSO**

RESUMEN: Desde diversas instancias se viene mostrando desde hace décadas una clara preocupación por la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y por los posibles problemas de seguridad y salud derivados de la prolongación de la vida activa. La mayor edad suele propiciar una pérdida de determinadas capacidades psicofísicas, un incremento de la siniestralidad laboral, una mayor incidencia de enfermedades crónicas o la prolongación de las bajas laborales. Todas estas circunstancias plantean la necesidad de incluir la variable de la edad en las políticas preventivas, a fin de lograr su adaptación a la idiosincrasia particular de las personas trabajadoras maduras y la cobertura de las necesidades específicas del colectivo, sobre todo ante los riesgos emergentes derivados de la digitalización de las relaciones laborales y de la sociedad digital.

Palabras clave: Trabajadores mayores, seguridad y salud, revolución tecnológica, sociedad digital.

SUMARIO: 1. Acciones e instrumentos de la Unión Europea encaminados a la consecución de los objetivos estratégicos en materia de seguridad y salud. 2. Principales líneas de actuación de las políticas internas en materia de seguridad y salud frente a los riesgos tradicionales y emergentes. 3. La vinculación entre la prevención de riesgos laborales y el cambio demográfico como reto. 3.1. Las recetas de la Unión Europea para favorecer el envejecimiento activo. 3.2. El afrontamiento del reto demográfico por el legislador español. 3.2.1. Medidas relacionadas con el tiempo y las condiciones de trabajo. 3.2.2. Medidas relacionadas con la evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud en el trabajo de los empleados de más edad. 3.2.3. Movilidad funcional por razones de seguridad y salud en el trabajo. 3.2.4. Medidas en el marco de la investigación encaminadas a la protección social. En especial, la jubilación anticipada derivada de trabajo penoso. 4. En especial, los retos de las personas mayores frente a la sociedad digital. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

* Trabajo elaborado al amparo del Proyecto de Investigación *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, 2021/00077/001, IP Dr. Fernández-Costales Muñiz.

** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León (España).

Health and Safety Protection for Mature Workers: Proposals for Action in the Face of the Digital Revolution

ABSTRACT: For decades, there has been a clear concern about the sustainability of pension systems and the possible health and safety problems derived from the extension of active life. Older age usually leads to a loss of certain psychophysical capabilities, an increase in the number of accidents at work, a higher incidence of chronic diseases and longer sick leave. All these circumstances raise the need to include the age variable in preventive policies, in order to adapt them to the particular idiosyncrasy of mature workers and to cover the specific needs of this group, especially in the face of the emerging risks derived from the digitalization of labour relations and the digital society.

Key Words: Older workers, health and safety, technological revolution, digital society.

1. Acciones e instrumentos de la Unión Europea encaminados a la consecución de los objetivos estratégicos en materia de seguridad y salud

Ha pasado ya más de un lustro desde que, en junio de 2014, la Comisión Europea anunciara la adopción de un nuevo marco estratégico en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020¹. Este marco provisional venía a determinar los principales retos y objetivos estratégicos en el ámbito de la salud² y la seguridad en el trabajo, presentando las acciones clave y los instrumentos para alcanzarlos con la pretensión última de que la Unión Europea continúe desempeñando un papel de liderazgo en el fomento de unos estándares elevados en las condiciones de trabajo, tanto en Europa como a nivel internacional, en consonancia con la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Las sucesivas estrategias han constituido el instrumento principal para establecer el marco general de las políticas de prevención de riesgos laborales a corto y, sobre todo, medio y largo plazo (suelen abarcar períodos quinquenales), estableciendo los marcos generales de actuación, a expensas de que los Estados Miembros las adapten a sus peculiares idiosincrasias y realidades³. Este marco estratégico tiene por objeto contribuir a la mejora de la calidad del trabajo y la satisfacción laboral, al tiempo que pretende aumentar la competitividad y la productividad de las empresas europeas, en particular de las pequeñas, y disminuir el gasto de los sistemas de Seguridad Social. El marco programático descrito tiene continuidad en el diseñado para el período 2021-2027⁴, en el cual, adoptando un enfoque tripartito, en el que participan instituciones de la UE, Estados miembros, interlocutores sociales y otras partes interesadas, se centran las prioridades en tres acciones

¹ A través de la 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, 6 junio 2014, COM(2014)332 final.

² Entendida no solo como recuperación del “equilibrio” que el propio sujeto considera perdido, sino como desarrollo de los atributos vitales que permiten el desarrollo de la capacidad para asumir riesgos. En tal sentido, J. APARICIO TOVAR, *Derecho a la asistencia sanitaria*, en AA.VV., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, p. 39.

³ Al respecto *vid.* M.P. LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, *Las estrategias comunitaria y española de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)*, en *Información Laboral – Legislación y Convenios Colectivos*, 2008, n. 12, p. 3 ss.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación](#), 28 junio 2021, COM(2021)323 final.

clave, entre las que figura la gestión del cambio en el contexto de las transiciones ecológica, digital y, de nuevo, “demográfica”, a la vez que se incide en la elaboración de una gran cantidad de directrices para ayudar a mantener a las personas trabajadoras seguras durante la pandemia, ya sean expuestas en primera línea o adaptándose al trabajo desde casa.

El principal problema de la seguridad y salud en el trabajo no es, por tanto, la ausencia de regulación legal sino su patente falta de aplicación y de cumplimiento real y eficiente, como se ha denunciado reiteradamente, en especial desde la OIT. En esta misma línea se mueve la Unión Europea, en tanto su interés principal no es seguir aumentando el ingente acervo comunitario sino actualizarlo, refundirlo e, incluso, simplificarlo⁵.

El marco estratégico comentado determina tres grandes retos en la materia, que siguen teniendo plena virtualidad.

1) Mejorar la aplicación de las normas vigentes en materia de salud y seguridad, en particular mediante el refuerzo de la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha estrategias eficaces y eficientes de prevención del riesgo. En efecto, las pequeñas organizaciones siguen tendiendo a cumplir en menor medida la legislación (tanto nacional como de la UE), y notifican menos medidas para la gestión de la salud y la seguridad en el trabajo que las grandes, lo cual se debe a múltiples causas, que van desde la dificultad inherente a respetar las disposiciones reglamentarias y administrativas (a menudo por no disponer de asesoramiento directo), hasta el desconocimiento de las obligaciones, la ausencia de orientación o una insuficiente garantía del cumplimiento de la legislación; a la vez que los costes derivados del cumplimiento también son más elevados para las PYMEs en términos relativos⁶. A la vista de la Directiva Marco y del resto del acervo comunitario, no cabe tolerar

⁵ A nivel interno, propugnando la necesaria elaboración de un Código de Prevención que simplifique y sistematice la materia, para su mejor conocimiento, G. TUDELA CAMBRONERO, *La protección de la seguridad y salud en España: balance y perspectivas*, en M.I. RAMOS QUINTANA (dir.), *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*, Bomarzo, 2013, p. 34.

⁶ Conscientes de dichas dificultades, en la Estrategia 2007-2012, la Comisión y la European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA) elaboraron ya guías prácticas y otros materiales sobre buenas prácticas para ayudar a las PYMEs en la aplicación de las medidas en materia de salud y seguridad en el trabajo. Precisamente OiRA (la herramienta interactiva de evaluación de riesgos en línea), es una contribución importante para facilitar a las PYMEs el cumplimiento de los requisitos en materia de salud y seguridad en el trabajo. OiRA es una plataforma web destinada a la creación de herramientas sectoriales para la evaluación del riesgo en cualquier idioma de manera sencilla y estandarizada, capaz de ayudar a las pequeñas empresas a implementar un procedimiento de evaluación del riesgo por etapas: desde la identificación y la evaluación de riesgos laborales, hasta la supervisión y la elaboración de informes, pasando por la toma de decisiones y la adopción de medidas preventivas. *Vid.* oiraproject.eu.

exenciones de cumplimiento ni rebajas del nivel de protección basadas exclusivamente en el elevado coste de las medidas de seguridad y salud en el trabajo, ni es posible alentar la permisividad de los incumplimientos, ni el derrotismo en cuanto a la eficacia de las políticas preventivas, ni menos aún la tolerancia de una tutela de la salud y seguridad menos garantista en este tipo de empresas, pues si adecuado resulta facilitar e incentivar el cumplimiento y facilitar las herramientas y los medios adecuados, algo bien distinto supone resignarse a menores niveles de protección⁷.

2) Mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo, haciendo frente a los riesgos nuevos y emergentes, sin descuidar los ya existentes. El informe de evaluación de la Estrategia comunitaria 2007-2012 terminaba aconsejando la elaboración de una nueva Estrategia, coordinada con las políticas medioambientales y encaminada claramente hacia las dolencias musculoesqueléticas, el estrés y los fallecimientos ligados a cánceres de tipo profesional, así como un papel más activo en la “investigación” de los nuevos riesgos, no limitándose a una tarea de control. Esto es, se centra la atención en la lucha contra el cáncer, principal causa de enfermedad y mortalidad ligada con el trabajo, pese a las actuaciones legislativas tendentes a garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente y en la exposición a los campos electromagnéticos, pues quedan ámbitos ligados a los nuevos riesgos huérfanos de regulación, como pueden ser la nanotecnología o los nanomateriales, que han de ser objeto de la oportuna investigación. Aunque el bienestar en el trabajo y las condiciones laborales han mejorado sustancialmente gracias a las nuevas tecnologías y a las numerosas innovaciones en la organización del trabajo, la prevención eficaz de las enfermedades relacionadas con el trabajo requiere anticiparse a los posibles efectos negativos de esas nuevas tecnologías en la salud y la seguridad de los trabajadores. Sin duda, la aplicación industrial de nuevas tecnologías da lugar a nuevos productos y procesos, que deben ser sometidos a ensayo y verificados en la medida suficiente como para garantizar que son seguros y que no presentan riesgos graves para los consumidores ni para los trabajadores. Los nanomateriales son un ejemplo de ello⁸, ya que pueden tener propiedades únicas que pueden requerir nuevos métodos de ensayo de la toxicidad y herramientas para la predicción del riesgo desde la fase de

⁷ M.T. IGARTUA MIRÓ, *Hacia un enfoque más economicista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo. Reflexiones críticas a la luz del marco estratégico 2014-2020*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2015, n. 383, p. 41.

⁸ R. RODRÍGUEZ CASÁIS, *Incapacidades laborales y nuevas tecnologías*, en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum, 2017, p. 783 ss.

desarrollo del producto, a fin de tener debidamente en cuenta todo lo relacionado con la seguridad. Los riesgos nuevos están relacionados, en su mayor parte, con aplicaciones tecnológicas en el campo de las tecnologías verdes⁹ (reciclado de basuras, construcciones verdes, bioenergías, aplicaciones energéticas de las biotecnologías o energía eólica, entre otras). De igual modo, las nefastas consecuencias que pueden generar en la salud laboral de los trabajadores han llevado a que los problemas de acoso y violencia – al igual que anteriormente lo fue el estrés – sean tenidos en cuenta en las últimas Estrategias comunitarias sobre la materia. Por otro lado, el documento de la Comisión Europea sobre una *Estrategia Comunitaria en Seguridad y Salud, para los años 2002 a 2006*, ya menciona en esos momentos como uno de los llamados riesgos emergentes al acoso moral, anunciando el propósito de examinar la conveniencia y el ámbito de un instrumento comunitario sobre intimidación y violencia en el trabajo¹⁰. En relación con ello tomaba en cuenta la Resolución 2001/2339 del Parlamento Europeo, sobre el acoso en el lugar de trabajo, subrayando la importancia de investigar con mayor detalle el acoso moral en relación, no sólo con aspectos de la organización del trabajo, sino con factores como el sexo, la edad, el sector y la profesión. Además, proponía un análisis de la situación particular de las mujeres víctimas de acoso, dado que estas pueden ser más propensas al mismo por la mayor precariedad de sus empleos¹¹.

3) Tener en cuenta el envejecimiento de la mano de obra de la Unión Europea, aspecto que va a ser analizado en profundidad en el presente estudio.

Los primeros estudiosos del tema ya aluden al cambio de enfoque, hacia uno más “economicista”¹² y menos social, que cabe apreciar en los nuevos derroteros tomados por la política comunitaria en materia de seguridad y

⁹ Con mayor detalle, S. BRADBROOK ET AL., *Green Jobs and occupational safety and health: Foresight on new and emerging risk associated with new technologies by 2020*, EU-OSHA Report, 2013. En la doctrina, por todos, B. AGRA VIFORCOS (dir.), *Empleos verdes y Prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁰ Fenómeno recurrentemente denunciado por la doctrina. Entre los primeros, K.A. ROGERS, D. CHAPPELL, *Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo*, MTAS, 2004.

¹¹ Pues no se olvide que muchas féminas desarrollan lo que se denomina “doble presencia”, es decir, son trabajadoras y cuidadoras de familia, con lo que sus jornadas se alargan y se plantea un conflicto de roles que traen como consecuencia un incremento de los riesgos en el ámbito laboral ligados a la sobrecarga y al estrés que las hace más vulnerables, también, a conductas de acoso moral. En tal sentido, entre muchos, S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, *Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica*, en M. CORREA CARRASCO (coord.), *Acoso moral en el trabajo, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, 2006, p. 114.

¹² En tal sentido M.T. IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, p. 13 ss., en especial pp. 22-23.

salud, por cuanto parte de la consideración de que la prevención del riesgo y el fomento de unas condiciones más seguras y saludables en el lugar de trabajo son factores fundamentales no solo para mejorar la calidad del empleo y las condiciones laborales, sino para promover la competitividad, la productividad y el crecimiento, insistiendo en el ahorro de costes y en la reducción del absentismo. Sin lugar a dudas, la buena salud de los trabajadores tiene un efecto positivo directo y mensurable en la productividad y contribuye a mejorar la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social. Sin embargo, aun cuando el objetivo de sostenibilidad del sistema sea crucial desde un punto de vista financiero, no debe subordinar ni condicionar las decisiones en el terreno de la seguridad y salud.

Con todo, el aspecto en que la Estrategia precedente ha cumplido de manera menos eficiente sus objetivos, ha sido en relación con la necesidad de adaptar, mejorar y simplificar el marco jurídico existente, donde los avances brillan por su ausencia¹³. Aunque se han llevado a efecto intercambios de buenas prácticas o preparativos para la revisión de la legislación, en la práctica, la actualización y simplificación del marco legal ha experimentado pocos progresos significativos, existiendo lagunas considerables en relación con la subcontratación y los servicios de prevención.

En el marco estratégico 2014/2020, caracterizado por un claro retroceso de los aspectos sociales y por una concepción de la prevención como vehículo de satisfacción de exigencias de tipo económico, los nuevos retos pretenden conseguirse por medio de una serie de acciones ligadas a siete objetivos básicos¹⁴:

1. proseguir la consolidación de las estrategias nacionales en materia de salud y seguridad a través de la coordinación de políticas y el aprendizaje mutuo. Desde la Comisión Europea se hace un llamamiento a los Estados miembros para que desarrollen estrategias nacionales de seguridad y salud ocupacional bien definidas, transparentes y plenamente accesibles, con objetivos claramente definidos y fácilmente medibles y verificables;
2. proporcionar ayuda práctica a las pequeñas empresas y a las microempresas, para que puedan mejorar el cumplimiento de las normas sobre salud y seguridad. A tal efecto, dichas empresas podrán recibir asistencia técnica a través de herramientas prácticas, como la *Evaluación en Línea de Riesgos Interactivos* (OiRA), una plataforma web que

¹³ *Ibidem*, p. 20.

¹⁴ Analizados detenidamente por P. SEGADO RODRÍGUEZ, *El Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 a los dos años de su aprobación*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 18, p. 72 ss.

- proporciona instrumentos para la evaluación de riesgos sectoriales;
3. mejorar la garantía del cumplimiento de la normativa por parte de los Estados miembros, por ejemplo, mediante la evaluación¹⁵ de los resultados de los organismos de inspección nacionales. Se hace hincapié en la necesidad de erradicar el empleo irregular y no declarado y en la importancia de fortalecer los vínculos entre dichos organismos a nivel europeo, a través de un intercambio de información que permita un nivel de cooperación adecuado;
 4. simplificar, en la medida de lo posible, la legislación vigente a nivel europeo, para eliminar las cargas administrativas innecesarias, manteniendo, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. Se pretenden evitar trabas burocráticas que obstaculicen el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas de menor tamaño, cuyo margen financiero es menor y no siempre pueden hacer frente a sus obligaciones con un nivel óptimo de cumplimiento;
 5. abordar el envejecimiento de la mano de obra europea promoviendo hábitos laborales saludables y mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo para hacer frente a los riesgos emergentes¹⁶ (junto con los ya existentes), como los nanomateriales, las tecnologías verdes o la biotecnología;
 6. mejorar la recogida de datos estadísticos (principalmente en cuanto a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, enfermedades relacionadas con el trabajo, factores de riesgo y exposición en todos los sectores) para disponer de mejores pruebas y desarrollar herramientas de seguimiento. El objetivo no es otro que disponer de una representación de la realidad palpable con la que poder medir el impacto de las políticas y estrategias implementadas, a fin de identificar y promover buenas prácticas. En efecto, los buenos resultados en la evolución de las cifras de accidentes permiten un cambio de enfoque

¹⁵ Evaluación del desempeño puesta de manifiesto por M.L. VEGA RUIZ, *Garantizando la Gobernanza: Los Sistemas de Inspección de Trabajo en el Mundo. Tendencias y Retos. Un Enfoque Comparado*, OIT, 2013, p. 17.

¹⁶ En consonancia con la prioridad de sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social, en lo que se refiere a los riesgos emergentes, se dota de especial protagonismo a los trastornos musculoesqueléticos (TME), al constituir la fuente de absentismo predominante en la UE, planteando como propuesta la creación de una norma a nivel europeo para la prevención y control de los TME en el trabajo. *Vid.* el informe de la EUROPEAN COMMISSION, *Socio-economic costs of accidents at work and work-related ill health. Key messages and case studies*, 2011, así como el de la AISS, *El rendimiento de la prevención: Cálculo de los costos y beneficios de las inversiones en la seguridad y salud en el trabajo en las empresas. Resumen de los resultados*, 2011.

hacia un modelo donde el centro de atención se sitúa en la mejora de la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo, combatiendo los riesgos existentes, nuevos y emergentes. De hecho, en la OIT se ha puesto de manifiesto que la prevención de enfermedades profesionales sigue sin ser una prioridad en muchos países en desarrollo y en transición, en especial por la falta de datos sobre las mismas¹⁷. Constituye este un terreno pantanoso, donde se plantean enormes dificultades por la inexistencia de datos fiables. De hecho, se han conseguido pocos progresos en el logro de métodos estadísticos comunes, lo cual dificulta la aprehensión de la dimensión del problema y la búsqueda de soluciones por parte de las políticas públicas y de las propias empresas;

7. reforzar la coordinación y colaboración con organizaciones internacionales como la OIT, la OMS o la OCDE y con los socios europeos, para contribuir a reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y a mejorar las condiciones laborales en todo el mundo.

Apuntados los retos del marco estratégico y sus objetivos, conviene también mencionar los mecanismos e instrumentos necesarios para su ejecución, partiendo de la base de que la coordinación entre las Estrategias nacionales y la de la Unión Europea puede desempeñar un papel aún más importante y sistemático en su implementación, por medio de la coordinación de las políticas, el aprendizaje mutuo y la utilización de sus fondos.

Para llevar a cabo estas acciones, el marco estratégico establece como principales instrumentos el diálogo social, la sensibilización, el reforzamiento de las garantías de cumplimiento de la legislación de la Unión Europea y las necesarias sinergias con otras políticas, en especial, salud pública, educación, investigación o igualdad, sin olvidar que diversos recursos de la Unión, como el FSE o el *Programa Europeo de Empleo e Innovación Social* (EaSI), están disponibles para apoyar la aplicación de las normas sobre salud y seguridad. También resulta fundamental que se perciba a los órganos de inspección como un factor que facilita el cumplimiento de la legislación y no como obstáculo a la actividad empresarial, para lo cual se propone también formar a los Inspectores en

¹⁷ OIT, [Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación](#), 2010, p. 11. Más específicamente, F. SANZ ALBERT, *Estudio sobre riesgos laborales emergentes en el sector de la Construcción*, INSHT, 2013, donde se abordan desde riesgos específicos centrados en la gestión de residuos o la utilización de productos químicos pasando por el envejecimiento de la población activa, la combinación de riesgos físicos y psicosociales o peligros naturales como las radiaciones solares.

seguridad y salud, en particular en relación con los riesgos emergentes y las nuevas tecnologías.

En consonancia con lo anterior, a lo largo de todo el documento se realiza la vinculación intrínseca entre la política de empleo y la política económica, de manera que las orientaciones generales para el empleo de la *Estrategia europea de Empleo* y las orientaciones generales de las políticas económicas se deben adoptar, necesariamente, como un “paquete integrado”. Este nuevo enfoque ha condicionado, en buena medida, la reorganización de los objetivos y las acciones concretas en cumplimiento de los mismos; lo que, en definitiva, ha supuesto una reestructuración de las prioridades de las acciones comunitarias en materia de seguridad y salud en el trabajo, primando aquellas en las que se puede intuir una suerte de retorno económico en la gestión o incidencia en la sostenibilidad de los sistemas de protección social¹⁸.

Sirva este marco introductorio para analizar como conviene un apartado del objetivo estratégico quinto, dedicado a abordar el envejecimiento de la mano de obra europea, promoviendo hábitos laborales saludables, pues no cabe duda de que dicho envejecimiento poblacional, lejos de quedar soslayado, se incrementa indefectiblemente año tras año.

2. Principales líneas de actuación de las políticas internas en materia de seguridad y salud frente a los riesgos tradicionales y emergentes

Las sucesivas estrategias internas son fruto de un largo proceso de negociación una vez constatada la necesidad de seguir avanzando en la mejora de las condiciones de trabajo y en la reducción constante y sostenida de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. En concreto, la diseñada para el período 2015-2020 por consenso entre las Administraciones Públicas estatal y autonómica y los interlocutores sociales, actualmente prorrogada, se asienta en dos principios fundamentales: la prevención y la colaboración. La prevención, en cuanto resulta ser el medio más eficaz para reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, y la colaboración de los poderes públicos, empresarios y trabajadores, en cuanto promueve e impulsa la mejora efectiva de las condiciones de trabajo.

Como marco de referencia de las políticas públicas en esta materia, la Estrategia Española 2015-2020 alude a la necesidad de fortalecer la

¹⁸ P. SEGADO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 76.

participación de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo, incorporando también referencias a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social por su contribución al impulso y la ejecución de las políticas preventivas y a la reducción de la siniestralidad laboral.

La premisa que en todo momento ha marcado el enfoque estratégico ha sido la de crear un marco de referencia de las políticas públicas preventivas que sea dinámico y que permita adaptarse con naturalidad a los cambios que se produzcan en un entorno en permanente evolución, como es el de la prevención de riesgos laborales. Para ello se ha evitado *ab initio* prefijar de antemano medidas concretas en cada uno de los objetivos específicos, optando por que aquellas se vayan acordando y planificando, en función de las necesidades, prioridades y recursos disponibles. Dicho diseño abierto permite dar cabida a medidas no contempladas inicialmente pero que en los años venideros puedan resultar imprescindibles por su relevancia o urgencia. Del mismo modo, los consiguientes Planes de Acción deben especificar las entidades responsables del desarrollo de cada medida, el plazo de ejecución y, adoptando inevitables estándares de calidad, los indicadores de realización con la finalidad de evaluar el grado de avance de las medidas y, en su caso, de impacto, para evaluar su efectividad.

La Estrategia diseñada para el período 2015-2020 ha venido a coincidir en el tiempo con el vigésimo aniversario de la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que nació con la voluntad de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y establecer las responsabilidades del empresario en la gestión de la prevención. Dicho aniversario se ha celebrado en el marco de un escenario bien distinto al que la vio nacer, con una estructura productiva en la que ha ganado peso el sector servicios, en detrimento del sector primario, industrial y de la construcción, así como en un contexto aplicativo en profunda transformación, con mercados de trabajo muy fragmentados, caracterizados por la temporalidad y la precariedad laboral, que el recién aprobado RD-Ley 32/2021 pretende atajar.

Tal evento, además, ha sido lo suficientemente importante como para justificar la conveniencia de una reflexión sobre cuáles han sido y son los principales aspectos técnicos y jurídicos que plantea este marco normativo con el objetivo de profundizar en los principales aspectos críticos de esta regulación y subrayar la necesidad de posibles evoluciones normativas, en el marco del diseño abierto a nivel estratégico, pues si de alguna materia puede predicarse su carácter dinámico esta es, sin duda, la prevención de

riesgos laborales¹⁹.

Con carácter general, los primeros balances publicados por los interlocutores sociales²⁰, ponen de manifiesto cómo se ha pasado de un enfoque reactivo (reparar el daño una vez producido) a otro más pro-activo o preventivo, cuyo objetivo es conseguir el bienestar integral de la persona trabajadora, contemplándose no sólo los riesgos físicos, sino también los de carácter psicosocial, las nuevas sustancias químicas, la nanotecnología, los cánceres de etiología laboral o los riesgos ergonómicos, poniendo de manifiesto cómo esta Ley ha conllevado cambios positivos en la gestión de los riesgos laborales, tanto en los agentes implicados como en la sociedad en general, si bien no pueden dejarse de lado los denominados riesgos emergentes.

En efecto, el vínculo físico entre el lugar de trabajo y las labores que deben realizarse cada vez resulta más tenue gracias a la expansión de las tecnologías de la información y comunicación (TIC). Los principales cambios no afectan a la relación laboral en sí misma, aunque pueden difuminar las diferencias entre trabajadores asalariados y autónomos, si bien plantean problemas específicos, por ejemplo, en el caso de los teletrabajadores, pues el empresario es responsable de su salud y su seguridad, independientemente del lugar donde se realiza el trabajo. Se hace necesario, por tanto, adoptar medidas para prevenir los riesgos y realizar controles en el caso de trabajadores móviles o que trabajan en sus domicilios, fenómeno que se ha acrecentado con motivo de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2. A ello ha contribuido la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que presta especial atención a la prevención de riesgos, dada la peculiar forma de realizar el trabajo a distancia²¹, concretando que a la hora de realizar la evaluación de riesgos debe ponerse especial atención en tres factores: psicosociales, ergonómicos y organizativos. En esencia, lo que se pretende es que la persona trabajadora pueda delimitar su tiempo entre el dedicado a su trabajo y al descanso, pues, al no cambiar de lugar para ir a trabajar, se corre el

¹⁹ Cosa distinta es que el marco normativo responda de forma adecuada a esa “dinamicidad” propia de la materia. En tal sentido M. MIÑARRO YANINI, C. MOLINA NAVARRETE, *La LPRL desde una perspectiva jurídica*, en AA.VV., *20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Análisis multidisciplinar de la implantación de la LPRL a lo largo de estos 20 años*, UGT-CEC, 2015, p. 519 ss., o G. GARCÍA GONZÁLEZ, *El marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo: lagunas, imperfecciones y propuestas de reforma (I) y (II)*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 29 y n. 30, p. 109 ss. y p. 99 ss., respectivamente.

²⁰ UGT, [UGT valora la Ley de Prevención de Riesgos Laborales pero la considera aún insuficiente](http://www.ugt.es), en www.ugt.es, 10 febrero 2016.

²¹ Entre muchos, *vid.* A. GINÉS I FABRELLAS (coord.), *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Aranzadi, 2021.

riesgo de conectarse más tiempo del acordado en el contrato de trabajo, invadiendo los tiempos de dedicación al descanso y, en definitiva, al derecho de conciliación de la vida laboral, personal y familiar. No se olvide, que en una sociedad hiperconectada como la presente, la condición humana del trabajador requiere que se garanticen unos tiempos de descanso de calidad y aunque el reconocimiento del derecho a la desconexión²² se solapa con otros derechos, ya consolidados, como el derecho al descanso y a la limitación de la jornada, la motivación jurídica de su reconocimiento y garantía se centra, de un lado, en la dificultad de fiscalización por los órganos de control de cumplimiento de la legislación laboral en materia de registro de la jornada de trabajo, y de otro, en la facilidad que ofrece la tecnología para prolongar el tiempo de trabajo ordinario, con los riesgos colaterales que ello comporta. Por tanto, resulta evidente que el teletrabajo requiere un tratamiento específico en la evaluación de riesgos, más cercano a los tres factores anteriores que a los comunes del resto de actividades efectuadas ordinariamente de forma presencial, pero sin descartarlos, sino adaptándolos a las circunstancias del concreto trabajo a distancia.

Desde otro punto de vista, la aparición de nuevos materiales, como es el caso de las nanopartículas, supone también un reto a la hora de realizar las evaluaciones de riesgos y aplicar medidas de prevención y control, dadas las lagunas de conocimiento aún existentes frente a elementos con un grado potencialmente elevado de toxicidad. Estos nuevos retos, junto con otros que todavía siguen pendientes, como el polvo de silicio o el amianto²³, requieren de una reflexión y análisis permanente²⁴. Aunque se han realizado grandes esfuerzos para prevenir las enfermedades profesionales, así como los riesgos nuevos o emergentes y se han aprobado normas específicas a nivel comunitario para regular las sustancias químicas, con el objetivo de

²² Una primera aproximación al derecho de desconexión digital en F. ALEMÁN PÁEZ, *El derecho de desconexión digital*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 30, p. 12 ss.; M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión digital: ¿Novedad digital o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408, p. 167 ss.; M.T. IGARTUA MIRÓ, *El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, *ibidem*, 2019, n. 432, p. 61 ss.; F. TRUJILLO PONS, *La conectividad constante del “trabajo en remoto” desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 11, p. 1524 ss., o M.C. ARRUGA SEGURA, *Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 15.

²³ Sobre el particular puede verse el análisis efectuado en M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *La exposición al amianto y sus daños colaterales*, en AA.VV., *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, 2020, tomo I.

²⁴ Sobre lo cual me pronuncié en la monografía, M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Bomarzo, 2016, p. 71 ss.

garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana y el medio ambiente y abordar la exposición a los campos electromagnéticos, las mismas resultan insuficientes. Dada la gravedad del problema, las enfermedades profesionales como el cáncer, y aquellas otras causadas por el amianto, las que afectan al pulmón o a la piel, así como el asma y otras enfermedades crónicas requieren una atención específica continuada.

Sin embargo, la aplicación de la ley no es uniforme, ni entre las distintas empresas, ni entre el sector público y privado, ni entre los distintos niveles de calidad en el empleo; no hay suficiente coordinación entre las Administraciones competentes en materia preventiva²⁵; y además es necesaria una mayor estandarización de la actuación de la Inspección de Trabajo y una mayor independencia de las Administraciones frente a las influencias de las empresas²⁶. Y lo que es más importante, aún muchos empresarios creen que la LPRL se cumple documentalmente, aunque no se garantice la seguridad y salud de los trabajadores²⁷, lo cual da lugar a una “falsa prevención” o “prevención de papel” que hace que las empresas se consideren seguras por el mero hecho de mantener “los papeles en orden”, si bien la burocratización del sistema preventivo va en detrimento de una eficiente implantación del mismo, pues la constancia documental no garantiza su eficacia²⁸.

Desde otro punto de vista, aunque ahora hay menos trabajadores expuestos a los riesgos tradicionales, han surgido otros nuevos derivados de las nuevas formas de organizar el trabajo: subcontratas, externalización, empresas de trabajo temporal²⁹, incremento del autoempleo, mayor precariedad laboral, nuevas tecnologías, incremento de la digitalización³⁰ y un mayor número de

²⁵ Un exhaustivo análisis en M. CARDENAL CARRO, F.J. HIERRO HIERRO, *Un paso más en la lucha frente a la siniestralidad laboral: cuestiones prácticas sobre la colaboración entre las distintas Administraciones*, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 13, p. 9 ss.

²⁶ D. MARTÍNEZ ÍÑIGO, R. DOMÍNGUEZ BILBAO, A. BAUTISTA PEÑA, *Guía. 20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a Examen. Valoración de los Delegados de Prevención de Riesgos Laborales de UGT*, UGT-CEC, 2015.

²⁷ Un excelente análisis en el contexto del vigésimo aniversario de la entrada en vigor de la LPRL en J. GARCÍA MURCIA, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 396, p. 87 ss.

²⁸ J.R. MERCADER UGUINA, *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después*, en *Información Laboral*, 2015, n. 8. Un balance que no deja sino una sensación de “agridulce aniversario” en C. MOLINA NAVARRETE, *Dos décadas de Ley, ¿veinte años de prevención de riesgos laborales?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2015, n. 392, p. 5 ss.

²⁹ Un análisis exhaustivo en J.F. LOUSADA AROCHENA, *La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal*, Bomarzo, 2016.

³⁰ En septiembre de 2021 se hizo público el *Informe de digitalización de las PYMES 2021. Una visión por sectores*, elaborado por equipo de Estudios del Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI), en el que se pone de manifiesto que el nivel de

microempresas y de pequeñas empresas, en las cuales se producen más accidentes y donde se impone un refuerzo de la capacidad de poner en marcha medidas eficaces para la prevención de los riesgos laborales. En este ámbito, la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incluyó un artículo (el 39, añadiendo una nueva DA 7ª a la LPRL sobre asesoramiento técnico a empresas de menos de 25 trabajadores) dentro del capítulo dedicado a la simplificación de cargas administrativas, que probablemente no hace sino incrementar el riesgo de que en este tipo de empresas no haya un sujeto realmente competente y técnicamente responsable de la prevención de riesgos laborales y, por tanto, asistamos a una nueva degradación de las condiciones de seguridad y salud en este ámbito³¹ a la vez que se echa en falta también una atribución de un papel de asesoramiento y vigilancia específica para este tipo de empresas por parte de la Inspección de Trabajo y la dotación de efectivos especializados, en paralelo a lo acontecido en el ámbito de la lucha contra el fraude y el empleo irregular³².

Los cambios en la organización del trabajo derivados de la evolución de las TIC, en particular los que permiten la conectividad constante, abren unas posibilidades enormes a los procesos de trabajo flexibles e interactivos³³. Se ha producido, asimismo, un aumento de la diversidad de la mano de obra, como reflejan las nuevas disposiciones contractuales y los nuevos patrones

digitalización de España se sitúa por encima del valor medio de la UE-27 y solo por detrás de Dinamarca, Suecia, Países Bajos e Irlanda, siendo las empresas de los sectores de información y comunicaciones, hoteles y agencias de viaje las más digitalizadas y las que se posicionan como líderes también en relación con la penetración de la analítica de *big data*, utilizando la tecnología principalmente para el análisis de información generada por medios sociales. Para realizar las comparaciones se analiza o se mide el desarrollo digital en las dimensiones específicas contempladas en el *Plan de Digitalización de PYMEs 2021-2025*, que comprende, entre otras, Equipamiento e infraestructuras, Cambio cultural, Capacitación, Productos y servicios y Rediseño de productos.

³¹ Un análisis en detalle puede verse en M.E. LÓPEZ RUBIA, *La aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en las PYMEs: últimas modificaciones normativas*, en *Lan Harremanak*, 2013, n. 28, p. 252 ss., o M. SALAS PORRAS, *Retos y propuestas para implementar la seguridad y salud laboral en las empresas de tamaño micro, pequeño y mediano. Análisis desde la perspectiva jurídica europea y española*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 407, p. 57 ss., o C. MOLINA NAVARRETE, *La dimensión socio-laboral del pretendido – ¿o pretencioso? – nuevo “estatuto promocional del emprendedor”*, en AA.VV., *Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Análisis de los ámbitos educativo, mercantil, tributario y laboral*, CEF, 2013, p. 242.

³² F.A. GUNDÍN SANCENA, *Economía irregular y trabajo no declarado: impacto sobre la salud y condiciones de trabajo*, en M.I. RAMOS QUINTANA (dir.), *op. cit.*, p. 145 ss.

³³ Prestando especial atención al lado oscuro de la innovación técnica desde el punto de vista de la salud laboral, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La falta de adaptación al puesto de trabajo como factor de riesgo: incidencia de las nuevas tecnologías*, en H. ÁLVAREZ CUESTA (dir.), *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, Reus, 2016, p. 33 ss.

de trabajo atípicos, generando un incremento de la rotación del personal, debido al acortamiento de las tareas, especialmente en el caso de los trabajadores más jóvenes. Conectando con esta preocupación, seguramente en este terreno es donde cabe apreciar con mayor claridad la absoluta desconexión entre las medidas emprendidas en orden a la flexibilización de los ordenamientos laborales y su creciente precarización (consentida y promovida también desde las propias instancias comunitarias), con una preocupación real y efectiva acerca de la necesidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, como forma de asegurar un trabajo decente y un empleo de calidad.

Este último elemento cualitativo de la calidad del trabajo, aun cuando es destacado por los marcos estratégicos, en la práctica queda algo descuidado en su contenido y desarrollo³⁴. De hecho, las encuestas siguen poniendo de manifiesto que el estrés es uno de los principales riesgos profesionales (53%), seguido de los riesgos ergonómicos (28%) – movimientos repetitivos o posturas agotadoras o dolorosas – y el levantamiento, transporte o desplazamiento diarios de cargas (24%). También merecen especial atención las repercusiones que tienen en la salud física y mental los cambios en la organización del trabajo³⁵, sin olvidar, por último, la necesaria lectura de género, pues las mujeres, en particular, pueden afrontar riesgos específicos, como son los trastornos musculoesqueléticos o determinados tipos de cáncer, debido a la naturaleza de algunos trabajos en los que su presencia es mayor³⁶.

Sin olvidar, por lo que a este ensayo interesa, la enorme vinculación de la prevención de riesgos con el propio cambio demográfico y la prolongación de la vida laboral, pues evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral resulta clave para que puedan trabajar más tiempo, contribuyendo, de este modo, a combatir los efectos a largo plazo del envejecimiento de la población³⁷.

³⁴ M.R. VALLECILLO GÁMEZ, O. VALLECILLO GÁMEZ, *La promoción de la salud y el bienestar en los ambientes de trabajo: a propósito del “Pacto europeo por la salud mental y el bienestar”*, en *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y Bienestar en el Trabajo*, 2010, n. 2, p. 111 ss.

³⁵ Por todos, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, n. 2.

³⁶ TOPIC CENTRE OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH, [New risks and trends in the safety and health of women at work. European Risk Observatory Literature review](#), EU-OSHA, 2013.

³⁷ Un estudio excelente sobre las relaciones entre la política preventiva y la de Seguridad Social en J.L. MONEREO PÉREZ, *La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: prevención versus reparación*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2015, n. 3, p. 11 ss.

3. La vinculación entre la prevención de riesgos laborales y el cambio demográfico como reto

Como reconoció claramente la Comisión en la Comunicación de 2014 relativa al marco estratégico de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo 2014-2020, la población activa está envejeciendo, ya que la proporción de trabajadores de más edad en activo aumenta con respecto a la de trabajadores más jóvenes. Según las proyecciones de población de Eurostat (Europop 2010), se espera que, en la Europa de los 27, la población activa de entre 55 y 64 años aumente en torno al 16% entre 2010 y 2030. De ahí la necesidad de proponer medidas reactivas al respecto, pues evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral, desde el primer empleo, es clave para que puedan “trabajar más tiempo”.

Es más, dado que los problemas de salud y las enfermedades crónicas a largo plazo aumentan con la edad, se estima que alrededor del 30% de los hombres y mujeres de edades comprendidas entre los 50 y los 64 años necesita, por razones de salud (que consisten principalmente en trastornos musculoesqueléticos y mentales), una adaptación urgente del puesto de trabajo con el fin de prevenir los riesgos de jubilación anticipada y de incapacidad laboral³⁸.

3.1. Las recetas de la Unión Europea para favorecer el envejecimiento activo

Ya en el Libro Blanco de la Comisión sobre las pensiones, elaborado en el año 2012³⁹, se pedía que, a fin de garantizar unos sistemas de pensiones adecuados y sostenibles, se prolongue la vida laboral, para lo cual resulta necesario que se den unas condiciones de trabajo adecuadas. Esto es, como premisa para lograr una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, resulta necesario que los trabajadores tengan salud y seguridad. En esta aseveración cabe apreciar sin dobleces cierta mutación en el objetivo primordial de la seguridad y salud en el trabajo, pues ya no se

³⁸ J. ILMARINEN, *Promoción del envejecimiento activo en el trabajo*, EU-OSHA, 2012, p. 1.

³⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, 16 febrero 2012, COM(2012)55 final.

persigue solamente la tutela de los bienes jurídicos implicados o la indemnidad del trabajador, sino que se busca un fin centrado en otros intereses menos altruistas: lograr un incremento del tiempo en que las personas trabajadoras pueden prestar servicios⁴⁰, habida cuenta el envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral van a influir en la sostenibilidad del sistema de pensiones. Para ello es necesario, a través del fomento de la cultura preventiva, crear un entorno seguro y saludable a lo largo de toda la vida activa de una mano de obra cada vez más diversificada.

Entre las medidas propuestas por la Comisión Europea para prolongar adecuadamente una carrera profesional, figura la adaptación del lugar de trabajo y la organización de este, incluida la jornada laboral, la accesibilidad del puesto y las intervenciones específicamente dirigidas a los trabajadores de más edad⁴¹. Sin olvidar que, para hacer frente a las cambiantes capacidades de los trabajadores a causa del envejecimiento, también es importante desarrollar la empleabilidad a lo largo de toda la vida.

Además, son necesarias medidas de reintegración y rehabilitación que permitan que los trabajadores vuelvan al trabajo rápidamente tras un accidente o una enfermedad, a fin de evitar su exclusión permanente del mercado de trabajo.

Por último, resulta obligado mencionar que el *Programa Marco de Investigación e Innovación de la UE para 2014-2020 (Horizon 2020)* ha ofrecido importantes oportunidades de financiación para abordar los retos sociales de salud, cambio demográfico y bienestar, considerando como ámbitos prioritarios aquellos que abordan el envejecimiento y las enfermedades y la mejora del envejecimiento activo y saludable. De hecho, dada la variedad de perfiles de riesgo que surgen debido al envejecimiento de la población activa y el gran número de medidas que se pueden adoptar para hacer frente a estos fenómenos, no sorprende que en los últimos años se haya registrado un gran aumento de los proyectos empresariales relacionados con la

⁴⁰ Planteamiento que también avala la OIT al considerar necesario adoptar políticas y prácticas sólidas en materia de seguridad y salud en el trabajo que inviertan en la seguridad, la salud y el bienestar de los trabajadores durante su vida laboral, para mantenerlos empleados más tiempo y mejorar su bienestar (*vid.* OIT, *op. cit.*, p. 8). En la doctrina, J. GIRÓ MIRANDA (coord.), *Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo*, Universidad de La Rioja, 2006, o Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Envejecimiento activo: política social y derecho*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, n. 160, p. 63 ss.

⁴¹ A través del proyecto piloto sobre la seguridad y la salud de los trabajadores de más edad se pretende buscar las vías para fomentar la salud física y psicológica de esta categoría de trabajadores, ofreciendo ejemplos de buenas prácticas y facilitando el intercambio de información. *Vid.* EU-OSHA, *Proyecto piloto del Parlamento Europeo sobre la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores de más edad*, en osha.europa.eu/es, 5 febrero 2022.

implementación de competencias emergentes, cada vez más solicitadas en los contextos productivos, como el *ageing management* (43%) y el *diversity management* (35%)⁴².

El reto perseguido se presenta sumamente ambicioso, pero no resulta fácil averiguar el tipo de medidas específicas que hayan de ponerse en marcha para un logro eficiente de la prolongación en condiciones saludables de la vida activa. Y lo que es más importante, se echan en falta aspectos más concretos y datos clarificadores en relación con la accesibilidad del puesto o con los umbrales de edad a partir de los cuales habría que incluir a los trabajadores en el colectivo de los de más edad.

3.2. El afrontamiento del reto demográfico por el legislador español

Para hacer posible y viable una auténtica “cultura de la seguridad”⁴³ en el seno de la empresa es preciso apostar por una colaboración activa en la materia, como manifestación expresa en materia de responsabilidad social, que requiere una apuesta mayor por una inversión económica en medios materiales y en procesos formativos, además de otras actuaciones concretas dirigidas a colectivos específicos. Entre estos últimos, resulta obligado parar la atención en las líneas internas de actuación relacionadas con las condiciones de trabajo de los mayores de 55 años, pues resulta habitual extraer importantes conclusiones del incremento de la edad de las personas trabajadoras con incidencia en el terreno de la tutela de la seguridad y salud.

3.2.1. Medidas relacionadas con el tiempo y las condiciones de trabajo

En España, la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo refleja una gran rigidez en los horarios del colectivo de trabajadores de entre 55 y 64 años, lo cual, unido al hecho de que la influencia del trabajo en la salud se acentúa en los mayores de 55 años, obliga a considerar que una mayor flexibilidad en la organización del trabajo permitiría a este colectivo retirarse progresivamente de la población activa reduciendo su jornada laboral y evitando su cese completo. No puede pasarse por alto que las reducciones de jornada pueden tener objetivos más amplios que los de política de

⁴² INAIL, *ICT e lavoro: nuove prospettive di analisi per la salute e la sicurezza sul lavoro*, 2016, p. 16.

⁴³ Sobre esta cuestión *vid.* S. PERÁN QUESADA, *Responsabilidad social de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales*, Comares, 2010, o INSHT, [Eficacia preventiva y responsabilidad social empresarial \(I\)](#), NTP 1.043, 2015.

reparto del empleo, concretamente la mejora de la salud en el medio de trabajo, sirviendo así a dos objetivos no contradictorios.

Desde una perspectiva integrada, el dilema entre cese o prolongación de la actividad admite, al menos, modulaciones en dos criterios.

En primer término, la actividad puede seguir, pero con reducción del tiempo de actividad y como el tiempo de trabajo es, por naturaleza, una condición muy flexible, esa reducción admite diversas fórmulas: jornada a tiempo parcial, semana de cuatro días, aumento de los días de descanso en el ciclo anual, etc.

En segundo lugar, puede cambiar la función o el contenido de la prestación, dando prioridad a la actividad de asesoría y de consejo, de formación de los jóvenes y nuevos empleados, dedicación a tareas relacionadas con la clientela o, en fin, entrando a formar parte de equipos de trabajo con distintos conocimientos y experiencias pues, como se ha afirmado con acierto, «lo que cuenta son las capacidades, no las incapacidades»⁴⁴. En efecto, los problemas de salud relacionados con la edad pueden compensarse con la experiencia y la madurez de los trabajadores de más edad, pues las habilidades y competencias relacionadas con la comunicación organizacional y con las habilidades sociales maduran solo durante la segunda mitad de la vida. El pensamiento estratégico, el espíritu agudo, la consideración, la sabiduría, la capacidad de deliberar, la capacidad de racionalizar, el control de la vida, la percepción global y las habilidades lingüísticas mejoran con la edad⁴⁵.

Desde otro punto de vista, el reparto de trabajo puede intentarse también utilizando el tiempo de trabajo, pero no actuando sobre la jornada, sino sobre el tiempo de trabajo completo de la vida de las personas trabajadoras. Esto puede hacerse imponiendo prohibiciones absolutas en la entrada al trabajo mediante fijación de edades mínimas que cada vez pueden ser más altas y, al mismo tiempo, provocando la salida definitiva del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad con el objeto de favorecer a los de menos. Esta es la técnica de las jubilaciones voluntarias incentivadas y de las forzosas, proscritas en el ordenamiento español por la Ley 3/2012, pero posteriormente revisadas hasta llegar a la configuración actual en que se permite su inclusión convencional a partir de los 68 años, salvo que la cláusula esté prevista en ámbitos negociales con subrepresentación femenina, en cuyo se podrán establecer a una edad inferior.

Como reconocía la *Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las*

⁴⁴ A. FERNÁNDEZ CAVEDA, *El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2008, n. 298, p. 244.

⁴⁵ E. ORDAZ CASTILLO, E. RONDA-PÉREZ, *Salud y condiciones de trabajo en trabajadores mayores*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2015, n. 240, pp. 316-317.

*Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)*⁴⁶, la jubilación parcial anticipada es la única opción que la legislación laboral contempla para que los trabajadores con menos de 65 años flexibilicen su jornada laboral y vayan abandonando de forma gradual y progresiva el mercado de trabajo. Sin embargo, dicha fórmula presenta una serie de dificultades y rigideces para su oportuna articulación jurídica (principalmente la necesaria formalización de un contrato de relevo). Por ello, con la finalidad de dar una respuesta más amplia a la diversidad de situaciones que se producen en el mercado de trabajo, la Estrategia considera pertinente estudiar la viabilidad jurídica, económica y social de establecer en la legislación laboral un derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción proporcional del salario de los trabajadores mayores a partir de una determinada edad, enmarcado en las iniciativas relacionadas con el objetivo de reforzar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad interna en las empresas. Ese estudio se deberá acompañar también del análisis de las medidas de protección social que, en su caso, podrían acompañarla, «sin perjuicio de los pactos o acuerdos que individual o colectivamente puedan establecerse al respecto en el ámbito de cada empresa».

Por otra parte, a nivel empresarial y en el marco de las condiciones de trabajo, se pretenden impulsar medidas dirigidas al desarrollo de:

- a. nuevas competencias⁴⁷ y destrezas en el trabajo, a través de la rotación de tareas o del enriquecimiento del puesto;
- b. programas complementarios encaminados a mantener actualizados los conocimientos técnicos a nivel profesional (cualificaciones de adaptación)⁴⁸;
- c. estrategias organizativas que adapten los ritmos, descansos, turnos y horarios de trabajo a las condiciones físicas del trabajador mayor y medidas que aborden cambios en la actividad.

⁴⁶ Con la pretensión de ser la “hoja de ruta” que oriente la actuación de las Administraciones Públicas respecto a las medidas dirigidas al colectivo de trabajadores de más de 55 años, cumpliendo con el compromiso alcanzado con los agentes sociales en el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011.

⁴⁷ CES, *Competencias profesionales y empleabilidad*, Informe CES, 2015, n. 3, especialmente p. 209 ss., aludiendo a la necesidad de aumentar los niveles de formación permanente.

⁴⁸ Un análisis en profundidad sobre el particular en M.R. MARTÍNEZ BARROSO, D. MEGINO FERNÁNDEZ, *La formación en un mercado laboral tecnificado*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 83 ss., o, de modo más específico y aún inédito cuando se escriben estas líneas, M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *La importancia de las cibercapacidades y su influencia en la empleabilidad*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (dirs.), *Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: Innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi, 2021, p. 167 ss.

3.2.2. Medidas relacionadas con la evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud en el trabajo de los empleados de más edad

De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de la Salud (MSCPS), a partir de los 55 años, la población es más vulnerable a una serie de procesos patológicos directamente relacionados con el propio envejecimiento y las patologías degenerativas consustanciales a aquel y reflejo, además, del efecto acumulado a largo plazo de los estilos de vida poco saludables (alta prevalencia de artropatías degenerativas, hipertensión, etc.). Además, una persona que lleva realizando las mismas funciones durante mucho tiempo genera una monotonía en su desempeño que puede tener consecuencias negativas en su salud.

A partir de tal constatación, resulta necesario explorar vías de actuación como las siguientes:

- a. incidir en la importancia de contemplar en las evaluaciones de riesgo los factores inherentes a la edad y a la antigüedad;
- b. proceder (a partir de los resultados de tal evaluación) a una adecuada planificación de la actividad preventiva⁴⁹, que incluya, con carácter prioritario, un programa adecuado de vigilancia de la salud específica en función de los riesgos y adaptada a la edad del trabajador, en la que se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes factores: movilidad limitada de las articulaciones; disminución de la fuerza; reducción de la capacidad funcional física, de la percepción y de la capacidad para tomar decisiones; reducción de la capacidad visual y auditiva o la ralentización de la capacidad de reacción. La vigilancia de la salud reviste una especial trascendencia no solo a título individual, sino que también puede servir para obtener valiosa información acerca de problemas de salud colectivos ligados al envejecimiento activo y cuestiones análogas, a fin de realizar estudios epidemiológicos y extraer conclusiones sobre situaciones de mayor riesgo.

Dicho “programa de salud” debería comprender, asimismo, actividades formativas e informativas, capaces de incluir, por ejemplo, formación específica a los trabajadores mayores, sobre cómo mantener y promover su

⁴⁹ Al objeto de lograr los objetivos citados, en el marco del diálogo social específico sobre prevención de riesgos laborales, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad – en coordinación con el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo – deberá elaborar un documento con recomendaciones sobre tales aspectos. Hasta la fecha puede verse FOMENT DEL TREBALL NACIONAL, *Guía para el abordaje del Envejecimiento en la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales*, 2013.

propio rendimiento físico y psicológico a través de estrategias acordes a las exigencias del trabajo (gestión del estrés, prevención del agotamiento) e información sobre cómo conseguir un buen mantenimiento físico, básicamente a través de la promoción de hábitos de vida saludable (nutrición o recomendación de prácticas deportivas)⁵⁰.

Dichas evaluaciones de riesgos y la planificación y programación de la actividad preventiva consecuencia de la misma deben tener en cuenta, asimismo, los riesgos específicos que afecten a las mujeres de más edad.

En esta línea de planteamiento, centrado en la adaptación y la adecuación y en medidas de organización del trabajo cabría acudir también a la aplicación de la correa reguladora contenida en el art. 25 LPRL, dedicado a los trabajadores especialmente sensibles, en cuya formulación genérica y referida a características personales o estado biológico conocido, podría venir incluida sin demasiadas dificultades la edad o los efectos propios del envejecimiento. Las condiciones subjetivas de cada trabajador, el tipo de trabajo y las condiciones de realización serán las variables que permitirán, en cada supuesto, determinar si es necesario tomar medidas de prevención específicas⁵¹.

3.2.3. Movilidad funcional por razones de seguridad y salud en el trabajo

Las capacidades cambian con la edad, en especial, en un entorno de trabajo que exija esfuerzo físico, por lo cual la concentración de la experiencia o la tendencia a la especialización en un campo abstracto hace más vulnerables a las personas trabajadoras. De ahí que, desde el punto de vista de la optimización de la gestión de los recursos humanos, resulte fundamental el dominio práctico de diferentes tareas o puestos de trabajo, pues ello permitirá una rotación y adaptación interna, con el fin de conciliar las necesidades de la actividad con las posibilidades de las personas. Los jóvenes viven ya en un entorno de trabajo que cultiva la flexibilidad, por tanto, cuando sean mayores tendrán más capacidad de cambio o adaptación que los empleados actuales, quienes en un grandísimo número de casos han

⁵⁰ Promoción del bienestar en el trabajo o mejora permanente de la calidad del medio ambiente de trabajo, que ha quedado relegada en los retos de la Unión, frente a planteamientos de textos anteriores, por ejemplo, en el documento de la OIT, *op. cit.*, p. 14.

⁵¹ Sobre el particular, por todos, J.L. GOÑI SEIN, B. SANZ DE GALDEANO, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, 2015, p. 73.

basado su carrera profesional en la especialización⁵².

A su vez, conviene recordar que la finalidad primordial de la movilidad funcional es la búsqueda permanente de la mejor adecuación entre el puesto de trabajo y las aptitudes profesionales de la persona trabajadora. Por ello, para evitar la incapacidad o el bajo rendimiento del “trabajador de edad”, esta vía, que entra en el concepto más amplio de flexibilidad interna o flexibilidad organizativa, incluye no sólo las medidas de movilidad personal interna sino, en sentido amplio, el rediseño de las tareas y funciones para buscar el mejor acomodo o el puesto de trabajo más acorde con las aptitudes⁵³.

Por medio de la adaptación de las condiciones de trabajo se protege la capacidad, se previene la pérdida de salud y se facilita la autonomía personal y, en este sentido, la formación incide directamente sobre la prestación en sí, las funciones y las tareas que se desempeñan. En otros términos, el cambio de condiciones de trabajo afecta a la periferia de la prestación laboral y remite a lo que puede denominarse “calidad de vida laboral”.

Si de la evaluación de riesgos se concluyera, a pesar de llevar a cabo todas las medidas reflejadas en el apartado anterior, que la edad pudiera comenzar a ser un hándicap para que el trabajador desempeñe determinados puestos de trabajo, deberán plantearse todas las opciones posibles, antes de su salida del mercado de trabajo. Entre ellas, como medida preventiva, la posibilidad de aplicar alternativas de flexibilidad interna en la empresa, incluyendo el cambio de puesto de trabajo, junto con otras estrategias que, desde un enfoque integral, estén dirigidas a la adaptación del puesto con el fin de garantizar la seguridad y salud del empleado.

3.2.4. Medidas en el marco de la investigación encaminadas a la protección social. En especial, la jubilación anticipada derivada de trabajo penoso

La norma programática dirigida a los mayores de 55 años ya ponía de manifiesto la oportunidad de que el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) – actual Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSSST) – realizase investigaciones específicas en materia de condiciones de trabajo y salud de los trabajadores mayores que

⁵² Considerando que los trabajadores de edad han vivido una cultura laboral en la que el cambio se identificaba con “nomadismo” y este con inseguridad, en parte motivado por las actitudes sindicales y por las barreras a la movilidad geográfica, A. FERNÁNDEZ CAVEDA, *op. cit.*, p. 253.

⁵³ *Ibidem*, p. 246.

permitan detectar perfiles de morbilidad asociados con la edad y ayuden al diseño de intervenciones concretas, así como la realización de estudios epidemiológicos que determinen aquellas ocupaciones potencialmente más peligrosas en función de la siniestralidad y definan el impacto que, sobre la misma, ejerce la edad. Los resultados obtenidos a partir de los citados estudios deberán servir como elemento de análisis y discusión en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, con vistas a proponer estrategias que garanticen la seguridad y salud de estos colectivos más vulnerables.

Por último, y dado el caso, será la Secretaría de Estado de la Seguridad Social quién analice y determine otras medidas que contemplan la posibilidad de que los trabajadores que realicen determinadas actividades que supongan un riesgo para su seguridad y salud, puedan acceder de forma anticipada a la jubilación, mediante la aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación.

Arraigado en la tradición histórica, el legislador contempla la posibilidad de permitir al Gobierno que, al amparo de una previsión legal (art. 206 TRLGSS) y con elevada discrecionalidad, rebaje la edad ordinaria para diferentes colectivos de trabajadores (ferroviarios, mineros, personal de vuelo, bomberos⁵⁴, miembros del Cuerpo de la Ertzaintza...). A tales colectivos se les aplican los denominados “coeficientes reductores” sobre la edad (variables según sectores, pero comprendidos siempre entre una horquilla del 0,05 y el 0,50) o directamente se fija una edad inferior – 55 o 60⁵⁵ años –, como ocurre en el caso de artistas y profesionales taurinos⁵⁶, si

⁵⁴ El RD 383/2008, de 14 de marzo, establece el pertinente coeficiente reductor de la edad de jubilación a favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, financiado con un tipo de cotización adicional. Sobre el particular *vid.* F. VALDÉS DAL-RE, *Reducciones de la edad de jubilación ordinaria (I): a propósito del establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los bomberos de las Administraciones públicas y organismos públicos*, en *Relaciones Laborales*, 2009, n. 2, p. 43 ss.

⁵⁵ En concreto, para aquellos encuadrados en las categorías de cantantes, bailarines y trapezistas, que podrán jubilarse a partir de los 60 años de edad sin ser penalizados por ningún coeficiente reductor de la cuantía de la pensión, siempre y cuando cumplan el requisito de haber trabajado en alguna de estas especialidades durante un mínimo de 8 años durante los 21 anteriores al hecho causante (art. 11.2, RD 2621/1986).

⁵⁶ 60 años, para los puntilleros y 55 años para los demás profesionales taurinos, excepto los mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes, a quienes se aplica la edad ordinaria de jubilación, si bien se les permite el acceso a la jubilación anticipada con reducción de la pensión en los términos ordinarios. Sin embargo, los cánones anteriores no actúan de manera automática; por el contrario, existe un requisito adicional a cumplir. Y es que, a efectos de poder acceder a la situación de jubilación con carácter previo a la edad ordinaria «será necesario que los profesionales taurinos acrediten haber actuado en los siguientes espectáculos taurinos de acuerdo a su categoría profesional: a) matadores de toros,

bien el hecho de establecerse la reducción de edad de jubilación en tales supuestos no debiera suponer necesariamente la jubilación en todos los casos, pues en gran medida el factor determinante es el nivel de deterioro de las condiciones artísticas y este no se da por igual ni en todos los profesionales ni en todas las profesiones que la contemplan⁵⁷.

Por su parte, el art. 26.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, también dispone que, en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan⁵⁸, los autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena.

La justificación en el carácter penoso, difícil, peligroso e insalubre de algunas ocupaciones resulta, sin embargo, menos convincente de lo que pudiera parecer a primera vista. Las distinciones establecidas derivan de categorías amplias de cotizantes, caracterizadas más bien por la naturaleza de la actividad (trabajadores de la minería, marina mercante o industrias energéticas, etc.) que por la índole del trabajo desarrollado; y, sin duda, dentro de dichas categorías se encuentran grandes diferencias entre las condiciones de trabajo reales de los empleados (pues en la minería, por ejemplo, junto a los duros trabajos de interior, desarrollan su actividad los mecánicos de superficie y el personal administrativo, cuyas condiciones de trabajo no son claramente diferentes de las existentes en los demás sectores

rejoneadores y novilleros, 150 festejos [...] b) banderilleros, picadores y toreros cómicos, 200 festejos [...] c) puntilleros, mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes, 250 festejos» (art. 18.3, RD 2621/1986). No obstante, como bien afirma la doctrina, lo cabal sería entender que no bastaría con justificar la participación en una cantidad mínima de espectáculos, sino que convendría también certificar haber cotizado por los mismos. *Vid.* D. MEGINO FERNÁNDEZ, *Algunas incorporaciones expresas al Régimen General de la Seguridad Social. Venturas y desventuras de los deportistas por cuenta ajena, los profesionales taurinos y el personal funcionario al servicio de la Administración local*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, M.R. MARTÍNEZ BARROSO (dirs.), *Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Aranzadi, 2011, pp. 524-525.

⁵⁷ F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, *Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, n. 100, p. 203.

⁵⁸ Con la aprobación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, se viene a regular el procedimiento que debe observarse para rebajar la edad de jubilación de nuevos colectivos o en sectores o actividades (en las escalas, categorías o especialidades correspondientes) que actualmente no gozan de tal reducción de la edad de jubilación, pero sin afectar a los trabajadores que ya la tengan establecida, si bien tales colectivos también podrán solicitar la modificación de sus coeficientes reductores, a través del procedimiento general establecido en dicha norma, con el pertinente “recargo en la cotización”.

económicos)⁵⁹.

Esta incontestable realidad puede llevar a encuadrar estas excepciones no en el seguro de vejez sino en el de incapacidad para trabajar⁶⁰ a partir del siguiente silogismo: si por la naturaleza penosa del trabajo, por la débil salud del interesado o por la combinación de ambas circunstancias, el estado físico y/o psíquico del trabajador se ha deteriorado de tal modo que no puede continuar trabajando hasta la edad normal o el número de años exigidos para la jubilación, tendrá derecho a una pensión de incapacidad permanente. Esta será, en la mayor parte de los casos, tan ventajosa – y en algunos más – que la propia pensión de jubilación, teniendo en cuenta, además, que el período indemnizado bajo este régimen será asimilado, por lo general, a un período de trabajo para el cálculo del importe de la pensión de jubilación.

Al margen de esta propuesta *de lege ferenda*, el art. 206 TRLGSS establece un límite de edad absoluto para el acceso a la pensión, que se sitúa en los 52 años, a la vez que establece que tales coeficientes «en ningún caso se tendrán en cuenta para el acceso a la jubilación anticipada en ninguna de sus modalidades»; medida que, en definitiva, pretende racionalizar la utilización de coeficientes en actividades especialmente penosas ante su aplicación a los nuevos colectivos de trabajadores que lo están reclamando⁶¹.

El establecimiento de nuevos coeficientes reductores o, en su caso, la anticipación de la edad para acceder a la jubilación se llevará cabo respecto a actividades que necesariamente han de hallarse comprendidas en cualquiera de las siguientes⁶²:

1. actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuyo ejercicio implique el sometimiento a un excepcional índice de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad y en las que se hayan comprobado unos elevados índices de morbilidad o mortalidad o la incidencia de enfermedades profesionales;
2. actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuya realización, en función de los requerimientos físicos o psíquicos exigidos

⁵⁹ Un análisis reciente en M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *El Régimen Especial de la Minería del Carbón*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2017, p. 667 ss.

⁶⁰ Propuesta avalada hace ya casi tres décadas por el CONSEJO DE EUROPA, *La flexibilidad de la edad de jubilación*, en AA.VV., *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, MTSS, 1992, p. 57.

⁶¹ S. BANGUESES, *Valoración del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*, en CC.OO., *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social. Valoración de CC.OO. y cuadro comparativo*, Cuaderno de Información Sindical, 2006, n. 68.

⁶² Un mayor desarrollo en M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Aranzadi, 2018, p. 472 ss.

para su desempeño, resulten de excepcional penosidad y experimenten un incremento notable del índice de siniestralidad a partir de una determinada edad, conformado por el índice de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales.

En este sentido, cabe llamar la atención sobre el hecho de que una actividad altamente feminizada y particularmente rigurosa respecto a las habilidades físicas que requiere, como es la del personal de limpieza o del especializado en cuidados a la dependencia, no tenga hasta la fecha establecida la jubilación anticipada por penosidad, que se ha centrado en sectores típicamente masculinizados, lo que tiene un efecto perpetuador de desigualdades por razón de género particularmente peligroso en el ámbito de la protección social⁶³.

No obstante, la jubilación a una edad ordinaria reducida no puede constituir el principal o único instrumento de adaptación de los trabajos especialmente penosos o insalubres y, menos aún, a coste cero. Como con acierto ha precisado la doctrina⁶⁴, se hace necesario un replanteamiento de la figura, donde se potencie el mantenimiento de la actividad en puesto de trabajo compatible con las características y condiciones del trabajador, donde podría adquirir especial protagonismo la figura de la jubilación parcial.

4. En especial, los retos de las personas mayores frente a la sociedad digital

La tecnología debe avanzar dentro de un permanente proceso de humanización para reorientar y encauzar los distintos progresos que ofrece la transformación digital de las relaciones laborales con el propósito de preservar el difícil equilibrio entre los derechos de la persona trabajadora y de la empresa. Las escasas certezas que aporta el exiguo marco jurídico español sobre prevención de riesgos en el trabajo a distancia en general, y en el teletrabajo en particular, presagian un incremento de la conflictividad laboral que habrá de ser resuelta, en último extremo, por la jurisdicción

⁶³ M.A. BALLESTER PASTOR, *Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico*, en *Temas Laborales*, 2011, n. 112, p. 74.

⁶⁴ J.L. TORTUERO PLAZA, *La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales*, en J. CABEZA PEREIRO, M.A. BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2011, p. 164, quien considera necesaria la valoración de los costes de la anticipación de la jubilación, así como su imputación, que debe formar parte de los costes de producción y en ningún caso penalizar al trabajador.

social. Y en este sentido, el [Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre Digitalización](#), apunta hacia un impulso de la regulación del proceso de desconexión digital y los distintos procedimientos especiales a través de la negociación colectiva (que deberá incidir de un modo progresivo en el asunto), por lo cual el texto final de la directiva europea sobre desconexión deberá estar condicionado por el grado de penetración del derecho en los convenios colectivos. En definitiva, existe una relación indisociable entre revolución tecnológica y norma laboral, y ya nadie cuestiona aspectos como que la digitalización de la economía proporciona grandes oportunidades y flexibilidad a las relaciones laborales. Por ello es imprescindible realizar una labor de humanización de la tecnología para que sea esta la que se ponga a disposición del individuo y no al revés. Para ello, paralelamente a los esfuerzos inversores que se han realizado ya, y que deberán seguir haciéndose, para garantizar la conexión digital en cualquier ámbito territorial, resulta imprescindible detectar y prevenir los riesgos emergentes que genera la hiperconectividad (fundamentalmente tecnoestrés o fatiga informática), y evitar sus efectos perniciosos sobre la salud y la seguridad de las personas trabajadoras, pues solo así será posible ofrecer una respuesta adecuada a los retos a los que se enfrenta la sociedad del siglo XXI⁶⁵. Y en esta labor, la negociación colectiva tendrá que desplegar todo su potencial, no solo en las grandes corporaciones sino también en la pequeña y mediana empresa, para disponer de un adecuado marco que garantice la utilización segura de la tecnología, sin dar opción a presunciones de cumplimiento de la obligación de efectuar la evaluación de tales riesgos emergentes⁶⁶. Y no cabe duda de que frente a tales riesgos emergentes merecen una protección específica las personas mayores.

Numerosos estudios indican que la participación en el trabajo cambia con

⁶⁵ Entre la numerosa bibliografía existente al respecto procede dar cuenta, entre otros, de los siguientes estudios: F. DE VICENTE PACHÉS, *Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 121, p. 29 ss.; F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Trabajo a distancia: Cuestiones pendientes y propuestas de mejora: el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, n. 58; F. LOUSADA AROCHENA, *Prevención de Riesgos en el Trabajo a Distancia*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 14; L. MELLA MÉNDEZ, *Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (coords.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021, p. 173 ss., o D. MONTOYA MEDINA, *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2021, n. 243, p. 35 ss.

⁶⁶ C. MOLINA NAVARRETE, *La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra. 1, p. 5 ss.

la edad⁶⁷ debido a un declive de las funciones sensoriales, orgánicas y cognitivas, que se acompaña de un deterioro del sistema musculoesquelético y un aumento de la tasa de incidencia de enfermedades como las cardiovasculares, respiratorias, y trastornos hormonales y metabólicos. Buena parte de la doctrina científica ha destacado también una incidencia generalizada y creciente de las enfermedades crónicas en este segmento de la población⁶⁸, que cada vez más estará sujeta a limitaciones en las funciones laborales y a mayores tasas de absentismo. Las consecuencias de estas patologías, que pueden dejar también secuelas de incapacidad laboral, se reflejan no solo en el rendimiento laboral del enfermo, sino también en sus familias y en el sistema social, con especial referencia a la sostenibilidad de la salud y el Estado de bienestar.

Además, la prolongación de la vida laboral también conlleva un mayor riesgo de desarrollar tecnopatías provocadas por la exposición a sustancias nocivas, ya que el tiempo de exposición se extiende cada vez más. Este fenómeno plantea problemas de seguridad, ya que las competencias de los trabajadores de más edad son, estadísticamente, las más alejadas de la capacidad de gestionar la innovación de la organización del trabajo *in fieri*, dominada por una completa interconexión entre el hombre y las máquinas. En consecuencia, las personas trabajadoras de más edad, ya de por sí más vulnerables desde el punto de vista psicofísico que sus colegas más jóvenes, estarán más expuestos al riesgo de accidente debido a su escasa capacidad para gestionar las nuevas tecnologías, cada vez más omnipresentes en los

⁶⁷ Entre otros, C. CARRERO DOMÍNGUEZ, A. MORENO MÁRQUEZ, *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, 2009, p. 307 ss.; M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, *Envejecimiento y prevención de riesgos laborales*, en *Lan Harremanak*, 2011, n. 24, p. 17 ss.; R. FERNÁNDEZ GARCÍA, *El incremento de la edad de jubilación y la prevención de riesgos laborales*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2012, n. 98, p. 38 ss., o J.I. GARCÍA NINET, J. BARCELÓ FERNÁNDEZ, *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*, CEOE, 2015.

⁶⁸ En tanto inciden e impactan tanto en la competitividad de las empresas y los sistemas económicos nacionales como en las carreras y trayectorias profesionales de los trabajadores individuales. *Vid.* M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutela delle persone con malattie croniche*, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, n. 3, pp. 683-684, quien propone inversiones en la salud y bienestar de las personas y de la población económicamente activa mediante el uso, por ejemplo, de “programas holísticos” a la vez que propugna la presencia de profesionales en las empresas con las capacidades necesarias para comprender y manejar los problemas del regreso a las empresas y al mercado laboral de los enfermos crónicos (desde episodios de acoso a bloqueos psicológicos e inseguridades por parte de los propios trabajadores). En la doctrina española, por todos, D. MONTOYA MEDINA, *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos*, Bomarzo, 2020.

entornos de producción⁶⁹.

Este riesgo debería prevenirse adecuadamente en el ámbito de la gestión de los recursos humanos, de la organización del trabajo y de la asignación de las tareas, a través de una formación profesional específica para los trabajadores de más edad, para que adquieran las competencias necesarias (incluso antes que para controlar los nuevos instrumentos interconectados) para operar en entornos en que estos últimos estén presentes y, por otra parte, deberían recibir también una adecuada formación e información sobre la seguridad y salud, con respecto al mayor riesgo al que los expone el factor de la edad, en términos de posible aparición de trastornos musculoesqueléticos, enfermedades crónicas, deficiencias cognitivas o sensoriales (pérdida auditiva o disminución de la capacidad visual).

Y ello sin olvidar otro elemento problemático de naturaleza cultural, inherente a las relaciones laborales y que puede penalizar a los trabajadores mayores, cual es la difusión generalizada de estereotipos negativos relacionados con la edad en sectores relacionados con las finanzas, seguros, venta minorista e informática/*computing*⁷⁰, tales como un desempeño laboral más bajo que el de los jóvenes, motivación más reducida, mayor resistencia al cambio, o difícil capacitación debido a su menor propensión a aprender, lo cual les perjudica tanto en entrevistas de trabajo, como en evaluaciones de desempeño así como a la hora de encontrar trabajo, obtener promociones, etc.

En la vertiente contraria, tampoco puede desconocerse que ciertas soluciones tecnológicas ofrecidas por la Industria 4.0 pueden servir de ayuda de los trabajadores de más edad por su capacidad de ofrecer a los mismos oportunidades de *empowerment* personal y social (por ejemplo, la expansión de contactos y relaciones con hijos, amigos y familiares)⁷¹. Se trata, en particular, de la tecnología portátil y de los exoesqueletos, a la vez que el uso de la realidad virtual y de la realidad aumentada en la fase de formación constituye un instrumento tremendamente útil para el

⁶⁹ De hecho, como ha reconocido con acierto la doctrina, estos podrían no estar tan preparados como los más jóvenes para las nuevas realidades tecnológicas, en continua evolución, tanto por la formación escolar y universitaria recibida como, simplemente, por una cuestión de “familiaridad generacional incomparable” con las nuevas tecnologías. *Vid.* L. SERRANI, M. TIRABOSCHI (eds.), [*El sistema de protección social y prevención de riesgos laborales frente a la IV Revolución Industrial*](#), ADAPT University Press, 2021, p. 29.

⁷⁰ R.A. POSTHUMA, M.A. CAMPION, *Age Stereotypes in the Workplace: Common Stereotypes, Moderators, and Future Research Directions*, en *Journal of Management*, 2009, vol. 35, n. 1, p. 160 ss.

⁷¹ S. CARLO, *Giovani anziani e ICT: tra rischi di isolamento e opportunità di invecchiamento attivo*, en *Sociologia e Politiche Sociali*, 2014, n. 3, p. 90.

colectivo⁷². Por su parte, diversos productos y servicios innovadores en el ámbito de las TIC (por ejemplo, el “trabajo” asistido por el entorno) ofrecen una amplia gama de posibilidades de mejora de la empleabilidad⁷³.

5. Reflexiones finales

Las reflexiones previas han servido para poner de manifiesto la enorme vinculación de la prevención de riesgos con el propio cambio demográfico y la prolongación de la vida laboral, pues evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral resulta clave para que puedan trabajar más tiempo, contribuyendo, de este modo, a combatir los efectos a largo plazo del envejecimiento de la población.

A menudo se afirma que la mayor edad suele propiciar una pérdida de determinadas capacidades psicofísicas, un incremento de la siniestralidad laboral, una mayor incidencia de enfermedades crónicas o la prolongación de las bajas laborales. Circunstancias todas ellas capaces de plantear la necesidad de incluir junto a otros factores como el género, sobre el que existe un alto grado de consenso, la variable de la edad en las políticas preventivas, a fin de lograr la adaptación de las medidas preventivas y la cobertura de las necesidades del colectivo.

Si se compara el planteamiento y el contenido del *Marco Estratégico 2014-2020* con las dos Estrategias anteriores cabe apreciar un retroceso de los aspectos sociales, un menor reflejo de la preocupación por la mejora del bienestar en el trabajo y una acusada tendencia a un incremento del desvelo por el problema de los costes económicos, la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y por los posibles problemas de seguridad y salud derivados de la prolongación de la vida activa. Obviamente, la mejora de las condiciones de seguridad y salud puede repercutir positivamente y suponer un ahorro de costes, relevante en el terreno de la Seguridad Social, pero aun cuando el objetivo de “sostenibilidad” del sistema sea crucial desde un punto de vista financiero, no debe subordinar ni condicionar las decisiones en el terreno de la seguridad y salud, pues la trascendencia de los bienes

⁷² L. SERRANI, M. TIRABOSCHI (eds.), *op. cit.*, pp. 30-31.

⁷³ Programa conjunto *Ambient Assisted Living* (AAL o vida cotidiana asistida por el entorno) que contribuye a resolver el problema del envejecimiento de la mano de obra. Al respecto vid. la Decisión n. 554/2014/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2014 relativa a la participación de la Unión en el Programa de investigación y desarrollo “vida cotidiana asistida y activa”, emprendido conjuntamente por varios Estados miembros.

jurídicos en juego (susceptibles de tutela a través del acervo comunitario y nacional) le hace merecedor de una tutela propia, que debe mantenerse al margen de intereses ajenos y de decisiones propias de otros campos de actuación.

6. Bibliografía

AGRA VIFORCOS B. (dir.) (2017), *Empleos verdes y Prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch

AISS (2011), [*El rendimiento de la prevención: Cálculo de los costos y beneficios de las inversiones en la seguridad y salud en el trabajo en las empresas. Resumen de los resultados*](#)

ALEMÁN PÁEZ F. (2017), *El derecho de desconexión digital*, en *Trabajo y Derecho*, n. 30

APARICIO TOVAR J. (2016), *Derecho a la asistencia sanitaria*, en AA.VV., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum

ARRUGA SEGURA M.C. (2021), *Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 15

BALLESTER PASTOR M.A. (2011), *Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico*, en *Temas Laborales*, n. 112

BANGUESES S. (2006), *Valoración del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*, en CC.OO., [*Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social. Valoración de CC.OO. y cuadro comparativo*](#), Cuaderno de Información Sindical, n. 68

BRADBROOK S., DUCKWORTH M., ELLWOOD P., MIEDZINSKI M., RAVETZ J., REYNOLDS J. (2013), [*Green Jobs and occupational safety and health: Foresight on new and emerging risk associated with new technologies by 2020*](#), EU-OSHA Report

CARDENAL CARRO M., HIERRO HIERRO F.J. (2007), *Un paso más en la lucha frente a la siniestralidad laboral: cuestiones prácticas sobre la colaboración entre las distintas Administraciones*, en *Aranzadi Social*, n. 13

CARLO S. (2014), *Giovani anziani e ICT: tra rischi di isolamento e opportunità di invecchiamento attivo*, en *Sociologia e Politiche Sociali*, n. 3

CARRERO DOMÍNGUEZ C., MORENO MÁRQUEZ A. (2009), *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova

CES (2015), *Competencias profesionales y empleabilidad*, Informe CES, n. 3

CONSEJO DE EUROPA (1992), *La flexibilidad de la edad de jubilación*, en AA.VV., *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, MTSS

- DE VICENTE PACHÉS F. (2020), *Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo*, en *Documentación Laboral*, n. 121
- EU-OSHA (2022), [*Proyecto piloto del Parlamento Europeo sobre la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores de más edad*](#), en osha.europa.eu/es, 5 febrero
- EU-OSHA (2003), [*Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral en la práctica*](#)
- EUROPEAN COMMISSION (2011), [*Socio-economic costs of accidents at work and work-related ill health. Key messages and case studies*](#)
- FERNÁNDEZ CAVEDA A. (2008), *El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 298
- FERNÁNDEZ GARCÍA R. (2012), *El incremento de la edad de jubilación y la prevención de riesgos laborales*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 98
- FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2021), *Trabajo a distancia: Cuestiones pendientes y propuestas de mejora: el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 58
- FOMENT DEL TREBALL NACIONAL (2013), *Guía para el abordaje del Envejecimiento en la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales*
- GARCÍA GONZÁLEZ G. (2017), *El marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo: lagunas, imperfecciones y propuestas de reforma (II)*, en *Trabajo y Derecho*, n. 30
- GARCÍA GONZÁLEZ G. (2017), *El marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo: lagunas, imperfecciones y propuestas de reforma (I)*, en *Trabajo y Derecho*, n. 29
- GARCÍA MURCIA J. (2016), *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 396
- GARCÍA MURCIA J. (2010), *Mujer y salud en el trabajo: algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad*, en AA.VV., *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, La Ley
- GARCÍA NINET J.I., BARCELÓ FERNÁNDEZ J. (2015), *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*, CEOE
- GINÈS I FABRELLAS A. (coord.) (2021), *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Aranzadi
- GIRÓ MIRANDA J. (coord.) (2006), *Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo*, Universidad de La Rioja
- GOÑI SEIN J.L., SANZ DE GALDEANO B. (2015), *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi
- GUNDÍN SANCENA F.A. (2013), *Economía irregular y trabajo no declarado: impacto sobre la salud y condiciones de trabajo*, en M.I. RAMOS QUINTANA (dir.), *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*, Bomarzo

IGARTUA MIRÓ M.T. (2019), *El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 432

IGARTUA MIRÓ M.T. (2015), *Hacia un enfoque más economicista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo. Reflexiones críticas a la luz del marco estratégico 2014-2020*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 383

ILMARINEN J. (2012), *Promoción del envejecimiento activo en el trabajo*, EU-OSHA

INAIL (2016), *ICT e lavoro: nuove prospettive di analisi per la salute e la sicurezza sul lavoro*

INSHT (2015), *Eficacia preventiva y responsabilidad social empresarial (I)*, NTP 1.043

LÓPEZ RUBIA M.E. (2013), *La aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en las PYMEs: últimas modificaciones normativas*, en *Lan Harremanak*, n. 28

LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ M.P. (2008), *Las estrategias comunitaria y española de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)*, en *Información Laboral – Legislación y Convenios Colectivos*, n. 12

LOUSADA AROCHENA F. (2021), *Prevención de Riesgos en el Trabajo a Distancia*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 14

LOUSADA AROCHENA J.F. (2016), *La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal*, Bomarzo

MARTÍNEZ BARROSO M.R. (2016), *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Bomarzo

MARTÍNEZ BARROSO M.R. (2021), *La importancia de las cibercapacidades y su influencia en la empleabilidad*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (dirs.), *Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: Innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi

MARTÍNEZ BARROSO M.R. (2020), *La exposición al amianto y sus daños colaterales*, en AA.VV., *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, tomo I

MARTÍNEZ BARROSO M.R. (2018), *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Aranzadi

MARTÍNEZ BARROSO M.R. (2017), *El Régimen Especial de la Minería del Carbón*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum

MARTÍNEZ BARROSO M.R., MEGINO FERNÁNDEZ D. (2021), *La formación en un mercado laboral tecnificado*, Tirant lo Blanch

MARTÍNEZ ÍÑIGO D., DOMÍNGUEZ BILBAO R., BAUTISTA PEÑA A. (2015), *Guía. 20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a Examen. Valoración de los Delegados de Prevención de Riesgos Laborales de UGT*, UGT-CEC

- MEGINO FERNÁNDEZ D. (2011), *Algunas incorporaciones expresas al Régimen General de la Seguridad Social. Venturas y desventuras de los deportistas por cuenta ajena, los profesionales taurinos y el personal funcionario al servicio de la Administración local*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, M.R. MARTÍNEZ BARROSO (dirs.), *Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Aranzadi
- MELLA MÉNDEZ L. (2021), *Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (coords.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi
- MERCADER UGUINA J.R. (2015), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después*, en *Información Laboral*, n. 8
- MIÑARRO YANINI M., MOLINA NAVARRETE C. (2015), *La LPRL desde una perspectiva jurídica*, en AA.VV., *20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Análisis multidisciplinar de la implantación de la LPRL a lo largo de estos 20 años*, UGT-CEC
- MOLINA NAVARRETE C. (2019), *La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. extra. 1
- MOLINA NAVARRETE C. (2015), *Dos décadas de Ley, ¿veinte años de prevención de riesgos laborales?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 392
- MOLINA NAVARRETE C. (2013), *La dimensión socio-laboral del pretendido – ¿o pretencioso? – nuevo “estatuto promocional del emprendedor”*, en AA.VV., *Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Análisis de los ámbitos educativo, mercantil, tributario y laboral*, CEF
- MONEREO PÉREZ J.L. (2015), *La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: prevención versus reparación*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 3
- MONTOYA MEDINA D. (2021), *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 243
- MONTOYA MEDINA D. (2020), *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos*, Bomarzo
- OIT (2010), [Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación](#)
- ONTSI (2021), [Informe de digitalización de las PYMEs 2021. Una visión por sectores](#), Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital
- ORDAZ CASTILLO E., RONDA-PÉREZ E. (2015), *Salud y condiciones de trabajo en trabajadores mayores*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, n. 240

PEDROSA ALQUÉZAR S.I. (2006), *Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica*, en M. CORREA CARRASCO (coord.), *Acoso moral en el trabajo, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi

PERÁN QUESADA S. (2010), *Responsabilidad social de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales*, Comares

POSTHUMA R.A., CAMPION M.A. (2009), *Age Stereotypes in the Workplace: Common Stereotypes, Moderators, and Future Research Directions*, en *Journal of Management*, vol. 35, n. 1

RODRÍGUEZ CASÁS R. (2017), *Incapacidades laborales y nuevas tecnologías*, en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2021), *Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores*”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 2

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2016), *La falta de adaptación al puesto de trabajo como factor de riesgo: incidencia de las nuevas tecnologías*, en H. ÁLVAREZ CUESTA (dir.), *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, Reus

ROGERS K.A., CHAPPELL D. (2004), *Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo*, MTAS

SALAS PORRAS M. (2017), *Retos y propuestas para implementar la seguridad y salud laboral en las empresas de tamaño micro, pequeño y mediano. Análisis desde la perspectiva jurídica europea y española*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 407

SAN MARTÍN MAZZUCCONI C. (2009), *La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 84

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y. (2013), *Envejecimiento activo: política social y derecho*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 160

SANZ ALBERT F. (2013), *Estudio sobre riesgos laborales emergentes en el sector de la Construcción*, INSHT

SEGADO RODRÍGUEZ P. (2016), *El Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 a los dos años de su aprobación*, en *Trabajo y Derecho*, n. 18

SERRANI L., TIRABOSCHI M. (eds.), [*El sistema de protección social y prevención de riesgos laborales frente a la IV Revolución Industrial*](#), ADAPT University Press, 2021

TIRABOSCHI M. (2015), *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3

TOPIC CENTRE OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (2013), [*New risks and trends in the safety and health of women at work. European Risk Observatory Literature review*](#), EU-OSHA

- TOROLLO GONZÁLEZ F.J. (2000), *Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100
- TORTUERO PLAZA J.L. (2011), *La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales*, en J. CABEZA PEREIRO, M.A. BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi
- TRUJILLO PONS F. (2020), *La conectividad constante del “trabajo en remoto” desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 11
- TUDELA CAMBRONERO G. (2013), *La protección de la seguridad y salud en España: balance y perspectivas*, en M.I. RAMOS QUINTANA (dir.), *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*, Bomarzo
- UGT (2016), [UGT valora la Ley de Prevención de Riesgos Laborales pero la considera aún insuficiente](http://www.ugt.es), en www.ugt.es, 10 febrero
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA M. (2011), *Envejecimiento y prevención de riesgos laborales*, en *Lan Harremanak*, n. 24
- VALDÉS DAL-RÉ F. (2009), *Reducciones de la edad de jubilación ordinaria (I): a propósito del establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los bomberos de las Administraciones públicas y organismos públicos*, en *Relaciones Laborales*, n. 2
- VALLECILLO GÁMEZ M.R. (2017), *El derecho a la desconexión digital: ¿Novedad digital o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 408
- VALLECILLO GÁMEZ M.R., VALLECILLO GÁMEZ O. (2010), *La promoción de la salud y el bienestar en los ambientes de trabajo: a propósito del “Pacto europeo por la salud mental y el bienestar”*, en *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y Bienestar en el Trabajo*, n. 2
- VEGA RUIZ M.L. (2013), [Garantizando la Gobernanza: Los Sistemas de Inspección de Trabajo en el Mundo. Tendencias y Retos. Un Enfoque Comparado](http://www.oit.org), OIT

Normativa Europea

- COMISIÓN EUROPEA (2012), [Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles](http://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/COM(2012)55), 16 febrero, COM(2012)55 final
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación](http://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/COM(2021)323), 28 junio 2021, COM(2021)323 final

Páginas web

OiRA: <https://oiraproject.eu/es>

El impacto del teletrabajo en la salud de las personas trabajadoras*

Arturo MONTESDEOCA SUÁREZ**

RESUMEN: En el presente artículo se pretende abordar la expansión del teletrabajo como acelerante en la aparición de nuevos riesgos psicosociales ligados a la digitalización. En este sentido, se principia con el tránsito del estrés al tecnoestrés para posteriormente analizar la Ley 10/2021 en relación con las previsiones específicas que plantea entre el teletrabajo y prevención de riesgos laborales. Y, por último, se pretende poner de relieve el papel que el nuevo Marco Estratégico Europeo sobre salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 plantea al respecto y las propuestas que se formulan desde las instituciones comunitarias en este sentido que marcan la hoja de ruta a seguir en el próximo quinquenio.

Palabras clave: Teletrabajo, trabajo digital, riesgos psicosociales, tecnopatologías, desconexión digital.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La expansión del teletrabajo como acelerante en la aparición de nuevos riesgos psicosociales ligados a la digitalización como la falta de desconexión digital. 3. Del estrés al tecnoestrés como tecnopatología asociada al teletrabajo. 4. Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: previsiones específicas en la Ley 10/2021. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Este trabajo es fruto de la comunicación presentada al Congreso Internacional *El trabajo y su valor. Reflexiones interdisciplinares sobre un concepto en transformación*, celebrado en Bérgamo los días 25-27 de noviembre de 2021, y ha sido desarrollado durante la estancia predoctoral llevada a cabo en la Universidad a Distancia de Madrid (España). Así mismo, se encuentra inserto en la línea de trabajo del grupo de investigación de la Universidad de Alcalá (España), PID2020-112731RB-I00, *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*.

** Personal Investigador en Formación, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España); Contrato predoctoral cofinanciado por la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias y por el Fondo Social Europeo.

The Impact of Teleworking on the Health of Working People

ABSTRACT: This article aims to address the expansion of teleworking as an accelerator in the appearance of new psychosocial risks linked to digitization. In this sense, it begins with the transition from stress to techno-stress to subsequently analyse Act No. 10/2021 in relation to the specific provisions it raises between teleworking and occupational risk prevention. And, finally, it is intended to highlight the role that the new European Strategic Framework on health and safety at work 2021-2027 poses in this regard and the proposals that are formulated by the community institutions in this regard that mark the roadmap to continue in the next five years.

Key Words: Telework, digital work, psychosocial risks, technopathologies, digital disconnection.

1. Introducción

Como es por todos sabido, con la aprobación de la Constitución Española de 1978 (CE) la prevención de riesgos laborales ocupa un espacio entre los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I) el art. 40.2 en el que se fija la encomienda a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo y, además, acompaña a este deber el reconocimiento del derecho a la salud, *ex art.* 43.1 CE¹. En respuesta a este mandato constitucional, se aprobó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), actualmente vigente y de la que deriva la exigencia de implantar un nuevo enfoque normativo en la materia. Y es que se trataba, de un lado, de poner término a la falta de una visión unitaria en la política de prevención de riesgos laborales propia de la dispersión normativa², fruto de la acumulación en el tiempo de normas de muy diverso rango y orientación, muchas de ellas anteriores a la propia Constitución española y cumplir con la preceptiva trasposición del acervo

¹ De acuerdo con la doctrina del TC, la tutela del trabajador en materia de seguridad y salud laboral deriva efectivamente por la salvaguarda del derecho a la salud *ex arts.* 40.2 y 43.1 CE pero también por el derecho a la vida y a la integridad física *ex art.* 15 CE. En este sentido, el derecho a la salud queda integrado en el derecho a la integridad personal y este podrá ser vulnerado, máxime en una sociedad tecnológicamente desarrollada, cuando ocasione un riesgo grave y cierto para aquel (*gr.* [STC 11 marzo 1996, n. 35](#), FJ 3; [STC 24 mayo 2001, n. 119](#), FJ 5; [STC 14 enero 2002, n. 5](#), FJ 4).

² El sistema jurídico español en materia de prevención de riesgos laborales se caracterizaba por ser bastante heterogéneo, en buena medida, por la dispersión legislativa dada la aprobación *a posteriori* de numerosas disposiciones en materias diversas y relativas a la seguridad y salud laboral, a los sistemas de protección o riesgos emergentes en el puesto de trabajo en función del sector empresarial, así como, a la complejidad generada en cuanto a la interpretación técnica de la misma, lo que conlleva un cierto sentimiento de inseguridad en su aplicación. Más detalles en M. MUÑOZ SALAS, *La Prevención de Riesgos Laborales en España*, en [Péndulo, 1998, n. 10](#).

comunitario³ en la materia⁴. De otro, de actualizar regulaciones ya desfasadas y regular situaciones nuevas no contempladas con anterioridad⁵. Años más tarde, se aprobó el RD 39/1997, de 17 de enero, que vino a configurar el marco del Reglamento de los Servicios de Prevención⁶. Y, es que, en cumplimiento del art. 6.1, letras *d* y *e*, LPRL, se encomendaba al

³ Aunque no solo dado que el compromiso con la OIT en esta materia ha sido, también, una constante histórica. Tras la ratificación por España del Convenio OIT C155, [Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores](#), 1981 (ratificado por España el 1º de septiembre de 1985, entró en vigor el 20 de febrero de 2009), la LPRL incorporó determinados aspectos a su *corpus* normativo. Con este Convenio, la OIT pretendió poner en práctica políticas congruentes con la seguridad y salud en el trabajo y que fueran creadas de mutuo acuerdo fruto del diálogo de los gobiernos y las organizaciones representativas de trabajadores (entre ellos, el Protocolo OIT P155, [Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores](#), y el Convenio OIT C187, [Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo](#), 2006). Se iba gestando, de este modo, «una cultura preventiva» en el acervo nacional digna del protagonismo que se debía otorgar a la prevención de riesgos, en palabras de N. CASAMITJANA, [La Formación en Prevención de Riesgos Laborales: una oportunidad que no debemos dejar escapar](#), en [Archivos de Prevención de Riesgos Laborales](#), 1998, n. 3, p. 95.

⁴ La preocupación de la comunidad económica europea por la profunda transformación de los métodos de producción industrial que suponía el manejo de materias peligrosas ocasionando problemas graves en la salud del trabajador justificaba la creación de este comité consultivo. Principalmente, se le encomendaba la función de asistencia en la preparación y puesta en práctica de las actividades que se realizasen en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo. En particular, destaca la [Decisión del Consejo, de 27 de junio de 1974, relativa a la creación de un Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el centro de trabajo](#), 74/325/CEE, que preveía en su art. 2.2 la función de contribuir a elaborar un método común para resolver los problemas que se planteen en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo y a determinar las prioridades comunitarias y decidir sobre las medidas necesarias para su realización. En especial, se destacaba como prueba de esta colaboración la aprobación de la [Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo](#). Directiva que marcaría el rumbo europeo sobre la política preventiva a fin de salvaguardar y elevar el nivel de protección de la seguridad y salud frente a los altos índices de siniestralidad laboral del momento. Pero también la aprobación de otras Directivas como la [Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia](#), la [Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo](#) y la [Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal](#).

⁵ A. BAYLOS GRAU, [En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales](#), en [Cuadernos de Relaciones Laborales](#), 1995, vol. 7.

⁶ En BOE, 31 enero 1997, n. 27.

gobierno la regulación a través de la correspondiente norma reglamentaria, de los procedimientos de evaluación de los riesgos para la salud de los trabajadores y de las modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención, así como de las capacidades y aptitudes que han de reunir dichos servicios y los trabajadores designados para desarrollar la actividad preventiva, exigencia esta última ya contenida en la [Directiva 89/391/CEE](#). Dicho de otra manera, el propósito de este reglamento era articular la planificación de la actividad preventiva partiendo de la evaluación de los riesgos inherentes al trabajo, conjugada con la correspondiente adopción de medidas según la tipología de los riesgos detectados. En consecuencia, la prevención de riesgos laborales quedaba definitivamente integrada en el seno de la empresa a todos sus niveles, de tal modo que se requerirá al empresario la configuración de una política de prevención de riesgos laborales de toda su estructura organizativa, debiendo ser conocida por los trabajadores a su cargo.

Tras más de veinticinco años de vigencia, el balance es que la LPRL ha dotado al ordenamiento jurídico español de una visión unitaria de la prevención de riesgos laborales, que ha actuado como instrumento de trasposición de los principios preventivos europeos en materia de salud y que ha dejado atrás la normativa española previa, desfasada y discordante con la industria del siglo XX⁷.

Efectivamente, aunque inicialmente la preocupación estaba centrada en dotar al trabajador de un marco de seguridad y protección acorde a las características, formas y sistema productivo del sector económico correspondiente, la intervención en las infraestructuras industriales por los trabajadores requería un mayor esfuerzo, una mayor interacción física, motivo por el cual se focalizó la atención en los riesgos físicos. Sin embargo, en este periodo postindustrial y dada la interacción con los dispositivos electrónicos, el foco se centralizó en el impacto tecnológico sobre la salud de los trabajadores. Y la problemática se ha ido ampliando o expansionando, pasando de los primarios riesgos ergonómicos y musculoesqueléticos como el mal uso de la silla o la posición de la pantalla del ordenador, ligados a factores de riesgo tradicionales (contenido, carga y tiempo de trabajo, autonomía, demandas emocionales), a otros nuevos capaces de ocasionar patologías psicosociales digitales.

Por tanto, la vigilancia de la salud en un contexto de revolución tecnológica en el campo laboral requiere «la formación permanente en PRL, ya que es en este momento, más esencial que nunca por ser el entorno de trabajo un

⁷ En este sentido, A. GARRIGUES GIMÉNEZ, *La prevención de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2005, n. 57.

lugar en el que los nuevos avances tecnológicos, hacen necesaria una actualización casi inmediata de los conocimientos»⁸. Sin duda alguna, no se puede cuestionar que en el marco socio-laboral actual las nuevas tecnologías han pasado a formar parte de las relaciones laborales y su impacto en las nuevas formas de organización del trabajo. Entre otros beneficios, se destaca, desde el punto de vista empresarial, la optimización de la organización del trabajo, la reducción de costes por la introducción de medios de producción tecnológicos. Desde la perspectiva del trabajador, la flexibilidad horaria y temporal que permite desarrollar la prestación laboral desde cualquier parte del mundo reforzada esta posibilidad por el aumento de la autonomía del trabajador sobre la distribución irregular de su jornada de trabajo.

Aunque, si bien es cierto, también se ha puesto de manifiesto que la innovación tecnológica en la empresa puede ocasionar efectos adversos en la salud de los trabajadores por el mal o excesivo uso y la dependencia que generan los aparatos tecnológicos. En este sentido, parece acertada la opinión en cuanto a que en la LPRL «debería sustituirse el concepto de protección por el de prevención ya que no se trata de hacer que los accidentes o las enfermedades profesionales sean menos graves, o de facilitar al trabajador los medios para que esté protegido ante la eventualidad de un siniestro. Sino justamente de poner los medios para evitar que el accidente o la enfermedad tengan lugar»⁹. A raíz de estas nuevas prestaciones, surgen un conjunto de enfermedades profesionales derivadas de este fenómeno de la digitalización/automatización, consecuencia directa de la difuminación de las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso del trabajador.

A continuación, en los siguientes epígrafes se pretende hacer hincapié en las consecuencias directas que pueden ocasionar la tecnología aplicada al desempeño laboral en la salud del trabajador. Con un renovado interés debido al hecho de que la situación sanitaria provocada por la Covid-19 haya impuesto y acelerado la implantación de la modalidad concreta del teletrabajo. En este sentido, se contempla en la Ley 10/2021, de 9 de junio, de trabajo a distancia¹⁰, la evaluación de este tipo de riesgos (psicosociales,

⁸ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. En especial a la luz de los nuevos retos 4.0*, en [Temas Laborales](#), 2020, n. 153, p. 118.

⁹ J.A. CEBALLOS AMANDI, *La prevención de riesgos laborales: una reflexión*, en *Anales de Mecánica y Electricidad*, 2000, n. 2, p. 52.

¹⁰ Con una mera finalidad de coherencia terminológica a lo largo del presente artículo, se ha decidido utilizar el término “teletrabajo” como modalidad del trabajo a distancia. La explicación es bien sencilla puesto que el objetivo a alcanzar en este trabajo consiste en

ergonómicos y organizativos) propiamente característicos en la modalidad de teletrabajo (incluida en la categorización que la Ley 10/2021 plantea) y la necesaria actividad preventiva que garantice el cumplimiento efectivo de la LPRL.

En primer lugar, se comienza por abordar la expansión del teletrabajo como acelerante en la aparición de nuevos riesgos psicosociales ligados a la digitalización. En segundo lugar, se plantea el tránsito del estrés, como patología asociada al trabajo en general, al tecnoestrés, como tecnopatología asociada al teletrabajo, en particular. En tercer lugar, interesa poner de relieve la relación entre el teletrabajo y prevención de riesgos laborales, con especial atención a las previsiones específicas contenidas en la Ley 10/2021 (antecedida). Por último, se adelantan algunas conclusiones que ponen de relieve el importante papel que el nuevo Marco Estratégico Europeo sobre salud y seguridad en el trabajo 2021-2027¹¹ plantea al respecto y las propuestas que se formulan desde las instituciones comunitarias en este sentido y que marcan la hoja de ruta a seguir en el próximo quinquenio.

2. La expansión del teletrabajo como acelerante en la aparición de nuevos riesgos psicosociales ligados a la digitalización como la falta de desconexión digital

La prevención de riesgos laborales, en una economía digitalizada (o en avanzado proceso de digitalización) cobra especial trascendencia en cuanto a minimizar los riesgos de exposición de las personas trabajadoras a los dispositivos y herramientas tecnológicas.

Especial atención requiere, la íntima relación existente entre estos riesgos¹²

poner de manifiesto los riesgos a los que se enfrenta el trabajador en esta modalidad, poniendo especial énfasis en el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, *ex art. 2.b*, Ley 10/2021, en el desarrollo de la prestación laboral.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [*Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación*, 28 junio 2021](#), COM(2021)323 final.

¹² Si se interpreta el concepto de riesgo que define la LPRL en su art. 4, se puede concluir que cualquier riesgo – y entre ellos, el psicosocial – es un daño que puede sufrir el trabajador como consecuencia del trabajo. Entiéndase como daño aquel que deriva del trabajo y que está integrado por toda enfermedad, patología o lesión sufrida con motivo u ocasión del trabajo. Pero es que, además, resulta que en el anexo VI del RD 39/1997 se hace referencia a la formación necesaria referida a la especialidad de Ergonomía y Psicología Aplicada que requiere deformación en materias como carga mental del

y la necesaria desconexión digital¹³ como forma de garantizar el equilibrio preciso entre el trabajo y la vida personal y familiar. Es fundamental tomar en consideración la incorporación de este derecho mediante la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) (art. 88). Así mismo, su aprobación llevó aparejada la incorporación de la desconexión digital como un derecho laboral de los trabajadores, previsto en el art. 20-*bis* ET en aras de poner coto a los abusos derivados de la disponibilidad extraprofesional del trabajador. Ambos hechos, marcan el comienzo de la preocupación por la desconexión digital que tiende a alcanzar dos objetivos, la delimitación de los tiempos de trabajo y descanso así como el derecho a la salud y seguridad laboral del trabajador.

Conviene aclarar, llegados a este punto, que el art. 88 LOPD encomienda al empresario la obligación de elaborar una política interna sobre desconexión digital cuya finalidad principal alcanzar es evitar el riesgo de fatiga informática que trae causa tanto por los periodos de conectividad excesivos provocados por la interdependencia digital trabajador/prestación laboral como en el «derrubio o densidad informativa» que generan esta «toxicidad digital»¹⁴. Razones por la que se enfatiza en el cumplimiento de este derecho en caso de desarrollar de forma total o parcial trabajo a distancia y, especialmente de teletrabajo, dadas las posibles consecuencias negativas para este¹⁵.

trabajo, factores de naturaleza psicosocial, estrés y otros problemas psicosociales, consecuencias de los factores psicosociales nocivos y su evaluación e intervención psicosocial.

¹³ *Vid.*, sobre la alteración del bienestar psicológico del trabajador como consecuencia de la conexión infinita, M. ALEGRE NUENO, *La prevención de los nuevos riesgos psicosociales y el derecho a la desconexión digital*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2018, n. 155, pp. 38-41.

¹⁴ F. ALEMÁN PÁEZ, *El trabajo a distancia en la post-pandemia*, en *Jurisprudencia Social*, 2022, n. 229, p. 36.

¹⁵ Al hilo de lo anterior, respecto a las imposibilidades de desconexión digital, este hecho se pone de manifiesto en varios informes elaborados por InfoJobs. En el primero de ellos (INFOJOBS, *El incremento de los gastos en el hogar, principal problemática del teletrabajo para el 40% de los españoles*, en www.infojobs.net, 30 marzo 2021), arroja un dato demoledor respecto a la incidencia de los riesgos psicosociales en la modalidad de teletrabajo; uno de cada dos encuestados afirma haber sufrido problemas de carácter psicológico durante el año 2020. En concreto, señalan haber sufrido estrés, ansiedad o falta de motivación. En el segundo informe (INFOJOBS, *El 82% de los trabajadores españoles responden llamadas o emails fuera del horario laboral*, en www.infojobs.net, 23 junio 2021), constatan que la priorización del teletrabajo dada la irrupción de la pandemia ha facilitado disipar las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, infringiendo por ende, el derecho a la desconexión digital. Si antes de la pandemia, situándonos en febrero de 2020, el porcentaje de trabajadores que respondía llamadas contestaba correos o WhatsApp, se situaba en el 63%, tras el periodo

Por lo tanto, no es una cuestión baladí que, dadas las circunstancias sufridas a raíz de la pandemia, la salud laboral de las personas trabajadoras se haya visto mermada, ni mucho menos que esté más que justificada la adopción de medidas que reviertan esta situación ofreciendo un marco jurídico de mayor protección y soporte.

Hasta el momento, el marco jurídico internacional del trabajo a domicilio (categoría dominante en la época) estaba sustentado por el Convenio OIT C177, [Convenio sobre el trabajo a domicilio](#), 1996¹⁶, y por la Recomendación OIT R184, [Recomendación sobre el trabajo a domicilio](#), 1996 (adoptados el 20 de junio de 1996)¹⁷. Un aspecto significativo que destacar es que no se prevé expresamente la noción de teletrabajo. Siendo obvio que entre ambas figuras – el trabajo a domicilio y teletrabajo, pero también el trabajo a distancia y en remoto – existe una sintonía en cuanto que comparten como nota común un elemento locativo, la deslocalización geográfica del lugar de trabajo de la persona trabajadora a quien le corresponde su elección, abandonado así la forma tradicional de desempeño de la actividad laboral en las instalaciones del empleador. Sin embargo, difieren en el elemento funcional puesto que es una tesis superada que «no todo trabajo a distancia es teletrabajo»¹⁸, porque, precisamente para el desarrollo de este último se utilizan preferentemente herramientas o dispositivos tecnológicos¹⁹.

No sería hasta mucho más tarde cuando a través del [Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo](#) (AMET)²⁰ se concretaron específicamente

de confinamiento, este dato se incrementaría. Efectivamente, a junio de 2020 el porcentaje prácticamente alcanzaba el 70% y, en este nuevo periodo de normalidad post confinamiento socio laboral mundial, los datos empeoran drásticamente obteniendo un 82%.

¹⁶ Vid. E ROJO TORRECILLA, [El trabajo a domicilio \(en versión clásica y moderna\). La aplicación del Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184 de la OIT \(y referencias a la normativa española y al acuerdo europeo\)](#), en www.eduardorjotorrecilla.es, 17 marzo 2020.

¹⁷ [Ibidem](#).

¹⁸ E.M. SIERRA BENÍTEZ, [El contenido de la relación laboral en el teletrabajo](#), CES de Andalucía, 2011, p. 38. Otros autores identifican un criterio comunicativo, es decir, en referencia al tipo de enlace que existe entre la persona trabajadora que teletrabaja y la empresa (*vid.* J. THIBAUT ARANDA, [El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral](#), CES, 2000, pp. 38-39).

¹⁹ M. LUQUE PARRA, A. GINÉS I FABRELLAS, [Teletrabajo y prevención de riesgos laborales](#), CEOE, 2016, p. 21.

²⁰ Acuerdo firmado el 16 de julio de 2002, en Bruselas, por los interlocutores sociales europeos CES (Confederación Europea de Sindicatos), UNICE/UEAPME (Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa, ahora Business Europe), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa y el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública), incluyendo representantes del comité de enlace CEC/Eurocuadros. Los firmantes consideraron que el teletrabajo puede servir al objetivo de modernización de las empresas y organizaciones de servicios públicos, así como medio

variopintos aspectos que entrañan esta modalidad contractual. Respecto a la preocupación por la salud y seguridad, el [AMET](#) hizo especial mención en los siguientes aspectos: a) el papel del empresario como responsable de la protección de la salud y seguridad, b) el deber de información del empresario al Teletrabajador sobre la política de prevención de riesgos, especialmente, respecto a la utilización de pantallas de visualización y c) en cuanto a visitar al Teletrabajador como medida de vigilancia, inspección y control de su salud y seguridad.

Y en cuanto al ámbito nacional, ante las incertidumbres generadas por la redacción ambigua e imperfecta del art. 13 ET – referido al trabajo a distancia²¹ – respecto a la implantación del teletrabajo, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSSST) *ex* art. 8 LPRL ha desarrollado una encomiable función a través de la publicación de Notas Técnicas de Prevención (NTP) como herramienta técnico-práctica de consulta en aras de facilitar la aplicación de la norma. Así, en materia de teletrabajo y especialmente sobre los aspectos negativos que podría ocasionar en la seguridad y salud de la persona trabajadora, destacan la NTP 412 de 1994, [Teletrabajo: criterios para su implantación](#), la NTP 1.122 de 2018, [Las Tecnologías de la Información y la Comunicación \(TIC\) \(I\): nuevas formas de organización del trabajo](#), y la NTP 1.123 de 2018, [Las Tecnologías de la Información y la Comunicación \(TIC\) \(II\): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo](#). Y, pese a que carecen de carácter obligatorio respecto a su cumplimiento, constituyen una aportación bastante significativa a modo de guía de buenas prácticas.

Pero no solo los problemas de hiperconectividad y falta de desconexión preocupan. Otros riesgos acechan tras la prestación de servicios laborales desarrollada mediante las nuevas posibilidades que el teletrabajo proporciona.

para que los trabajadores concilien vida profesional y vida personal y gocen de una mayor autonomía en el cumplimiento de sus tareas.

²¹ Como es sabido por todos, la [Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral](#), modificó la regulación del trabajo a domicilio para dar cabida al trabajo a distancia. Esta cuestión, «la redacción general e insuficiente» del antiguo art. 13 ET, ha sido criticada por la doctrina puesto no se previó con la holgura que merecía las diversas particularidades de la prestación laboral a distancia, en la modalidad de teletrabajo. *Vid.* E.M. SIERRA BENÍTEZ, *Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas*, en E. ROALES PANIAGUA (dir.), [Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social \(II\)](#), Laborum, 2014, p. 31.

3. Del estrés al tecnoestrés como tecnopatología asociada al teletrabajo

Un riesgo laboral psicosocial común a las relaciones laborales, pero que se acrecienta en los entornos laborales digitalizados/informatizados es el estrés laboral²², concebido como «la reacción que puede tener el individuo ante exigencias y presiones que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades, y que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación»²³. De esta definición, se puede deducir el reto que plantea para muchos trabajadores adaptar su puesto de trabajo a un entorno de teletrabajo.

En términos generales, la aparición del estrés en un trabajador puede significar una puesta a prueba de su resiliencia a nuevos factores organizativos. Un alto porcentaje de superación de esta dificultad dependerá, en gran medida, de sus conocimientos y capacidades. De esto modo, y en consonancia con la OMS, un entorno laboral saludable estaría integrado por «un estado de completo bienestar físico, mental y social». Es decir, que, en sentido negativo, no solo se estaría completamente sano sin ausencia de afecciones o enfermedades²⁴.

Muchas personas pueden sufrir un sentimiento de presión ante el reto que ello entraña el teletrabajo. La sensación de estar alerta por las circunstancias actuales de crisis epidemiológica que derivarán, inevitablemente, en una crisis económica y de empleo puede incrementar los niveles de presión, máxime en función de las características personales o subjetivas del trabajador. Ya no solo en cuanto a las capacidades tecnológicas para desempeñar un trabajo a distancia o en remoto, sino también respecto del

²² Fruto de la preocupación de trabajadores y empleadores en este sentido, se firmó por los interlocutores sociales el Acuerdo Marco Europeo sobre Estrés Laboral el 8 de octubre de 2004 (*vid.* OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES UGT, [Acuerdo marco Europeo sobre estrés laboral](#), Ficha de Prevención, 2013, n. 48). Este acuerdo tiene la finalidad de sensibilizar y concienciar a ambas partes – trabajadores y empleadores – acerca del estrés en el trabajo otorgándole la atención que merece. Y es que se trata de un fenómeno complejo puesto que puede afectar a cualquier trabajador, los trabajadores pueden responder de distinta forma a esta patología, está asociado a diferentes factores objetivos (personales, ambientales, organización de trabajo y procesos, comunicativos) así como subjetivos (presión emocional, falta de apoyo, sentimiento de no pertenencia, desmotivación) y que pueden causar perjuicios graves en la salud del trabajador.

²³ S. LEKA, A. GRIFFITHS, T. COX, [La organización del trabajo y el estrés. Estrategias sistemáticas de solución de problemas para empleadores, personal directivo y representantes sindicales](#), OMS, 2004.

²⁴ Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 junio 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*vid.* [Actas Oficiales de la Organización Mundial de la Salud](#), n. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

afrontamiento de dificultades sin apoyo directo e *in situ* del resto la plantilla. Pero es que, en adición de lo anterior, a raíz de la digitalización de los procesos de organización y la informatización de los puestos de trabajo, el estrés laboral se ha ramificado, diversificado. Es decir, se ha constatado que, como consecuencia de esta exposición prolongada del ser humano a los medios informáticos, surgen nuevas patologías que causan efectos negativos en la salud.

Surge así el tecnoestrés, término que definió por primera vez el psiquiatra norteamericano Brod²⁵ en 1984 como «una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable»²⁶. Lo más relevante de esta definición es la calificación del tecnoestrés como una enfermedad y cuya causa principal es la incompetencia, falta de actitud o de habilidades tecnológicas. Otros autores, como Weil y Rosen²⁷ lo definen como «cualquier impacto negativo en las actitudes, los pensamientos, los comportamientos o la fisiología causado-directa o indirectamente por la tecnología». Como puede comprobarse, los autores se centran en los efectos negativos que puede causar la tecnología en la salud de las personas trabajadoras.

Otra propuesta definitoria que recoge perfectamente el pensamiento de los autores antes citados y que se antoja más específica es la que aporta la NTP 730 de 2004, *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, que identifica al tecnoestrés como «un estado psicológico negativo relacionado con el uso de TIC o amenaza de su uso en un futuro. Ese estado viene condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las TIC». Queda reflejado perfectamente el interés de esta definición por identificar esta patología como un desajuste entre las demandas organizativas de la empresa y la falta de las actitudes digitales deseables en un trabajador²⁸.

El tecnoestrés, como el estrés en general, actúa como un auténtico «cajón

²⁵ C. BROD, *Technostress. The Human Cost of the Computer Revolution*, Addison-Wesley, 1984, pp. 553-556.

²⁶ Téngase en cuenta que de acuerdo con el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad social, no reconoce el tecnoestrés como una enfermedad profesional. Vid. O. MARTÍN RODRÍGUEZ, *El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 44, pp. 179-181.

²⁷ M.M. WEIL, L.D. ROSEN, *Technostress. Coping with technology @work, @home, @play*, John Wiley and Sons, 1997.

²⁸ P. MARTÍN, M. SALANOVA SORIA, E. CIFRE GALLEGU, *El proceso de "Tecnoestrés" y estrategias para su prevención*, en *Prevención, Trabajo y Salud*, 1999, n. 1.

de sastre»²⁹ ya que alberga, además, otro tipo de “tecnopatologías” que se especifican en la [NTP 730](#).

En primer lugar, la “tecnoansiedad”, trae como consecuencias negativas en la persona altos niveles de activación fisiológica de carácter no placentero³⁰. El uso de las tecnologías por el trabajador puede generar sentimientos de falta de conocimientos o habilidades sobre este tipo de herramientas. Puede derivar, tal y como indica, Jay³¹ en una “tecnofobia” hacia el uso de las TIC. De esta forma, el trabajador podría resistirse a hablar sobre esta o a utilizarla personal o profesionalmente, derivando en sentimientos de miedo o generar pensamientos agresivos sobre la percepción de las tecnologías.

En segundo lugar, y como se ha manifestado ya, el uso prolongado de las tecnologías puede causar un cansancio mental, fatiga visual o siendo más claros, la “tecnofatiga”. Los sentimientos de cansancio en un entorno de teletrabajo, en el que prácticamente la totalidad de la prestación laboral se desarrolla por medios tecnológicos puede generar sentimientos de cansancio cognitivo. De ahí, la necesidad de evaluar los correspondientes descansos, acordarlos con la empresa y efectuarlos concienzudamente para prevenir este tipo de situaciones antes de que se manifieste la patología en la salud.

Y, por otro lado, la utilización excesiva e incontrolada de herramientas tecnológicas (smartphone, smartwatch, tablet) se constata tanto a nivel personal como profesional. El hecho de que un trabajador utilice este tipo de aplicativos en su vida personal por las comodidades que le ofrece, es totalmente entendible que se exporten a su puesto de trabajo. Los evidentes beneficios que pueden reportar por la inmediatez, rapidez, comodidad, fluidez de la información pueden conllevar a un uso desmedido. Con más afectación, en aquellos perfiles de “tecnotrabajadores” que se encuentran a la orden del día con los avances de las tecnologías y “disfrutan” con su uso diario, generando así una “tecnoadicción”.

Acompañando al estrés laboral, una de las situaciones que más interés ha suscitado durante los primeros momentos en los que se implementó el teletrabajo lo constituye la carga mental de los trabajadores. De acuerdo con el INSSST, la carga mental puede ser definida como «el grado de movilización, el esfuerzo intelectual que debe realizar el trabajador para hacer frente al conjunto de demandas que recibe el sistema nervioso en el curso de realización de su trabajo»³². Este concepto engloba todas y cada

²⁹ [NTP 730](#), cit.

³⁰ M. SALANOVA SORIA, [Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo](#), en [28 de Abril, 2007, n. 1](#), p. 6.

³¹ T.B. JAY, *Computerphobia: What to do about it*, en *Educational Technology*, 1981, vol. 21, n. 1.

³² NTP 443, [Factores psicosociales: metodología de evaluación](#), 1997.

una de las actuaciones que conllevan presión en cuanto a disminuir los periodos de realización de actividades, el sobreesfuerzo del trabajador para concentrarse y dar respuesta adecuadas, la propia fatiga propiciada de esta doblegar las capacidades mentales y la propia complejidad de las tareas a desempeñar. Las demandas mentales en el trabajo se incrementan la introducción desorbitada de las TIC como método de desarrollo de la prestación laboral³³. Téngase en cuenta que los programas informáticos están actualizándose y cambiando constantemente, consecuencia directa tanto de los objetivos digitales de las organizaciones como de las demandas del mercado³⁴. Este tipo de dificultades con las que se encuentra el trabajador por su falta de conocimiento tecnológico, por falta de formación técnica, por encontrarse en una fase de moldeamiento digital continuo pueden constituir riesgos emocionales para su salud³⁵.

De acuerdo con algún autor «un riesgo psicosocial, sin el matiz de factor de riesgo, es un hecho, situación, estado o acontecimiento que es consecuencia de la organización del trabajo, tiene una alta probabilidad de afectar negativamente a la salud del trabajador y además de forma importante. Es decir, son riesgos psicosociales caracterizados por una alta probabilidad de una consecuencia grave para la salud del trabajador»³⁶. Por lo tanto, constada la integración de las TIC en la cotidianidad de las empresas y los evidentes riesgos que pueden surgir por su utilización, se justifica sobradamente la correspondiente evaluación de riesgos, *ex arts.* 15 y 16 LPRL. Lo que viene a significar, en cuanto a teletrabajo, la evaluación del cambio en las condiciones de trabajo fruto del uso de nuevas tecnologías, art. 4.2, letras *a* y *b*, del Reglamento de los Servicios de Prevención³⁷.

³³ M. SALANOVA, R. GRAU, S. LLORENS, W.B. SCHAUFELI, *Exposición a las tecnologías de la información, burnout y engagement: el rol modulador de la autoeficacia relacionada con la tecnología*, en *Revista de Psicología Social Aplicada*, 2001, n. 1.

³⁴ L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *Los riesgos psicosociales asociados a las nuevas tecnologías implantadas en los puestos de trabajo. Análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI (dir.), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas, 2014.

³⁵ *Vid.* D. MARTÍNEZ-ÍÑIGO, *Evolución del concepto de Trabajo emocional: dimensiones, antecedentes y consecuencias. Una revisión teórica*, en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 2001, n. 17.

³⁶ B. MORENO-JIMÉNEZ, *Los riesgos laborales psicosociales: marco conceptual y contexto socioeconómico*, en *ORP Journal*, 2014, n. 1, p. 8.

³⁷ En cierto modo, de acuerdo con la [STJUE 15 noviembre 2001, asunto C-49/00, Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana](#), porque «los riesgos profesionales que han de ser objeto de una evaluación por parte de los empresarios no están determinados definitivamente, sino que evolucionan de forma constante en función, especialmente, del desarrollo progresivo de las condiciones de trabajo y de las investigaciones científicas en materia de riesgos profesionales».

Precisamente, con la aparición de la Covid-19 los riesgos psicosociales pasaron a ocupar un espacio de protagonismo a fin de garantizar, por un doble motivo, la seguridad y salud; por un lado, evidentemente en aras de minimizar el contagio y, por otro lado, principalmente por la preocupación que se generó en torno a la salud mental en un contexto de confinamiento y teletrabajo. Situación adversa a la que se enfrentaron multitud de trabajadores solventando el parón de la actividad y económica pero, sin embargo, sorteando negativamente factores de riesgo como la carga de trabajo, el tiempo de disponibilidad, la duración de la jornada o los periodos de descanso, entre otros. Factores de riesgo que, insistimos, se aglutinaron y potenciaron exponencialmente en el núcleo familiar de teletrabajadores. Teniendo en cuenta, en adición a lo anterior, que, a excepción del mantenimiento de los servicios esenciales permitidos, el resto de los establecimientos estarían clausurados. Entre otros, el cierre de colegios o el servicio de prestación de ayuda a personas dependientes, lo que en cierto modo significó un hándicap o, mejor dicho, un factor de riesgo adicional a los factores digitales implícitos. Y como consecuencia principal conllevó una afectación negativa para el trabajador ante las dificultades de llevar a cabo las tareas laborales *vs* tareas de conciliación familiar.

Y de hecho, los problemas de salud mental se han agravado fruto de esta experiencia en la que destaca, principalmente, el uso extenuado y prolongado de personas trabajadoras y tecnologías como medio principal de desarrollo de la prestación laboral. En el teletrabajo, a diferencia de los anteriores riesgos examinados que son comunes a otras formas de desarrollo de la prestación laboral en las que también existe interacción entre personas trabajadoras con herramientas tecnológicas, existe un “riesgo diferenciador”, el aislamiento³⁸. Es evidente que mediante el desarrollo del teletrabajo por la persona trabajadora y tomando en consideración su acepción más estricta de desarrollo individual en solitario tanto en el domicilio como en el lugar en el que haya elegido *ex art. 2, Ley 10/2021*, se produce un aislamiento social que merma su salud mental y emocional. Así mismo, es un riesgo que se caracteriza por la dificultad de aplicar en su prevención, evaluación y control un estándar objetivo y específico por las heterogéneas personalidades que pudieran existir y que no recomendarían su aplicación genérica³⁹.

³⁸ E.M. SIERRA BENÍTEZ, [La nueva regulación del trabajo a distancia](#), en [esta Revista](#), 2013, n. 1, p. 28.

³⁹ M.T. IGARTUA MIRÓ, *Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva*, en [Trabajo, Persona, Derecho, Mercado](#), 2021, n. 3, p. 186. En el mismo sentido, E.M. SIERRA BENÍTEZ, *Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas*, cit., p. 39.

El aislamiento social de la persona trabajadora en la modalidad de teletrabajo puede conllevar a sufrir, como dispone la NTP 344 de 1994, *Trabajos en situación de aislamiento*, «una carga psíquica que podría traducirse en un sentimiento de soledad, y/o angustia». Ello podría suponer que la persona trabajadora pudiera sufrir fatiga física, intelectual o en el plano psíquico aumentando considerablemente las probabilidades de toma de decisiones erróneas, falsas manipulaciones o improvisaciones peligrosas.

4. Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: previsiones específicas en la Ley 10/2021

Como se ha reseñado en las líneas anteriores, con la aparición de la Covid-19 y su expansión global, el teletrabajo vino a ocupar un espacio de protagonismo en el ámbito de las relaciones laborales. Este hecho tuvo lugar tras la declaración del estado de alarma y la aprobación del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19. Concretamente, en su art. 5 declaró la priorización de la modalidad de teletrabajo a fin de posibilitar la continuidad de las prestaciones laborales ante la irrupción sorpresiva de la pandemia.

Posteriormente y como medida de cobertura jurídica previa se aprobó por la vía de urgencia el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, después convalidado por la Ley 10/2021. Efectivamente, a partir de este marco legal se ha pretendido potenciar y dotar de seguridad jurídica a una modalidad alternativa a la presencialidad tradicional del trabajo y, como alternativa positiva fundamentalmente a evitar el contagio del virus. Por tanto, la deslocalización de la prestación laboral como consecuencia de la readaptación de las formas de organización y funcionamiento de las empresas para evitar el colapso plantea serios interrogantes, entre ellos, la gestión de la prevención de riesgos laborales.

En aras a despejar las incertidumbres o los interrogantes que plantea esta posibilidad sobre determinados aspectos y entre los cuales se encuentra la prevención de riesgos laborales, la Ley 10/2021 otorga un marco concreto en los arts. 15 y 16. En primer lugar, el art. 15 viene a instaurar el anclaje total y pleno del teletrabajo a los parámetros establecidos en la LPRL. De tal forma que, reconoce y atribuye expresamente el derecho a la protección de su seguridad y salud de las personas trabajadoras que opten por esta modalidad. Básicamente, no viene a aportar o crear nada nuevo al respecto, pues se trata de una remisión a un marco legal concreto, la LPRL. Por lo tanto, se presupone la garantía *ex* art. 14 LPRL de un derecho a favor del

trabajador, la protección eficaz de su seguridad y salud en el trabajo y, por otro lado, un deber del empresario de protección *ex art.* 14.3 LPRL.

Este deber del empresario se instaura a través del respeto y acatamiento de los principios preventivos que identifica el art. 15 LPRL, a saber: a) evitar los riesgos; b) evaluar los riesgos que no se puedan evitar; c) combatir los riesgos en su origen; d) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud; e) tener en cuenta la evolución de la técnica; f) sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; g) planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; h) adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual; i) dar las debidas instrucciones a los trabajadores⁴⁰. Es por lo que señala perfectamente los objetivos a alcanzar para salvaguardar, preservar el derecho del trabajo y la obligación legal que le corresponde⁴¹.

Y en segundo lugar, a este respecto, la Ley 10/2021 hace pivotar a partir de

⁴⁰ Obligaciones que traen causa en caso de cumplimiento meramente formal *ex art.* 42 LPRL de la aplicación de responsabilidad contractual administrativa, civil o penal. Este razonamiento es dispar en la doctrina, ya que por una parte se entiende que esta responsabilidad deviene por la asunción por el empresario de una obligación de medios, es decir, le corresponde proporcionar todas las medidas necesarias para minimizar los riesgos aun produciéndose estos. De tal forma que aun no produciéndose un resultado dañoso estaría incumpliendo su obligación específica, la de proporcionar los medios correspondientes para salvaguardar los posibles daños. *Vid.* T. SALA FRANCO, [El deber empresarial de protección al trabajador en materia de seguridad y salud laboral](#), en [Derecho y Salud](#), 1996, n. 1, p. 10. Por el contrario, también hay partidarios para quienes la obligación empresarial es una obligación de resultado, lo que conllevaría una responsabilidad sumamente mayor para el empresario, ya que solo cuando no existan daños o lesiones habría cumplido su obligación preventiva. Y las consecuencias serían totalmente distintas, mientras que para la primera (medios) la responsabilidad será subjetiva, por concurrir dolo o culpa, mientras que para la segunda (resultados) será objetiva. *Vid.* S. GONZÁLEZ ORTEGA, J. APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, 1996, p. 107.

⁴¹ A este respecto el [Criterio Técnico 104/2021 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales](#) indica correctamente el “*modus operandi*” sancionador respecto a incumplimientos relacionados con la normativa de prevención de riesgos laborales. En concreto, respecto a los deberes del empresario, se prevén como infracciones los arts. 7.5, 8.11, 11, apartados 4 y 5, 12.1., letras *a* y *b*, 12.6 y 12.11 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

dos principios preventivos fundamentales, la evaluación⁴² y la planificación de esta modalidad *ex* art. 16. Precisa y pone especial énfasis el legislador en cuanto a la necesidad de prestar atención en este proceso respecto a:

- los factores psicosociales⁴³;
- los factores ergonómicos;
- los factores organizativos y de accesibilidad.

Y, además, señalar cómo en el contexto de digitalización actual representa un interés singular los siguientes factores psicosociales presentes en el teletrabajo:

- la distribución de la jornada;
- los tiempos de disponibilidad;
- la garantía de los descansos;
- las desconexiones durante la jornada.

Todas estas cuestiones que, ya han sido precisadas en apartados previos, tienen una singularidad común, es decir, su origen se encuentra en los efectos negativos que podría causar la interacción del uso extensivo de las tecnologías *vs* la salud de las personas trabajadoras. Es por lo que en este proceso preventivo es sumamente importante la obtención por la empresa de «toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso», *ex* art. 16, Ley 10/2021. Por lo

⁴² Con anterioridad a la nueva ley, el RD-Ley 8/2020, por el que se dictan las medidas urgentes extraordinarias para paliar los efectos económicos y sociales de la Covid-19, determinó la preferencia del trabajo a distancia. El art. 5 de este cuerpo normativo prevé una salvedad en cuanto a una evaluación completa de los riesgos. De hecho, determina que con la finalidad de facilitar el ejercicio de esta modalidad en empresas, sectores o puestos de trabajo que no estuviera prevista hasta el momento se entenderá cumplida las obligaciones que impone la LPRL a través de una autoevaluación voluntaria del trabajador, es decir, mediante la utilización de cuestionarios o *checklists*. En cualquier caso, se debe aclarar que esta posibilidad solo está contemplada para puestos de teletrabajo con carácter temporal y extraordinario a raíz de la pandemia.

⁴³ El [Criterio Técnico 104/2021](#), cit., también aporta una clasificación pormenorizada de factores psicosociales con su correspondiente factor de riesgo psicosocial. Contenido y características del trabajo (monotonía, tareas sin sentido), carga y ritmo de trabajo (carga de trabajo excesiva, presión de tiempo), tiempo de trabajo (conexión continuada al trabajo, horarios muy largos), participación y control (falta de participación en la toma de decisiones, falta de autonomía), cultura de organización (comunicación deficiente, falta de clarificación de objetivos), ambiente y equipos de trabajo (equipos de trabajo inadecuados, malas condiciones ambientales), relaciones personales en el trabajo (mala relación entre compañeros, conflictos), rol en la organización (conflicto de rol, responsabilidad sobre grupo de persona), desarrollo profesional (escasa valoración social, inseguridad en el trabajo) e interacción vida personal-trabajo (conflicto y/o sobrecarga de rol laboral, personal y familiar).

tanto, este proceso de retroalimentación informativa podrá adoptarse por diferentes vías, de hecho la [NTP 1.165](#) señala al respecto que, por ejemplo, podría utilizarse para la visualización del puesto de teletrabajo, la grabación a través de una cámara web, medición de distancias, toma de fotografías o descripción telefónica por el trabajador de los aspectos que sean necesarios para que el plan preventivo sea totalmente óptimo.

Tampoco es una cuestión fácil de resolver la referida a la determinación del espacio concreto que el trabajador decide teletrabajar⁴⁴. Máxime, dado que el domicilio, como es sabido por todos, se trata de un espacio privado y sumamente íntimo⁴⁵, por ello, la ley previsorá previó acertadamente en su articulado que «la evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia». De tal modo que, para el caso de que los responsables de la gestión preventiva⁴⁶ requieran presenciar *in situ* la evaluación de este espacio, deberán obtener previamente el permiso de la persona trabajadora⁴⁷ o, en

⁴⁴ De acuerdo con el art. 2 de la Ley 10/2021 se posibilita el desarrollo de la prestación laboral en el propio domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, es decir, se permite la movilidad del teletrabajador siempre y cuando cuente con los medios adecuados que permitan la conexión del dispositivo digital. Téngase en cuenta que han surgido nuevas plataformas o espacios de colaboración que permiten mayor flexibilidad y estrechar contactos entre personas trabajadoras, se está haciendo referencia a los espacios *coworking*, lugares en los que tanto autónomos, *freelances*, *startups* o PYME trabajan conjuntamente para compartir sus habilidades profesionales. Expresa esta preocupación sobre la posible evaluación incompleta de los riesgos por la libertad de elección del espacio de trabajo por el trabajador I. LAGO BURGOS, *El teletrabajo y la gestión en la Prevención de los riesgos laborales*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2017, n. 153.

⁴⁵ Ambito especialmente protegido *ex art.* 18.2 CE, siendo un derecho relativo y limitado puesto que es la propia Constitución la que establece los supuestos de restricción de este. La doctrina del Tribunal Constitucional es extensa en este sentido, señalándose entre otras, la STC 16 diciembre 1987, n. 199. *Vid.* M. SABADELL I BOSCH, G. GARCÍA GONZÁLEZ-CASTRO, *La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo*, en *Oikonomics*, 2015, n. 4, p. 41 ss.

⁴⁶ En este punto surge una laguna jurídica por cuanto el art. 16.2.2 es inconcluso respecto a la indeterminación de quienes pueden acudir a realizar la visita preventiva cuando dispone que sería «por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva». A este respecto, el [AMET](#) supera esta laguna al disponer en su § 8 que podrán ser «el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes». Es por lo que se admite la posibilidad de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como órgano de vigilancia encargado de verificar el cumplimiento de las normas del orden social acuda al domicilio del Teletrabajador, inclusive a petición de este, *ex* § 8 [AMET](#). *Vid.* L. MELLA MÉNDEZ, *Valoración crítica del RD-Ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021, p. 195.

⁴⁷ Alegre Nuño admite como posibilidad un consentimiento expreso y tácito de la persona

su caso, del de una tercera persona física. Ello no es óbice para considerar que, a tenor de lo dispuesto en el art. 16.2, Ley 10/2021, y pese a las posibilidades comentadas, esta actuación sería secundaria, no prioritaria⁴⁸. Y que pese a no obtener el permiso de acceso al domicilio, destaca la norma que este deber preventivo puede alcanzarse perfectamente por la primera vía, es decir, en la retroalimentación informativa del trabajador bajo las instrucciones del servicio de prevención.

Por consiguiente, el siguiente paso tras la obtención de la evaluación tal y como indica el art. 16 de la Ley 10/2021 en su título, es el momento de llevar a cabo la planificación y la ejecución de las medidas correspondientes. A este respecto, la [NTP 1.165](#) insiste en la premisa de que el teletrabajo requiere de un tratamiento especial en cuanto a la gestión de riesgos que podría ser complementada con una actividad preventiva básica, la formación⁴⁹.

Téngase en cuenta que el art. 19 LPRL señala los puntos sobre los que debe versar esta formación preventiva al trabajador y que pueden resumirse en los siguientes:

trabajadora a distancia para permitir el acceso de los responsables de la gestión preventiva en su domicilio. Si bien concreta el autor, en ambos casos es necesario un requisito formal, «la información expresa y previa, que deberá incluir los términos y alcance de la actuación (la evaluación de riesgos laborales) para la que se recaba la autorización» (M. ALEGRE NUENO, *La prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia*, en M. LÓPEZ BALAGUER (dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 227).

⁴⁸ Téngase en cuenta que la inviolabilidad del domicilio y el respeto de la intimidad personal o familiar del trabajador en un contexto de teletrabajo priman respecto al poder de dirección y control del empresario *ex art. 20.3 ET*. *Vid.* M.T. IGARTUA MIRÓ, *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: Problemas y propuestas de soluciones*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2000, p. 1060.

⁴⁹ La autorización del trabajador para permitir el acceso de la persona encomendada por el empresario para llevar a cabo la evaluación de riesgos cobra vital importancia, en caso de que fuera necesario, a fin de llevar a cabo una evaluación completa y precisa. Aunque pueda ser una tarea sin muchas complicaciones, la realidad es que la evaluación entraña muchos conceptos para tener en cuenta (iluminación, altura del respaldo y la silla, condiciones de la mesa de trabajo, ventilación de la zona) y que, probablemente, el trabajador no reúna la capacitación necesaria para ello. El propio Reglamento de los Servicios de Prevención determina, en sus arts. 35.c, 36.b y 37.b, los niveles de capacitación de carácter básico, intermedio y superior para gestionar este tipo de evaluaciones. De esta forma, el trabajador que posea una formación que oscila entre 30 y 50 horas, podrá realizar evaluaciones elementales de riesgos y, en su caso, establecer medidas preventivas del mismo carácter compatibles con su grado de formación. Cuestión que deberá tomar en consideración la empresa en el proceso de reclutamiento o de aprobar el acuerdo individual de teletrabajo que se encuentre en plantilla.

- a. en cuanto al contenido, evidentemente está focalizada en la prevención de riesgos laborales y debe estar centrada en una formación teórica y práctica, que sea suficiente y adecuada. Así mismo, debe ser una formación específica y personalizada a razón del puesto, funciones, evolución o aparición de nuevos riesgos, y con carácter periódico;
- b. en cuanto al momento, la LPRL señala en este aspecto que debe llevarse a cabo al momento de la contratación, cuando se produzcan cambios en las funciones o equipos de trabajo que desempeñe/utilice el trabajador;
- c. en cuanto a la modalidad laboral, alcanza a la totalidad de los trabajadores independientemente de su modalidad o duración contractual.

Y ante este reto tan sumamente importante, ¿podría alcanzarse el sentido finalista de la norma con la participación exclusiva del empresario y los servicios de prevención? En este punto es donde aparece el protagonismo dotado a la negociación colectiva por los motivos que se detallan a continuación.

En primer lugar, porque la denominada “llamada a la negociación colectiva” es evidente en la propia LPRL en su art. 1 en donde reconoce que «la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito». En segundo lugar, porque el art. 2 LPRL dispone expresamente que su marco legal es de carácter mínimo, significando que pudiera ser desarrollado en determinados aspectos y en aras de alcanzar la concreción técnica por la negociación colectiva⁵⁰. Y, en tercer lugar, porque la Ley 10/2021 precisamente también lleva a cabo constantes llamamientos a la negociación colectiva. Precisamente, la DA 1ª concreta aspectos que pudieran ser desarrollados por los agentes sociales en aspectos tales como identificación del puesto, duración máxima de la

⁵⁰ A la misma conclusión llega Gete Castrillo al considerar que «nadie como los propios intervinientes en la negociación colectiva deben conocer la realidad en la que se desenvuelve su trabajo. Nadie como ellos, por sí mismos o como celosos representantes, deben conocer las condiciones en que se debiera prestar el trabajo, de modo que se garantice la seguridad y la salud de los trabajadores a quienes el convenio se destina» (P. GETE CASTRILLO, *El papel de la negociación colectiva en la prevención de los riesgos laborales*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1997, n. 1, p. 373). Del mismo modo, Domínguez Morales se refiere sobre la acomodación del teletrabajo a «las circunstancias concurrentes de cada empresa, territorio o sector» (A. DOMÍNGUEZ MORALES, *El tratamiento de la negociación colectiva del teletrabajo como modalidad de gestión del cambio*, en J. CRUZ VILLALÓN (dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cinca, 2017, p. 296).

jornada, entre otros⁵¹. Si bien en una primera lectura superficial no es posible apreciar un espacio⁵² para la prevención de riesgos laborales, más en profundidad, se deja la puerta abierta disponiendo «y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular». Como, por ejemplo, la

⁵¹ Este aspecto se ha visto reflejado en la práctica de acuerdo con los resultados publicados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social para el año 2020 (*vid.* MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Estadística de convenios colectivos de trabajo. Avance mensual – Diciembre 2020](#), 2021) respecto al número de cláusulas preventivas que hacen una clara previsión sobre el riesgo de las nuevas tecnologías en la salud laboral. Siendo precisos, concretamente se firmaron y registraron 524 convenios colectivos, de los que 424 fueron de empresa y de ámbito superior a la empresa. Como variable de interpretación se encuentra la situación de pandemia que forzó la declaración del estado de alarma en España el 14 de marzo. Por lo que, evidentemente, el ritmo y el número de convenios colectivos se haya visto afectado. Respecto a las cláusulas, el número de convenios colectivos que hacen referencia a nuevas tecnologías: participación de los trabajadores en la organización del tiempo de trabajo (72), condiciones de teletrabajo (39) e implantación de nuevas tecnologías (31). Y, por otro lado, cláusulas sobre seguridad y salud: establecimiento de planes y programas de prevención de riesgos (116) y establecimiento de los contenidos de la formación en materia de seguridad y salud (90). En esta publicación se presenta la información actualizada a noviembre de 2020, considerando como Provisionales los datos relativos a los años 2019 y 2020. Se puede encontrar información detallada tanto en las publicaciones de Avance Mensual como en Principales Series, disponibles ambas en la web del Ministerio. Y, respecto a los datos del año 2021 (*vid.* MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Estadística de convenios colectivos de trabajo. Avance mensual – Diciembre 2021](#), 2022), se ha registrado un notable ascenso en número de convenios colectivos que han sido firmados y así como del mismo modo el número de cláusulas. Concretamente fueron un total de 908 convenios colectivos, de los que 685 son de empresa y 233 de ámbito superior a la empresa. En los mismos términos que la anterior, el número de cláusulas de convenios aprobado se ve reflejado en: Cláusulas sobre nuevas tecnologías: participación de los trabajadores en la organización del tiempo de trabajo (126), condiciones de teletrabajo (123) e implantación de nuevas tecnologías (56). Cláusulas sobre seguridad y salud: establecimiento de planes y programas de prevención de riesgos (148) y establecimiento de los contenidos de la formación en materia de seguridad y salud (129).

⁵² Sobre este aspecto comparto la preocupación de Álvarez de la Rosa al considerar que la negociación colectiva en cuanto a la regulación de la prevención de riesgos laborales debe encontrar su espacio. Labor que no es fácil ya que debe lidiar con el contenido mínimo de la LPRL y un amplio contenido normativo. Y la finalidad principal es conseguir implementar la cultura preventiva adaptada a la estructura organizativa de cada empresa (M ÁLVAREZ DE LA ROSA, [Ley y negociación colectiva en la regulación de la prevención de riesgos laborales](#), en *Anales de la Facultad de Derecho*, 2012, n. 29, p. 19).

formación específica⁵³, información⁵⁴, vigilancia de la salud⁵⁵, los procedimientos de evaluación de riesgos laborales⁵⁶, entre otros. Y, por supuesto, a nuestro parecer esta vía permitiría adentrarse a proteger la seguridad y salud laboral de los trabajadores con un tratamiento mucho más específico en esta modalidad contractual⁵⁷, y por lo tanto, garantizar una “transición digital justa” en este sentido⁵⁸.

El papel de la negociación colectiva en esta nueva era digital ha de ser un papel proactivo que enfrente los problemas tecnológicos que se suscitan en las empresas y que repercuten en los derechos de la clase trabajadora y, especialmente, en su salud y bienestar. A este respecto, el [Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización](#)⁵⁹ en relación con

⁵³ Resolución de 29 de enero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo del Grupo Vodafone España. Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA.

⁵⁴ Resolución de 9 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU.

⁵⁵ En este punto surgen dudas sobre el carácter obligatorio o voluntario de las pruebas médicas, en el que, por regla general impera el carácter voluntario bajo consentimiento de la persona trabajadora. Resolución de 3 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Resolución de 30 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Exide Technologies, SLU. No obstante, Sierra Benítez se muestra partidaria de establecer estos reconocimientos médicos con carácter obligatorio «en cualquier modalidad de teletrabajo, y en todo caso, serían exigibles en los supuestos en que el teletrabajo no se ejecute mediante conexiones interactivas». Especialmente, cuando no sea posible efectuar por otra vía una evaluación de los efectos que causa el teletrabajo en la salud de la persona trabajadora (E.M. SIERRA BENÍTEZ, [El contenido de la relación laboral en el teletrabajo](#), cit., pp. 275-276).

⁵⁶ Convenio Colectivo para las actividades de oficinas y despachos de Salamanca y su provincia, años 2021-2022, aprobado por la Comisión Negociadora el pasado 29 de abril de 2021. Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA, y Roca Sanitario, SA.

⁵⁷ C. ARAGÓN GÓMEZ, [El teletrabajo en la negociación colectiva](#), en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca, 2010, p. 351.

⁵⁸ H. ÁLVAREZ CUESTA, [El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa](#), en *Lan Harremanak*, 2019, n. 42, p. 8.

⁵⁹ El acuerdo Marco no viene a aportar en general ninguna innovación al respecto, su cometido es solventar el escaso rigor que la negociación colectiva está teniendo al momento de incorporar en los convenios colectivos aspectos sobre la incidencia de la tecnología respecto al trabajador. Se caracteriza, por consiguiente, por articular los procedimientos para afrontar por la negociación colectiva el reto de la digitalización de las relaciones laborales que, hasta este momento, no presume «del rigor que fuera deseable». En cierto modo, el Marco Europeo constituye una metodología cuyo objetivo se centra en

las modalidades de conexión y desconexión plantea como medidas: proporcionar la orientación e información a los empleadores y personas trabajadoras sobre el respeto de las normas relativas a la jornada laboral y las normas sobre teletrabajo y trabajo móvil, incluida la manera de utilizar las herramientas digitales, además de los riesgos de pasar demasiado tiempo conectados, en particular para la salud y la seguridad. Y, así mismo, la prevención del aislamiento en el trabajo por la preocupación que genera sobre la seguridad, salud y bienestar físico y mental de las personas trabajadoras.

En definitiva, es necesario poner de relieve, conforme a lo planteado en las líneas precedentes, que «las nuevas formas de organización del trabajo que están apareciendo o se están potenciando en el ámbito laboral, precisan de un análisis continuo de las herramientas clásicas de la prevención de riesgos laborales para poder gestionar de forma adecuada la seguridad y salud del personal involucrado»⁶⁰, pero sobre eso no procede entrar ahora por exceder del propósito de esta aportación.

5. Conclusiones

Efectivamente, desde la aparición de internet así como tras el desarrollo e incremento de dispositivos tecnológicos que han sido incorporados al mundo del trabajo como medio de desarrollo de la prestación laboral y como consecuencia de su uso frenético y prolongado se ha constatado que ha repercutido en la salud laboral de las personas trabajadoras causando un desgaste tecnodigital. Si bien es cierto que son reconocibles e indiscutibles los beneficios de su uso; inmediatez, rapidez, fluidez, entre otros, no es menos cierto que también puedan señalarse aspectos negativos, que ponen en jaque la seguridad y salud del trabajador. Concretamente, en aspectos tales como el contenido, la carga y el tiempo de trabajo, que se vean potenciados negativamente precisamente por la interacción de las tecnologías *vs* trabajador.

Tampoco cabe la menor duda de que la digitalización constituye una oportunidad para las empresas en aras de alcanzar niveles de productividad y optimización de sus recursos necesarios para competir en el mercado. No obstante lo cual, la sorpresiva pandemia de la Covid-19, tuvo un impacto

abordar los retos como las oportunidades que plantea «el nuevo horizonte tecnológico». Vid. J.M. GOERLICH PESET, *El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización*, en *Documentación Laboral*, 2021, n. 122, pp. 54-56.

⁶⁰ NTP 1.165, [Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo](#), 2021, p. 1.

negativo que pondría a prueba todo el marco que sustenta la seguridad y salud laboral. Propició, por fuerza mayor, la deslocalización física/tradicional del trabajador por el enclaustramiento domiciliario como medida alternativa y prioritaria para dar continuidad, oxígeno y salvaguarda de los puestos de trabajo. Y, por ende, ha propiciado un cambio estructural «en las pautas de vida y los patrones axiológicos de las sociedades»⁶¹.

Ello ha supuesto que como consecuencia de esta experiencia en la que coexistió una relación de binomio conformada por pandemia y el teletrabajo, se produjeran situaciones de dependencia electrónica, interacción prolongada y extenuada a este tipo de dispositivos electrónicos por las personas trabajadoras. Y, en consecuencia, fructificaron riesgos psicosociales asociados al uso de las herramientas digitales con un efecto negativo en su salud, lo que no significa que, antes de esta experiencia socio-sanitaria, fuesen desconocidos o no hubieran sido examinados por la doctrina. Ni mucho menos, pero si es cierto que la implantación por fuerza mayor del teletrabajo permitió comprobar en primera persona que la sumisión tecnológica puede socavar la seguridad y salud laboral. Salen a la palestra las denominadas tecnopatologías como el tecnoestrés, tecnoansiedad, tecnofobia, tecnofatiga y tecnoadicción. Ello lleva a plantearnos si, en cierto modo, solamente se trata de preocupaciones actuales transitorias sobre seguridad y salud laboral dadas las circunstancias vividas. O, si seriamente pudiéramos estar hablando de las nuevas enfermedades profesionales en el futuro teniendo en cuenta que el proceso de digitalización progresa a pasos agigantados y no se prevé un retroceso en este aspecto.

Como respuesta a las preocupaciones generadas por el “atracción tecnológico” tanto personal como profesional, se vislumbra cómo la política europea sobre seguridad y salud laboral podría ser un elemento tranquilizador en tanto en cuanto Europa lidera y afronta este reto siendo consciente de que siendo inevitable que las tecnologías estén en constante transformación y evolución, también lo es el plantearse nuevas interrogantes respecto a su incorporación al mundo laboral en los términos planteados y sus impactos en la salud de la población trabajadora. Es por ello por lo que la principal baza pasa por remodelar o reforzar el marco jurídico preventivo – nacional y comunitario, de *hard law* y de *soft law*⁶² –

⁶¹ F. ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, p. 17.

⁶² Si bien es cierto, en un primer momento las políticas de la Unión Europea priorizaron las técnicas de *hard law*, en cumplimiento del art. 153 TFUE, propiciando la aprobación de directivas comunitarias y reglamentos en el ámbito preventivo. Pero, sin embargo, este tipo de técnicas *hard law* fueron suplidas por técnicas *soft law* en forma de proyectos, programas, acciones, acuerdos marco, estrategias o marcos estratégicos. Es a partir de este entonces

ante la amenaza constante propiciada por los procesos de digitalización y, especialmente, en la evaluación, identificación y respuesta a los problemas de salud mental de los trabajadores. En definitiva, ofrecer las herramientas e instrumentos necesarios que, sumados a una cultura preventiva y un plan formativo específico, permitan alcanzar el denominado “futuro digital seguro y saludable”. Un reto que, sin duda alguna, es no solo interesante sino necesario, por sus implicaciones en la concierne al bienestar laboral de las personas trabajadoras.

En esta línea se mueve el nuevo *Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación*⁶³, ha venido a realizar una contribución inestimable al debate suscitado al respecto del objeto de esta aportación.

La Comisión Europea ha incidido en la necesidad de atender como abordar con una mayor holgura los riesgos psicosociales. De hecho, pone de manifiesto unos datos abrumadores sobre la salud mental, afectando previamente a la irrupción de la pandemia a 84 millones de personas y que se han visto agravados tras esta experiencia. Es por ello por lo que llega a la conclusión que se está poniendo en jaque el bienestar psicosocial de las personas en un contexto laboral debido, principalmente, a las alteraciones y nuevos horizontes digitales planteados por la interacción con las tecnologías en el puesto de trabajo. Por consiguiente, ante este desafío se considera oportuno planificar una intervención al medio-largo plazo que permita salvaguardar la salud mental y, por ende, acotar, en la medida de lo posible, la aparición de enfermedades mentales en el contexto laboral.

Entre las medidas que interesan poner de manifiesto por el tema central que nos ocupa, algunas de las acciones a las que la Comisión se compromete acometer son las siguientes⁶⁴: a) modernización del marco legislativo en

cuando se potencia el papel de la Comisión para ampliar su campo de actuación e influencia sobre los Estados miembros a fin de armonizar las políticas en materia de seguridad y salud. *Vid.* S. GREER, B. VANHERCKE, *The hard politics of soft law: The case of health*, en E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T. HERVEY (eds.), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge University Press, 2010. Por consiguiente, constituye una actuación de clara orientación política cuyo fin es alcanzar los objetivos propuestos y llevarlos a la práctica determinando los medios, recursos y los plazos necesarios para ello. En profundidad sobre esta cuestión, *vid.* F. TERPAN, *Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law*, en *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n. 1.

⁶³ [COM\(2021\)323 final](#), cit.

⁶⁴ En el mismo sentido, la OIT y la OMS han manifestado el interés sobre el papel que debe adquirir la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo. Así, determinan que es crucial que se proporcione por el empresario al trabajador la información y las directrices oportunas en materia de prevención de riesgos específicos en esta modalidad así como

materia de salud y seguridad en el trabajo en lo que se refiere a la digitalización mediante la revisión de la Directiva sobre los lugares de trabajo y la Directiva sobre los equipos que incluyen pantallas de visualización de aquí a 2023, b) pondrá en marcha una «campaña de la EU-OSHA sobre lugares de trabajo saludables» 2023-2025 dedicada a la creación de un futuro digital seguro y saludable y que se ocupará, en particular, de los riesgos psicosociales y ergonómicos, c) en colaboración con los Estados miembros y los interlocutores sociales, elaborará una iniciativa no legislativa a escala de la UE relativa a la salud mental en el trabajo que evalúe los problemas emergentes relacionados con la salud mental de los trabajadores y plantee orientaciones para la aplicación de medidas antes del fin de 2022, d) elaborará una base analítica, herramientas electrónicas y guías para las evaluaciones de riesgos relacionadas con los empleos y procesos verdes y digitales, incluyendo, en particular, los riesgos psicosociales y ergonómicos, e) consultará al panel de expertos sobre fórmulas efectivas para invertir en materia de salud, con el fin de emitir un dictamen sobre el apoyo a la salud mental de los trabajadores sanitarios y otros trabajadores esenciales antes del fin de 2021, y f) garantizará un seguimiento adecuado de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho a la desconexión⁶⁵.

Como puede comprobarse, el nuevo marco estratégico europeo muestra una preocupación seria sobre los riesgos psicosociales que merman la salud mental de los trabajadores. Planteando en este sentido, al menos teóricamente, una revisión al corto plazo de la normativa europea para modernizarla tomando en consideración el contexto digital actual y futuro al que se enfrentan las relaciones laborales⁶⁶. En definitiva, la finalidad es

articular como el derecho a la desconexión para su ejercicio y disfrute correcto. Y, por otro lado, realzan el valor de la formación tanto a trabajadores como a directivos en la gestión eficaz de los riesgos asociados al teletrabajo, proponiendo un canal de asistencia en salud ergonómica, mental y psicosocial mediante un sistema de “telesalud”. *Vid.* ILO, WHO, [Healthy and safe telework](#), Technical Brief, 2021.

⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión.

⁶⁶ Recientemente la Comisión Europea ha publicado un informe sobre la reformulación de la Industria 4.0 hacia la Industria 5.0 (M. BREQUE, L. DE NUL, A. PETRIDIS, [Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry](#), European Commission, 2021) por el que pretende plantear un debate sobre una industria europea más sostenible y centrada en el ser humano. Y, de hecho, el Informe hace hincapié en la necesidad de diseñar los nuevos lugares de trabajo digitalizados tomando en consideración mental y el bienestar de las personas trabajadoras, pudiendo asumir la tecnología asimismo un papel fundamental como medio de canalización de una nueva cultura corporativa en aras de alcanzar estos objetivos. En definitiva y como expresa Molina Navarrete, este nuevo concepto debe ser un corrector de las «desviaciones economicistas y mecanicistas» de la

garantizar, tal y como se refleja en las propuestas, un “futuro digital seguro y saludable” a través de las fórmulas e instrumentos necesarios como contención a la aparición de problemas de salud mental⁶⁷.

6. Bibliografía

ALEGRE NUENO M. (2021), *La prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia*, en M. LÓPEZ BALAGUER (dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch

ALEGRE NUENO M. (2018), *La prevención de los nuevos riesgos psicosociales y el derecho a la desconexión digital*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 155

ALEMÁN PÁEZ F. (2022), *El trabajo a distancia en la post-pandemia*, en *Jurisdicción Social*, n. 229

ÁLVAREZ CUESTA H. (2019), *El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa*, en *Lan Harremanak*, n. 42

ÁLVAREZ DE LA ROSA M (2012), *Ley y negociación colectiva en la regulación de la prevención de riesgos laborales*, en *Anales de la Facultad de Derecho*, n. 29

ARAGÓN GÓMEZ C. (2010), *El teletrabajo en la negociación colectiva*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Cinca

BAYLOS GRAU A. (1995), *En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 7

BREQUE M., DE NUL L., PETRIDIS A. (2021), *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, European Commission

industria 4.0, de tal forma que todo el poder asumido por el proceso de innovación a través de la tecnología tome como referencia el bienestar de las personas trabajadoras devolviendo «el sentido eminentemente humano y social» a este tipo de procesos (C. MOLINA NAVARRETE, *Industria 5.0, ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la ley de riders a la ley de nómadas digitales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2022, n. 466, p. 7).

⁶⁷ De acuerdo con un estudio de la OMS si bien es cierto que se ha notado un aumento entre los países miembros de la Unión que informaron sobre programas de prevención de la salud mental (pasando del 41% en 2014 al 52% en 2020) lo cierto es que los datos arrojan una falta de efectividad de estos. Básicamente, tal como indica el informe porque el 31% del total de los programas notificados por los países miembros de la Unión, no contaban con recursos humanos y financieros específicos, el 27% no contaba con un plan concreto y, por último, el 39% no disponen de información que evidencie un progreso y/o impacto. Vid. OMS, *Un informe de la OMS pone de relieve el déficit mundial de inversión en salud mental*, Comunicado de prensa 8 octubre 2021.

- BROD C. (1984), *Technostress. The Human Cost of the Computer Revolution*, Addison-Wesley
- CASAMITJANA N. (1998), [La Formación en Prevención de Riesgos Laborales: una oportunidad que no debemos dejar escapar](#), en [Archivos de Prevención de Riesgos Laborales](#), 1998, n. 3
- CEBALLOS AMANDI J.A. (2000), *La prevención de riesgos laborales: una reflexión*, en *Anales de Mecánica y Electricidad*, n. 2
- DOMÍNGUEZ MORALES A. (2017), *El tratamiento de la negociación colectiva del teletrabajo como modalidad de gestión del cambio*, en J. CRUZ VILLALÓN (dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cinca
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2020), *Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. En especial a la luz de los nuevos retos 4.0*, en [Temas Laborales](#), n. 153
- GARRIGUES GIMÉNEZ A. (2005), *La prevención de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 57
- GETE CASTRILLO P. (1997), *El papel de la negociación colectiva en la prevención de los riesgos laborales*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1
- GOERLICH PESET J.M. (2021), *El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización*, en *Documentación Laboral*, n. 122
- GONZÁLEZ ORTEGA S., APARICIO TOVAR J. (1996), *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta
- GREER S., VANHERCKE B. (2010), *The hard politics of soft law: The case of health*, en E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T. HERVEY (eds.), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge University Press
- IGARTUA MIRÓ M.T. (2021), *Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva*, en [Trabajo, Persona, Derecho, Mercado](#), n. 3
- IGARTUA MIRÓ M.T. (2000), *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: Problemas y propuestas de soluciones*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e Inmigración
- ILO, WHO (2021), [Healthy and safe telework](#), Technical Brief
- INFOJOBS (2021), [El 82% de los trabajadores españoles responden llamadas o emails fuera del horario laboral](#), en [www.infojobs.net](#), 23 junio
- INFOJOBS (2021), [El incremento de los gastos en el hogar, principal problemática del teletrabajo para el 40% de los españoles](#), en [www.infojobs.net](#), 30 marzo
- INSHT (1994), [Teletrabajo: criterios para su implantación](#), NTP 412

- INSHT (2004), [*Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*](#), NTP 730
- INSHT (1997), [*Factores psicosociales: metodología de evaluación*](#), NTP 443
- INSHT (1994), [*Trabajos en situación de aislamiento*](#), NTP 344
- INSSBT (2018), [*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación \(TIC\) \(II\): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*](#), NTP 1.123
- INSSBT (2018), [*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación \(TIC\) \(I\): nuevas formas de organización del trabajo*](#), NTP 1.122
- INSST (2021), [*Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo*](#), NTP 1.165
- JAY T.B. (1981), *Computerphobia: What to do about it*, en *Educational Technology*, vol. 21, n. 1
- LAGO BURGOS I. (2017), *El teletrabajo y la gestión en la Prevención de los riesgos laborales*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 153
- LEKA S., GRIFFITHS A., COX T. (2004), [*La organización del trabajo y el estrés. Estrategias sistemáticas de solución de problemas para empleadores, personal directivo y representantes sindicales*](#), OMS
- LUQUE PARRA M., GINÈS I FABRELLAS A. (2016), [*Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*](#), CEOE
- MARTÍN P., SALANOVA SORIA M., CIFRE GALLEGO E. (1999), *El proceso de "Tecnoestrés" y estrategias para su prevención*, en *Prevención, Trabajo y Salud*, n. 1
- MARTÍN RODRÍGUEZ O. (2020), [*El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*](#), en *Lan Harremanak*, n. 44
- MARTÍNEZ-ÍÑIGO D. (2001), [*Evolución del concepto de Trabajo emocional: dimensiones, antecedentes y consecuencias. Una revisión teórica*](#), en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, n. 17
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE L. (2014), *Los riesgos psicosociales asociados a las nuevas tecnologías implantadas en los puestos de trabajo. Análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI (dir.), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas
- MELLA MÉNDEZ L. (2021), *Valoración crítica del RD-Ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), [*Estadística de convenios colectivos de trabajo. Avance mensual – Diciembre 2021*](#)
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2021), [*Estadística de convenios colectivos de trabajo. Avance mensual – Diciembre 2020*](#)

- MOLINA NAVARRETE C. (2022), *Industria 5.0, ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la ley de riders a la ley de nómadas digitales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 466
- MORENO-JIMÉNEZ B. (2014), [Los riesgos laborales psicosociales: marco conceptual y contexto socioeconómico](#), en *ORP Journal*, n. 1
- MUÑOZ SALAS M. (1998), *La Prevención de Riesgos Laborales en España*, en *Péndulo*, n. 10
- OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES UGT (2013), [Acuerdo marco Europeo sobre estrés laboral](#), Ficha de Prevención, n. 48
- OMS (2021), [Un informe de la OMS pone de relieve el déficit mundial de inversión en salud mental](#), Comunicado de prensa 8 octubre
- ROJO TORRECILLA E (2020), [El trabajo a domicilio \(en versión clásica y moderna\). La aplicación del Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184 de la OIT \(y referencias a la normativa española y al acuerdo europeo\)](#), en www.eduardorjotorrecilla.es, 17 marzo
- SABADELL I BOSCH M., GARCÍA GONZÁLEZ-CASTRO G. (2015), [La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo](#), en *Oikonomics*, n. 4
- SALA FRANCO T. (1996), [El deber empresarial de protección al trabajador en materia de seguridad y salud laboral](#), en *Derecho y Salud*, n. 1
- SALANOVA SORIA M. (2007), [Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo](#), en *28 de Abril*, n. 1
- SALANOVA M., GRAU R., LLORENS S., SCHAUFELI W.B. (2001), [Exposición a las tecnologías de la información, burnout y engagement: el rol modulador de la autoeficacia relacionada con la tecnología](#), en *Revista de Psicología Social Aplicada*, n. 1
- SIERRA BENÍTEZ E.M. (2014), *Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas*, en E. ROALES PANIAGUA (dir.), [Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social \(II\)](#), Laborum
- SIERRA BENÍTEZ E.M. (2013), [La nueva regulación del trabajo a distancia](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1
- SIERRA BENÍTEZ E.M. (2011), [El contenido de la relación laboral en el teletrabajo](#), CES de Andalucía
- TERPAN F. (2015), *Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law*, en *European Law Journal*, vol. 21, n. 1
- THIBAULT ARANDA J. (2000), *El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES
- WEIL M.M., ROSEN L.D. (1997), *Technostress. Coping with technology @work, @home, @play*, John Wiley and Sons

Jurisprudencia

[STC 14 enero 2002, n. 5](#)

[STC 24 mayo 2001, n. 119](#)

[STC 11 marzo 1996, n. 35](#)

[STJUE 15 noviembre 2001, asunto C-49/00, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*](#)

Normativa

[Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en BOE, 7 julio 2012, n. 162](#)

Normativa Europea

[Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización, 2021](#)

[Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo \(AMET\), 16 julio 2002](#)

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación](#), 28 junio 2021, COM(2021)323 final

[Decisión del Consejo, de 27 de junio de 1974, relativa a la creación de un Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el centro de trabajo, 74/325/CEE](#)

[Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo](#)

[Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia](#)

[Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal](#)

[Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo](#)

Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión

Normativa OIT

Convenio OIT C187, [Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo](#), 2006

Convenio OIT C177, [Convenio sobre el trabajo a domicilio](#), 1996

Convenio OIT C155, [Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores](#), 1981

Protocolo OIT P155, [Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores](#)

Recomendación OIT R184, [Recomendación sobre el trabajo a domicilio](#), 1996

La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?*

Henar ÁLVAREZ CUESTA**

RESUMEN: La hoja de ruta marcada por el Pacto Verde desde la Unión Europea ha de ser seguida por los distintos países que forman parte de la misma. En España, recientemente ha visto la luz la norma jurídica que sirve de marco para seguir avanzando en la lucha contra el cambio climático. La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética recoge las líneas de tendencia diseñadas por el Pacto Verde Europeo, tanto en cuanto hace a las propuestas climáticas como respecto a la asunción del concepto de transición justa ya desde su Preámbulo. La norma crea los Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima (PNIEC) y la Estrategia de Descarbonización a 2050, así como contempla el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) como instrumento de coordinación.

Palabras clave: Cambio climático, adaptación, mitigación, transición justa.

SUMARIO: 1. La lucha contra el cambio climático. 2. Del *Green Deal* a las Leyes de Cambio Climático europea y española. 3. Una transición laboral y climática justa. 4. Los agentes sociales como protagonistas de la transición justa climática. 5. Bibliografía.

* Texto presentado como comunicación al Congreso Interuniversitario de la OIT sobre justicia social, trabajo decente y objetivos de desarrollo sostenible, 2021.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León (España).

The Fight against the Climate Crisis in Spain's Climate Change Act: a Real Commitment to a Just Transition?

ABSTRACT: The roadmap set out by the European Union's Green Pact must be followed by the different countries that form part of it. In Spain, the legal regulation that serves as a framework for further progress in the fight against climate change has recently come into force. Act No. 7/2021, of 20 May, on Climate Change and Energy Transition takes up the trend lines designed by the European Green Pact, both in terms of climate proposals and with regard to the assumption of the concept of just transition right from its Preamble. The regulation creates the National Energy and Climate Plans (NECPs) and the 2050 Decarbonisation Strategy, as well as the National Climate Change Adaptation Plan (NCCAP) as a coordination instrument.

Key Words: Climate change, adaptation, mitigation, just transition.

1. La lucha contra el cambio climático

Asumido como hecho objetivo y verificable que «los ecosistemas, las personas y las economías de todas las regiones de la Unión se enfrentarán a las importantes consecuencias del cambio climático, como el calor extremo, las inundaciones, las sequías, la escasez de agua, el aumento del nivel del mar, el deshielo de los glaciares, los incendios forestales, los vendavales y las pérdidas agrícolas»¹, cabe remitirse para un análisis en profundidad a los cinco los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) creado en el año 1988 en el seno de la ONU, a saber, informes realizados en 1990, 1995, 2001, 2007 y 2014, el sexto, que verá la luz en 2022, afirma que dicho cambio ya ha producido, debido a la acción humana, mutaciones irreversibles cuyos efectos se prolongarán durante milenios, por lo que resulta de extrema urgencia una intervención que evite el empeoramiento de la situación. Sustenta sus conclusiones en el contenido de los informes de evaluación de los tres grupos de trabajo existentes: el primero evalúa la ciencia física del cambio climático; el segundo analiza la vulnerabilidad de los sistemas naturales y socioeconómicos, los posibles impactos (positivos y negativos) y las opciones de adaptación existentes; el tercero, en fin, se dedica a buscar vías de mitigación y métodos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y para eliminarlos de la atmósfera².

Como armas jurídicas en la lucha contra la crisis climática debe destacarse la adopción, en 1992, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, a la que en 1997 se adicionó el Protocolo de Kyoto (modificado en 2006 y 2010), con medidas de obligado cumplimiento. En el marco proporcionado por esta Convención se adoptó en el año 2015 el Acuerdo de París, tratado internacional jurídicamente vinculante y fundamental para comprender las actuaciones nacionales e internacionales posteriores. En fin, en noviembre de 2021 se está celebrando la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP26), con los objetivos de sobra conocidos de limitar el aumento de temperatura a 1,5° C, la eliminación del carbón y la reducción de las emisiones de metano.

A las mencionadas anteriormente cabe añadir la Resolución A/RES/70/1,

¹ Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 (*Legislación europea sobre el clima*).

² Cfr. IPCC, *Global Warming of 1.5 °C*, 2019; IPCC, *Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*, 2019, IPCC, *Climate Change and Land*, 2020, y IPCC, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis*, 2021.

adoptada el 25 de septiembre de 2015, por la Asamblea General, sobre una nueva agenda de desarrollo sostenible denominada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*³. No procede en este momento examinar en profundidad cada uno de dichos objetivos, sino centrar la atención en el ODS 13 (*Acción por el Clima*), que apuesta por la adopción de «medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos». Teniendo en cuenta que cada uno de los ODS no son compartimentos estancos, cabe reseñar la vinculación entre el cambio climático y algunas de las metas de los restantes objetivos; así, está indisolublemente ligado al ODS 7 que se centra en el sector energético y busca garantizar el acceso universal a una energía asequible, segura, sostenible y moderna; al ODS 12 que busca garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; el ODS 14 destinado a conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; y al ODS 15 que pretende gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad. A través del [ODS 13](#), se insta a adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos y a alcanzar las siguientes metas:

- 13.1 fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los países;
- 13.2 incorporar medidas relativas al cambio climático en las políticas, estrategias y planes nacionales;
- 13.3 mejorar la educación, la sensibilización y la capacidad humana e institucional respecto de la mitigación del cambio climático, la adaptación a él, la reducción de sus efectos y la alerta temprana;
- 13.a cumplir el compromiso de los países desarrollados que son partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de lograr para el año 2020 el objetivo de movilizar conjuntamente 100.000 millones de dólares anuales procedentes de todas las fuentes a fin de atender las necesidades de los países en desarrollo respecto de la adopción de medidas concretas de mitigación y la transparencia de su aplicación, y poner en pleno funcionamiento el Fondo Verde para el Clima capitalizándolo lo antes posible;
- 13.b promover mecanismos para aumentar la capacidad para la planificación y gestión eficaces en relación con el cambio climático

³ A.J. RODRÍGUEZ REDONDO, *La consistencia del contenido de las contribuciones determinadas a nivel nacional del acuerdo de París con los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2021, n. 118.

en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, haciendo particular hincapié en las mujeres, los jóvenes y las comunidades locales y marginadas.

Las dos estrategias mencionadas frente al cambio climático constatado, esto es, la mitigación y la adaptación a los cambios que la crisis climática y la lucha frente a la misma ocasionan conllevan efectos en el ámbito socioeconómico y productivo. Así, la mitigación pretende frenar el proceso de cambio climático limitando o evitando las emisiones de gases de efecto invernadero y eliminando estos gases de la atmósfera mediante la limitación de las emisiones industriales de carbono, la reforestación que ayuda a la eliminación del dióxido de carbono en la atmósfera o los cambios en el consumo individual destinados a reducir la propia huella de carbono. La adaptación, por su parte, implica cambios que facilitan la adaptación al clima real o previsto en el futuro, moderando los efectos nocivos o aprovechando las oportunidades beneficiosas que se derivan de él. Estas medidas de adaptación pueden ser reactivas, como respuesta a condiciones que ya han cambiado, o proactivas, en previsión de futuros impactos (algunos ejemplos son el refuerzo de los edificios para que resistan mejor las tormentas, la restauración del medio ambiente, la creación de sistemas de alerta temprana y el desarrollo de variedades de cultivos resistentes al clima. Estas dos formas de acción climática son complementarias e igualmente vitales)⁴. En las siguientes líneas se tratan de analizar las medidas, tanto de mitigación como de adaptación, adoptadas a nivel europeo e interno y los efectos que acarrearán en el mundo laboral.

2. Del *Green Deal* a las Leyes de Cambio Climático europea y española

La Unión Europea ha apostado por diseñar un *Green Deal* con el objetivo de transformar la Unión Europea en una «sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos»⁵. Este Pacto Verde utiliza como pilares la sostenibilidad, la economía verde y circular (definida la primera como una economía que mejora el bienestar humano y la equidad social, al tiempo que reduce

⁴ Vid. UN, *World Social Report 2020. Inequality in a Rapidly Changing World*, 2021, p. 89.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El Pacto Verde Europeo*, 11 diciembre 2019, COM(2019)640 final.

significativamente los riesgos ambientales y la escasez ecológica⁶, y la segunda como aquella no lineal basada en el trinomio extraer-usar-tirar, sino en la que desaparece el concepto de residuos y aparece el concepto de recursos, que pueden ser utilizados de nuevo por el sistema de producción⁷) y la transición justa e integradora (entendida como aquella cuyos costes y beneficios se distribuyan equitativamente entre los distintos grupos sociales, las industrias y las regiones y entre las generaciones presentes y futuras⁸). A este respecto, prevé dar «prioridad a la dimensión humana y prestar atención a las regiones, los sectores y los trabajadores expuestos a los mayores desafíos»⁹.

Los propósitos del Pacto Verde han devenido norma jurídica a través del Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 (Legislación europea sobre el clima, en adelante Ley del Clima europea) con el fin de establecer un marco para la reducción progresiva e irreversible de las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero por las fuentes y el incremento de las absorciones de gases de efecto invernadero por los sumideros (art. 1).

En España, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (Ley de Cambio Climático), trata, de un lado, de avanzar en la lucha contra la crisis climática y de otra, de anticiparse y «ofrecer respuestas solidarias e inclusivas a los colectivos más afectados por el cambio climático y la transformación de la economía» (Preámbulo de la Ley de Cambio Climático). El objeto de esta Ley, de conformidad con su art. 1, se articula en cuatro pilares: asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París, firmado por España el 22 de abril de 2016; facilitar la descarbonización de la economía española; promover la adaptación a los impactos del cambio climático; y, por último, implantar un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente. Precisamente entre sus principios rectores recogidos en el art. 2, vuelve a aparecer el desarrollo

⁶ Vid. UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION, *Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy*, 2016, p. 18.

⁷ Vid. A.B. SÁNCHEZ (coord.), *Informe sobre sostenibilidad en España 2017. Cambio de rumbo, tiempo de acción*, Fundación Alternativas, 2017, p. 37.

⁸ Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, *Un planeta limpio para todos – La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra*, 20 agosto 2019, y Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Justicia climática» (Dictamen de iniciativa), 2 marzo 2018.

⁹ COM(2019)640 final, cit.

sostenible, unido a la cohesión social y territorial, la protección de colectivos vulnerables y la igualdad entre mujeres y hombres.

Las actuaciones de mitigación y adaptación pondrán el foco en las siguientes prioridades, siguiendo la Comunicación de la Comisión *El Pacto Verde Europeo*.

1. Reducción de emisiones

La meta señalada pasa por lograr la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de aquí a 2030 al 50%, como mínimo, y hacia el 55% con respecto a los niveles de 1990 de manera responsable. Asimismo, uno de los objetivos esenciales del nuevo marco político será estimular el desarrollo de mercados pioneros de productos climáticamente neutros y circulares, tanto dentro como fuera de la UE.

La denominada Ley del Clima Europea establece un objetivo de neutralidad climática para 2050: «las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero reguladas en el Derecho de la Unión estarán equilibradas dentro de la Unión a más tardar en 2050, por lo que en esa fecha las emisiones netas deben haberse reducido a cero y, a partir de entonces, la Unión tendrá como objetivo lograr unas emisiones negativas» (art. 2).

En España, la Ley de Cambio Climático apuesta por reducir las emisiones de gases de efecto invernadero del conjunto de la economía española en, al menos, un 23% respecto del año 1990 (art. 3).

2. Eficiencia energética y apuesta por renovables

En España, la Ley de Cambio Climático prevé alcanzar una penetración de energías de origen renovable en el consumo de energía final de, al menos, un 42%; alcanzar un sistema eléctrico con, al menos, un 74% de generación a partir de energías de origen renovables; y mejorar la eficiencia energética disminuyendo el consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5%, con respecto a la línea de base conforme a normativa comunitaria (art. 3). Y obliga a que antes de 2050, en todo caso, y en el más corto plazo posible, España alcance la neutralidad climática con el objeto de dar cumplimiento a los compromisos internacionalmente asumidos y, sin perjuicio de las competencias autonómicas, el sistema eléctrico deberá estar basado, exclusivamente, en fuentes de generación de origen renovable.

Conviene no olvidar tampoco cómo, si bien los impactos de las renovables en el medio ambiente son mucho menores que en las energías no renovables, también existen: destrucción del territorio fruto de la extracción de los materiales que requieren o los impactos sobre la biodiversidad en los

lugares donde se implantan, que son especialmente notables en la hidroeléctrica¹⁰.

3. Transformación digital verde

No cabe duda que la transformación digital constituye un factor clave para propiciar la consecución de los objetivos de la neutralidad climática pretendida desde la Unión Europea (por ejemplo, brinda la oportunidad de controlar a distancia la contaminación del aire y del agua, o la monitorización y optimización del modo de utilización de la energía y los recursos naturales, tal y como recoge la Comunicación de la Comisión *El Pacto Verde Europeo*, pero, a la par, conlleva una huella de carbono “oculta” similar a la de la aviación)¹¹.

4. Reciclaje y reutilización

El Parlamento Europeo apoya una legislación destinada a que los productos sean más duraderos, reparables, reutilizables y reciclables y pide que se presenten propuestas legislativas sobre el derecho a la reparación, la eliminación de la obsolescencia programada¹². Falta, empero, apostar verdaderamente por el reciclaje y no por la mera gestión de residuos en España¹³.

5. Transporte sostenible

El transporte representa la cuarta parte de las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión y no deja de aumentar. Para lograr la neutralidad climática¹⁴, es necesaria una reducción del 90% de las emisiones procedentes del transporte (por carretera, por ferrocarril, aéreo y por vías

¹⁰ Vid. J. ÁLVAREZ (coord.), *Empleo y transición ecosocial*, Ecologistas en Acción, 2021, p. 12.

¹¹ Vid. AA.VV., *AI Now 2019 Report*, AI Now Institute, 2019, p. 47.

¹² Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre el Pacto Verde Europeo.

¹³ Al respecto, vid. J. ÁLVAREZ (coord.), *op. cit.*, p. 15 ss.

¹⁴ La Estrategia Europea a Largo Plazo *Un planeta limpio para todos* (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones *Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra*, 28 noviembre 2018, COM(2018)773 final) propone una visión para conseguir de aquí a 2050 la neutralidad climática por medio de una transición socialmente justa y rentable.

navegables) de aquí a 2050¹⁵. Para lograrlo, la Comisión adoptó el 9 de diciembre de 2020 una Comunicación titulada *Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro*¹⁶. Dicha estrategia establece una hoja de ruta para un futuro sostenible e inteligente para el transporte europeo, con un plan de acción para lograr una reducción del 90% de las emisiones del sector del transporte de aquí a 2050.

6. Agricultura, ganadería y pesca

El Parlamento Europeo «destaca la importancia de la agricultura europea y su potencial para contribuir a la acción por el clima, la economía circular y a la mejora de la biodiversidad y para promover el uso sostenible de materias primas renovables; [y] destaca que los agricultores de la Unión deben recibir las herramientas necesarias para luchar contra el cambio climático y adaptarse al mismo»¹⁷. Al tiempo, no deja de constituir un sector extremadamente vulnerable al cambio climático y por ello la Ley del Clima europea recomienda a los Estados miembros que promuevan soluciones basadas en la naturaleza y una adaptación basada en los ecosistemas.

7. Industria química

Para garantizar un entorno sin sustancias tóxicas, la Comisión presentará una estrategia en el ámbito de las sustancias químicas con vistas a la sostenibilidad. Esta estrategia contribuirá tanto a mejorar la protección de los ciudadanos y el medio ambiente contra las sustancias químicas peligrosas como a impulsar la innovación para el desarrollo de alternativas seguras y sostenibles¹⁸.

¹⁵ *Vid.* COM(2019)640 final, cit.

¹⁶ COM(2020)789 final.

¹⁷ «Destaca que la agricultura tiene el potencial para ayudar a la Unión a reducir sus emisiones mediante prácticas sostenibles, como la agricultura de precisión, la agricultura ecológica, la agroecología, la agrosilvicultura, el aumento del bienestar de los animales y la prevención de enfermedades humanas y animales, incluida la gestión sostenible de los bosques, la captura de carbono, y una mejor gestión de los nutrientes para contribuir a alcanzar los objetivos del Pacto Verde Europeo; recalca la importancia de incentivar a los agricultores para que adopten métodos que aporten beneficios cada vez mayores para el clima, el medio ambiente y la biodiversidad de manera justa, oportuna y económicamente viable» (Resolución sobre el Pacto Verde Europeo, cit.).

¹⁸ *Vid.* COM(2019)640 final, cit.

3. Una transición laboral y climática justa

Los efectos que conllevan las herramientas de lucha contra el cambio climático hacen insoslayable, en palabras de la ONU, apostar por una transición equitativa hacia economías verdes, la cual «exige integrar los objetivos climáticos con políticas sociales y económicas destinadas a reducir la vulnerabilidad, apoyar a los afectados por el cambio climático y crear empleos dignos»¹⁹.

Dado que es necesario alcanzar los objetivos marcados a nivel europeo y español, todos los sectores de actividad se verán forzados a adaptar sus modos de producción y este cambio tendrá su reflejo en el sistema de relaciones laborales. Entre las múltiples implicaciones que conllevan los cambios propuestos destaca la repercusión sobre los sectores mencionados en términos de empleo (por cuanto aquí importa, su calidad y cantidad). Así sucede a la hora de proponer el objetivo climático de la Unión para 2040, en el que la Ley del Clima europea considera que es necesario tener en cuenta, entre otros factores las repercusiones sociales, económicas y ambientales, incluido el coste de la inacción y la necesidad de garantizar una transición justa y socialmente equitativa para todos (art. 4.5).

Por tal razón, la transición justa pretendida ha de poner en valor aquellas ocupaciones calificadas como esenciales, los empleos denominados verdes o ecoempleos y apostar por inversión en industria tecnológica y por estas tres líneas de actuación parece apostar el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en las cuales el trabajo decente vertebrará las condiciones laborales y constituya el “corazón” de esas ocupaciones “verdes”²⁰.

Precisamente el Componente 10 del Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia español, partiendo del propio concepto de transición justa, que implica no dejar a nadie atrás en el proceso de transición energética, trata de integrar a trabajadores y territorios afectados por los cierres en una economía más ecológica, baja en carbono, desde un enfoque concertado entre todos los agentes para un tratamiento equitativo y solidario, minimizando los impactos negativos sobre el empleo, el medioambiente y la despoblación de estos territorios.

La Ley de Cambio Climático, desde el propio Preámbulo, tiene en cuenta las consecuencias que las medidas contenidas en la misma pueden suponer para el mundo del trabajo: «la transición a una economía descarbonizada

¹⁹ UN, *op. cit.*, p. 88 ss.

²⁰ Vid. H. ÁLVAREZ CUESTA, *El futuro del trabajo después de la pandemia y los empleos del futuro*, en *Gaceta Sindical*, 2020, n. 35, p. 172.

requiere también de medidas que faciliten una transición justa para los colectivos y áreas geográficas más vulnerables. La transición hacia un modelo productivo más ecológico que sea socialmente beneficioso, en un país con altas tasas de desempleo como España, se logrará promoviendo la transición ecológica de las empresas, las metodologías de trabajo y del mercado laboral en general. Estos esfuerzos crearán oportunidades de empleo decente, incrementando la eficiencia de los recursos y construyendo sociedades sostenibles con bajas emisiones de carbono». En este sentido, la Ley acude como concepto clave al aquí analizado (“transición justa” hacia un desarrollo sostenible para lograr trabajo decente, inclusión social y erradicación de la pobreza²¹), es decir, un sistema productivo capaz de aunar ecología y empleo²².

Cierto es que las estimaciones son halagüeñas en volumen de empleo neto: se destruirán puestos, pero se compensará con la creación de otros nuevos (de nuevo surge la comparación con el impacto de la robotización²³). En términos generales, la OIT ha estimado que, en el marco de la transición hacia la sostenibilidad energética, «hasta 2030, se crearán casi 25 millones de empleos y se perderán 7 millones de empleos en todo el mundo» y «el desarrollo de una economía circular permitirían crear para 2030 un total neto entre 7 y 8 millones de nuevos empleos, con respecto a una situación en la que todo siguiera igual. En la hipótesis de que se verifique el escenario de la economía circular, se creará un volumen bruto de unos 78 millones de empleos, al tiempo que se destruirán alrededor de 71 millones. En lo que se refiere a los trabajadores que perderán el empleo, un número importante, cerca de 49 millones, encontrarán vacantes en la misma ocupación en otros sectores dentro del mismo país, es decir, a través de la reubicación de la fuerza de trabajo. En cuanto a los demás, se crearán cerca de 29 millones de empleos, sin reubicación, y se destruirán algo menos de 22 millones de empleos sin que se abran vacantes en la misma ocupación en otros sectores»²⁴.

La otra cara de la moneda la forman cuantas personas pierdan su trabajo y no puedan conseguir otra ocupación. Dicha situación se verá exacerbada dependiendo de la edad, formación, género y territorio en el que residan. En consecuencia, es necesario garantizar, como pide el Parlamento

²¹ Vid. ILO, *Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all*, 2015, p. 6.

²² Vid. ILO, *The social and decent work dimensions of a new Agreement on Climate Change*, 2009, pp. 9-10.

²³ Al respecto, vid. M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Bomarzo, 2020.

²⁴ OIT, *Competencias profesionales para un futuro más ecológico. Conclusiones principales*, 2019, p. 9.

Europeo, la «cohesión económica, social y territorial de las transiciones, prestando especial atención a las regiones más desfavorecidas, a las zonas afectadas por la transición industrial (principalmente las regiones mineras y las zonas dependientes de industrias con altas emisiones de carbono, como la producción de acero), a las zonas escasamente pobladas y a los territorios vulnerables desde el punto de vista medioambiental»²⁵.

Las medidas que facilitan una transición justa son de sobra conocidas: el desarrollo de competencias adaptadas a las nuevas necesidades productivas, tanto en nuevos sectores como en diferentes ocupaciones (según estima la OIT «hará falta una inversión masiva en formación para que los trabajadores adquieran las competencias profesionales que se exigirán a quienes ocupen alrededor de 20 millones de nuevos empleos»²⁶) y la protección social de quienes han perdido su puesto y no han podido acceder a los nuevos creados²⁷.

Respecto a las primeras, en una economía de bajo carbono es probable que algunas habilidades se vuelvan obsoletas debido a cambios estructurales en el mercado de trabajo y, al tiempo, se creen nuevas habilidades a medida que surjan nuevas ocupaciones de “cuello verde”, y algunos puestos de trabajo existentes cambiarán de naturaleza²⁸. Por ello, se necesitarán competencias más específicas relacionadas con la economía verde²⁹, como el conocimiento de los materiales sostenibles, las capacidades para medir la “impresión de huella de carbono” y las habilidades de evaluación del impacto ambiental (flora y fauna)³⁰. La estrategia ha de consistir en anticiparse a las tendencias futuras del empleo en estas economías verdes, con el fin de que los Estados puedan evitar tanto la desigualdad y la pobreza como la escasez de mano de obra³¹.

En cuanto a la protección social, los Estados deben crear políticas de reactivación diseñadas atendiendo a las características propias de cada sector y territorio³² y mientras tanto proporcionar adecuada protección

²⁵ Resolución sobre el Pacto Verde Europeo, cit.

²⁶ OIT, *op. cit.*, p. 9.

²⁷ Vid. ILO, *Work in a changing climate. The Green Initiative*, 2017, p. 13.

²⁸ Sobre el futuro del trabajo (y el diseño de un nuevo Estatuto de los Trabajadores) y la necesaria reformulación de la formación “tecnológica”, vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 63, p. 12 ss.

²⁹ Al respecto, vid. OIT, *op. cit.*, p. 9 ss.

³⁰ Vid. EUROPEAN PARLIAMENT, [*The impact of climate change policies on the employment situation. Summary of evidence note*](#), 2010.

³¹ Vid. S. STEPHENSON, *Jobs, Justice, Climate: Conflicting State Obligations in the International Human Rights and Climate Change Regimes*, en *Ottawa Law Review*, 2010, vol. 42, n. 1, p. 11.

³² *Idem*.

social³³.

En España, la Ley de Cambio Climático ha incorporado previsiones destinadas a propiciar la transición justa en los términos analizados. De un lado, regula el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC), el cual ha de incorporar (art. 17.3):

- a. la identificación y evaluación de impactos previsibles y riesgos derivados del cambio climático para varios escenarios posibles;
- b. la evaluación de la vulnerabilidad de los sistemas naturales, de los territorios, de las poblaciones y de los sectores socioeconómicos. En esta evaluación es preciso fijar la atención y convertir en un aspecto central de la misma las consecuencias que los distintos escenarios supondrían para las actividades productivas y el empleo en los distintos territorios, con particular atención al sector agropecuario de cada zona;
- c. un conjunto de objetivos estratégicos concretos, con indicadores asociados;
- d. un conjunto de medidas de adaptación orientadas a reducir las vulnerabilidades detectadas. Para el diseño de los objetivos y de las herramientas mencionadas es preciso contar con la participación y colaboración de «los distintos niveles de las administraciones públicas, las organizaciones sociales y la ciudadanía en su conjunto», entre quienes cabe destacar el papel que han de asumir los sindicatos y las organizaciones empresariales a la hora de dibujar las concretas disposiciones a llevar a cabo en atención a los sectores y subsectores de actividad afectados y las características de los mismos.

Más claramente aparece desarrollada la perspectiva sociolaboral en la Estrategia de Transición Justa, la cual constituye el «instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición» e incluirá los siguientes contenidos aprobados con carácter quinquenal (art. 27):

- a. identificación de colectivos, sectores, empresas y territorios potencialmente vulnerables al proceso de transición a una economía baja en emisiones de carbono;
- b. análisis de las oportunidades de creación de actividad económica y empleo vinculadas a la transición energética;
- c. políticas industriales, agrarias y forestales, de investigación y desarrollo,

³³ Vid. OIT, *Sostenibilidad medioambiental con empleo. Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2018*, 2018, p. 41 ss.

- de innovación, de promoción de actividad económica y de empleo y formación ocupacional para la transición justa;
- d. instrumentos para el seguimiento del mercado de trabajo en el marco de la transición energética mediante la participación de los agentes sociales, así como en las mesas de diálogo social;
 - e. el marco de elaboración de los convenios de Transición Justa.

En el marco de esta Estrategia de Transición Justa y para su desarrollo se suscribirán convenios de transición justa con el objeto de fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones (art. 28.1).

Estos convenios de transición justa se suscribirán entre el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, previo informe del Ministerio de Trabajo y Economía Social, del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y otras Administraciones Públicas, en particular, Entidades Locales de áreas geográficas vulnerables a la transición hacia una economía baja en carbono. Y contempla también la participación de empresas, organizaciones de los sectores empresariales, organizaciones sindicales, universidades, centros educativos, asociaciones y organizaciones ambientales no gubernamentales y demás entidades interesadas o afectadas. Respecto a su concreto contenido, los convenios de transición justa incluirán (art. 28.3):

- a. una evaluación del estado de vulnerabilidad del área geográfica o colectivo afectado;
- b. compromisos de las partes participantes en el convenio, incluidas las empresas beneficiarias de medidas de apoyo para la transición;
- c. medidas fiscales, de financiación, de apoyo a la I+D+i, de digitalización, de emprendimiento, de empleo, de protección social y actividades formativas para incentivar la adaptación de los trabajadores, supeditadas al cumplimiento de los objetivos establecidos en el convenio;
- d. un calendario para la adopción de las medidas, con objetivos medibles y mecanismos de seguimiento;
- e. cuando se considere procedente, el acceso prioritario a una parte o a la totalidad de la capacidad de evacuación eléctrica, así como el derecho prioritario al uso y volumen de agua de aquellas concesiones que queden extinguidas tras el cierre de instalaciones de generación de energía eléctrica.

4. Los agentes sociales como protagonistas de la transición justa climática

Quienes han de protagonizar la transición justa climática serán empresarios y trabajadores, y en particular, sus representantes a través de su participación institucional y la negociación colectiva de las concretas medidas de aplicación en un sector o subsector de actividad. La propia OIT ha apostado por incrementar la participación de los trabajadores en este ámbito, pero comienza a dar pasos de gigante en la unión de trabajo decente y desarrollo sostenible mediante el diálogo social y la negociación colectiva³⁴, adoptando como lema: «el tripartismo garantizará que el trabajo de calidad esté en el corazón de una economía verde»³⁵.

A nivel comunitario, un «activo diálogo social»³⁶ «contribuye a que empresas y trabajadores anticipen el cambio y lo gestionen con éxito»³⁷, que ponga el foco en los «trabajadores de todos los sectores y comunidades de la Unión más afectados por la descarbonización, [y en] las regiones mineras con elevada intensidad en emisiones de carbono, a realizar la transición hacia una economía limpia del futuro, sin que ello tenga un efecto desalentador con respecto a iniciativas y proyectos proactivos»³⁸.

En el ámbito interno «deben articularse [...] instrumentos formales de participación y negociación efectiva en todos los ámbitos donde se traten materias de transición ecológica que afecten a las condiciones de las trabajadoras y trabajadores»³⁹, no solo a la hora de negociar los PNACC, sino también en la Estrategia de Transición Justa y en los convenios que la desarrollan. En este sentido, es importante subrayar y valorar positivamente la inclusión como perspectiva a considerar el impacto que supone la lucha contra la crisis climática en los sectores productivos de forma transversal y en los puestos de trabajo en particular. Sin embargo, parece faltar precisión en cuanto al horizonte a alcanzar en esa transición justa, los plazos para su negociación y adopción en cada territorio en concreto para que el convenio de transición justa no se convierta en un remedio ofrecido una vez ya se ha

³⁴ Tal sucede en SUSTAINLABOUR, *Sustainable development and decent work. A training manual for African workers*, 2011, especialmente p. 91 ss.

³⁵ OIT, *Hacia el desarrollo sostenible. Oportunidades de trabajo decente e inclusión social en una economía verde*, 2012, p. 8.

³⁶ P. BRIÓNE, [Just transition. Remembering the UK workforce in the push for net zero](#), Friedrich-Ebert-Stiftung, 2021, p. 13 ss.

³⁷ COM(2019)640 final, cit.

³⁸ Resolución sobre el Pacto Verde Europeo, cit.

³⁹ M. SANZ, *No habrá transición ecológica justa sin diálogo social*, en *Gaceta Sindical*, 2019, n. 33, p. 284.

efectuado el daño laboral⁴⁰.

Como segundo nivel de actuación, la negociación colectiva ha de incorporar (al menos en aquellos sectores y empresas más afectados) mecanismos para diseñar los cambios productivos derivados de la transición justa pretendida, similares a los previstos respecto a la digitalización y automatización («cada vez más los interlocutores sociales han de volcar su atención en la regulación de los despidos [climáticos], teniendo en consideración las características de la actividad o de la empresa en la que se aplique el convenio, pactando tiempo de adaptación, recolocación o superiores indemnizaciones»⁴¹), y prestando especial atención a las necesidades formativas creadas por el cambio a una economía verde. «Las organizaciones sindicales y empresariales se convierten en agentes de defensa del medio ambiente desde la trinchera desde la cual mejor cabe combatir, la de los operadores que principalmente ponen en peligro dicha sostenibilidad, los responsables de la producción y actividad económica»⁴². Es más, la incorporación de este tipo de cláusulas contribuye a la lucha contra el cambio climático, no sólo con la promulgación de normativa respetuosa, también concienciando a los propios trabajadores (y a los empresarios)⁴³.

Superada ya la renuencia a considerar el contenido medioambiental en la empresa como propio de los convenios colectivos, y frente al silencio que guardaban hace una década, la preocupación medioambiental, mediante cláusulas medioambientales (*green-friendly*)⁴⁴ se ha ido incorporando progresivamente, como materia propia convencional en ciertos sectores específicos, y sin haberse convertido todavía en materia vertebral y transversal de todas las negociaciones.

⁴⁰ Vid. H. ÁLVAREZ CUESTA, *La transición justa en la Ley de Cambio Climático*, en *Noticias CIELO*, 2021, n. 9.

⁴¹ H. ÁLVAREZ CUESTA, *El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa*, en *Lan Harremanak*, 2019, n. 42, p. 22. Vid. también J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Trabajo y medio ambiente: perspectivas jurídico laborales*, en L.M. CABELLO DE ALBA (dir.), *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo, 2015, p. 139.

⁴² M.P. RIVAS VALLEJO, *El tratamiento del ambiente natural en el marco de las relaciones laborales*, en G.L. BARRIOS BAUDOR (dir.), *Ambiente Natural, Empresa y Relaciones Laborales*, Aranzadi, 2009, p. 628.

⁴³ Vid. A.B. MUÑOZ RUIZ, *La negociación colectiva como mecanismo de impulso de la competitividad empresarial: II acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español*, en *Información Laboral*, 2014, n. 2.

⁴⁴ Cfr. C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental*, Bomarzo, 2018, p. 87, y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Sostenibilidad ambiental y prevención de riesgos laborales: reflexiones sobre el sector de la construcción ecológica*, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 2018, n. 138.

Al respecto, la regulación convencional contemplada en los acuerdos colectivos, junto a las declaraciones programáticas, y muchas veces separadas por una fina línea (dado que no aparecen objetivos a alcanzar o procedimientos a seguir en la mayor parte de las cláusulas), los convenios incorporan medidas destinadas a la protección del medioambiente y la lucha contra el cambio climático. Las cláusulas más habituales apuestan por el reciclaje y la reducción del consumo de los gastos “corrientes” de la empresa, agua, calefacción, electricidad, papel. Además, y en función de la actividad que desempeñe la concreta empresa o subsector, cabe encontrar otras medidas vinculadas con el proceso productivo desarrollado.

Sin embargo, es preciso constatar, en la mayor parte de los casos, la ausencia de medidas concretas y objetivos a alcanzar establecidos numéricamente. También, de forma llamativa, faltan mecanismos de evaluación y seguimiento (o bien existen, pero son imprecisos) que garanticen el cumplimiento de las previsiones más o menos establecidas. En fin, tampoco, salvo error u omisión, aparece recogido algún sistema de registro de la huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono⁴⁵.

Cuantos convenios muestran su sensibilidad con la defensa del medioambiente y su implicación (aunque sea indirecta) en la lucha contra el cambio climático, tratan de incorporar y extender tales previsiones a los subcontratistas y proveedores, a semejanza de cuanto ocurre en las medidas contenidas en las medidas de responsabilidad social.

De nuevo, queda en manos de los actores clave de las relaciones laborales (gobiernos, empleadores, trabajadores y sindicatos)⁴⁶ equilibrar la balanza entre ganadores y perdedores⁴⁷.

5. Bibliografía

AA.VV. (2019), [AI Now 2019 Report](#), AI Now Institute

ÁLVAREZ CUESTA H. (2021), [La transición justa en la Ley de Cambio Climático](#), en [Noticias CIELO, n. 9](#)

⁴⁵ Vid. C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁶ Vid. S. DUPRESSOIR, A.B. SÁNCHEZ, P. BOBE, V. HOEFELE, *Climate Change and employment. Impact on employment in the European Union-25 of climate change and CO2 emission reduction measures by 2030*, Wuppertal Institute, 2007.

⁴⁷ Vid. D.J. DOOREY, [Just Transitions Law: Putting Labour Law to Work on Climate Change](#), en [www.ssrn.com](#), 22 marzo 2017, p. 3.

- ÁLVAREZ CUESTA H. (2020), *El futuro del trabajo después de la pandemia y los empleos del futuro*, en *Gaceta Sindical*, n. 35
- ÁLVAREZ CUESTA H. (2019), *Descubrir nuevos yacimientos de empleo: emprendimiento, empleos verdes, deporte, cultura y ocio*, en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, M.R. MARTÍNEZ BARROSO (dirs.), *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, Tirant lo Blanch
- ÁLVAREZ CUESTA H. (2019), *El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa*, en *Lan Harremanak*, n. 42
- ÁLVAREZ J. (coord.) (2021), *Empleo y transición ecosocial*, Ecologistas en Acción
- BRIÓNE P. (2021), *Just transition. Remembering the UK workforce in the push for net zero*, Friedrich-Ebert-Stiftung
- CHACARTEGUI JÁVEGA C. (2018), *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental*, Bomarzo
- DOOREY D.J. (2017), *Just Transitions Law: Putting Labour Law to Work on Climate Change*, en www.ssrn.com, 22 marzo
- DUPRESSOIR S., SÁNCHEZ A.B., BOBE P., HOEFELE V. (2007), *Climate Change and employment. Impact on employment in the European Union-25 of climate change and CO2 emission reduction measures by 2030*, Wuppertal Institute
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ J. (2015), *Trabajo y medio ambiente: perspectivas jurídico laborales*, en L.M. CABELLO DE ALBA (dir.), *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo
- EUROPEAN PARLIAMENT (2010), *The impact of climate change policies on the employment situation. Summary of evidence note*
- FREY P. (2019), *The Ecological Limits of Work: on carbon emissions, carbon budgets and working time*, Autonomy
- ILO (2017), *Work in a changing climate. The Green Initiative*
- ILO (2015), *Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all*
- ILO (2009), *The social and decent work dimensions of a new Agreement on Climate Change*
- IPCC (2021), *Climate Change 2021: The Physical Science Basis*
- IPCC (2020), *Climate Change and Land*
- IPCC (2019), *Global Warming of 1.5 °C*
- IPCC (2019), *Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*
- IRENA, ILO (2021), *Renewable Energy and Jobs. Annual Review 2021*, 2021

- MERCADER UGUINA J.R. (2020), *Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico*, en *Trabajo y Derecho*, n. 63
- MUÑOZ RUIZ A.B. (2014), *La negociación colectiva como mecanismo de impulso de la competitividad empresarial: II acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español*, en *Información Laboral*, n. 2
- OIT (2019), *Competencias profesionales para un futuro más ecológico. Conclusiones principales*
- OIT (2018), *Sostenibilidad medioambiental con empleo. Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2018*
- OIT (2012), *Hacia el desarrollo sostenible. Oportunidades de trabajo decente e inclusión social en una economía verde*
- POST (2019), [Research for Parliament. Preparing for a changing world](#), UK Parliament
- RIVAS VALLEJO M.P. (2009), *El tratamiento del ambiente natural en el marco de las relaciones laborales*, en G.L. BARRIOS BAUDOR (dir.), *Ambiente Natural, Empresa y Relaciones Laborales*, Aranzadi
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2018), *Sostenibilidad ambiental y prevención de riesgos laborales: reflexiones sobre el sector de la construcción ecológica*, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n. 138
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M.L. (2020), *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Bomarzo
- RODRÍGUEZ REDONDO A.J. (2021), *La consistencia del contenido de las contribuciones determinadas a nivel nacional del acuerdo de París con los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 118
- SÁNCHEZ A.B. (coord.) (2017), [Informe sobre sostenibilidad en España 2017. Cambio de rumbo, tiempo de acción](#), Fundación Alternativas
- SANZ M. (2019), *No habrá transición ecológica justa sin diálogo social*, en *Gaceta Sindical*, n. 33
- STEPHENSON S. (2010), *Jobs, Justice, Climate: Conflicting State Obligations in the International Human Rights and Climate Change Regimes*, en *Ottawa Law Review*, vol. 42, n. 1
- SUSTAINLABOUR (2011), *Sustainable development and decent work. A training manual for African workers*
- UN (2021), *World Social Report 2020. Inequality in a Rapidly Changing World*
- UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION (2016), [Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy](#)

Envejecimiento, cuidados y dependencia: una protección social con perspectiva de género

*Una reseña por María Cristina Polo Sánchez**

María del Carmen López Aniorte (dir.)

Belén García Romero (dir.)

*Envejecimiento, cuidados y dependencia: una protección social
con perspectiva de género*

Aranzadi, 2020

ISBN: 9788413084824

Esta obra colectiva se dedica al análisis de una realidad incontrovertible en la actualidad: las distintas facetas que adquiere la atención y cuidados de personas dependientes y las implicaciones directas que afectan de manera predominante en su proyección profesional a las mujeres trabajadoras.

Desde la óptica de la corresponsabilidad, como epicentro de la diversidad de reflexiones contenidas en este libro, las profesoras María del Carmen López Aniorte y Belén García Romero, en su condición de directoras de la publicación, han sabido reunir hasta 13 aportaciones de expertos en la materia quienes, centrándose en aspectos específicos que esta materia genera desde el punto de vista sociolaboral, resaltan el grado de consecución de objetivos (con frecuencia inferiores a lo esperado) y las deficiencias aplicativas que aún persisten y que deberán ser revisadas a corto plazo para su definitiva superación.

Con el hilo conductor de la vinculación interna entre la prestación de cuidados y su incidencia en el trabajo femenino, esta obra no se limita en exclusiva al planteamiento de la problemática suscitada en el ámbito de la protección social, sino que, de modo adicional y como novedad, pues no es habitual un enfoque desde tales parámetros, añade asimismo una

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca (España).

perspectiva en términos fiscales, para destacar el estado actual de la cuestión en el apoyo, en concreto, a la contingencia de discapacidad.

Es imprescindible, en primer término, realizar una mención a la tan controvertida y, al mismo tiempo, admitida feminización del trabajo de cuidados. La profesora Alejandra Selma Penalva incide en el núcleo de problema, del que derivan todo tipo de obstáculos que frenan la igualdad de la mujer en el mercado laboral, resaltando la contradicción entre los presupuestos ideales diseñados por los poderes públicos y la escasa traducción que ello despliega en la práctica. Son multitud de fallos en el resultado de previas decisiones que requieren una pronta respuesta. Se formulan, para ello, algunas propuestas de solución, a coste cero, siempre más fáciles de alcanzar pues no suponen un desembolso económico, y que bien podrían ser encomendadas a la negociación colectiva.

Se plantea igualmente en este Capítulo un aspecto de interés, sobre el que no se ha incidido nunca suficientemente de forma abierta: lo relevante no es la existencia de una actividad feminizada, sino que habría que situar el interrogante en el extremo opuesto: por qué subiste la necesidad de cuidado, por qué los poderes públicos han actuado de manera tan cautelosa y parcializada, transmitiendo esa carga a los particulares y, en mayor medida, a las mujeres. Este es uno de los asuntos pendientes sobre los que debería intervenir a lo largo de los próximos años.

En segundo lugar, la protección del nacimiento y cuidado del menor en el marco de la Función Pública es un discurso desarrollado por la profesora Belén García Romero, mostrando el recorrido que ha adquirido la protección de la maternidad sobre la base de un desigual reparto de roles por razones de género, en una trayectoria de apenas tres décadas y con una referencia específica a la gestación por sustitución.

Otra de las cuestiones abordadas sería la incongruencia de reconocer el subsidio especial por nacimiento en exclusiva a la madre biológica trabajadora, y no a otros posibles progenitores, que debería ser corregida, y lo mismo sucede con el permiso por hospitalización del recién nacido, no previsto para los casos de adopción o acogimiento, o con la aconsejable ampliación del descanso en familias monoparentales. Son todos ellos aspectos que bien pudieran ser atendidos en un esperable desarrollo reglamentario.

Como contrapunto a este tema, la profesora Gema Chicano Saura plantea interesantes reflexiones sobre la protección social por cuidados en la Administración Pública, con distintas aproximaciones que denotan la aún inestable regulación al respecto.

Como indicábamos al principio, la corresponsabilidad se erige como centro del debate y sobre ella giran las aportaciones de los profesores Faustino

Cavas Martínez, María Monserrate Rodríguez Egío, María del Carmen López Aniorte y, como reflejo en el modelo italiano de relaciones laborales y protección social, Gina Rosamari Simoncini.

El profesor Cavas destaca las distintas fórmulas para hacer efectiva la corresponsabilidad: permisos retribuidos, reducción de jornada y acumulación en jornadas completas, etc. Se trata de favorecer el reparto de tareas, motivo por el cual, por ejemplo, la concentración horaria no es posible cuando el lactante tiene entre nueve y doce meses.

En el marco del trabajo autónomo, la profesora Rodríguez Egío resalta las dificultades de conseguir un nivel aceptable de corresponsabilidad a causa de la ausencia de límites de jornada en el trabajo por cuenta propia común, mucho más fácil, por el contrario, si se trata de un TRADE, que dispone de más oportunidades para organizar la prestación de su actividad.

Como cierre al tema, se ponen de manifiesto por parte de la profesora López Aniorte las consecuencias de la brecha de género en la posterior obtención de una pensión de jubilación, mostrándose partidaria de un catálogo de medidas compensadoras en favor de las mujeres en tanto no se alcance una corresponsabilidad total y no se consiga una adecuada gestión y flexibilización de los horarios de trabajo.

Finalmente, y desde una perspectiva comparada, la profesora Simoncini apuesta por una protección directa de las familias en Italia, sin plantear la igualdad de género en cuanto al cuidado de los hijos, exponiendo a lo largo del Capítulo cuál ha sido el desarrollo normativo de esta materia en Italia.

En un segundo bloque de la obra, se ofrece una visión global de otras realidades estrechamente vinculadas al ámbito general de análisis: la problemática suscitada por la discriminación indirecta de las trabajadoras a tiempo parcial a la hora de obtener una pensión de jubilación, que el TJUE supo captar en su esencialidad, ofreciendo unas claves determinadas de solución que el profesor Ortiz González-Conde ha expuesto de una manera clara y concisa.

Otra de las pensiones sobre las que de forma periódica se debate en cuanto a su reforma e, incluso, eventual mantenimiento es la pensión de viudedad. La profesora Fernández Collados destaca la necesidad de una revisión desde una perspectiva de género, ofreciendo hasta seis propuestas con las que el legislador pudiera contar para emprender una reforma justa con el menor perjuicio posible para los beneficiarios, desviándola, en su caso, hacia un nivel no contributivo de protección.

La conexión entre violencia y protección frente a la contingencia de viudedad se pone de relieve en el estudio que realiza el profesor Rodríguez Iniesta quien, en primer término, recuerda el silencio que la LGSS guarda para delimitar plenamente su conceptualización. A modo de recomendación,

se propone reconocer no solo la violencia de género, sino también otras formas de violencia merecedoras de protección.

Las dificultades de acreditación constituyen también objeto de análisis, en un recorrido jurisprudencial pormenorizado sobre las decisiones adaptadas en los últimos años. En este sentido, la violencia ejercida sobre los menores (actualmente denominada violencia vicaria) en sus diversas variantes muestra la cara más vulnerable de este fenómeno.

De nuevo una visión, a modo de comparación, con el sistema de pensiones italiano, elaborada por la profesora Signorini revela una tendencia no demasiado optimista sobre la evolución futura, al ser la brecha de género un fenómeno generalizado en todos los modelos de protección social y, lo que es más preocupante, sin visos de solución a corto plazo.

Como colofón, el examen de la línea evolutiva seguida dentro del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, realizada por los profesores Prudencio José Riquelme Perea y Catalina Nicolás Martínez revela una idea ya recurrente y contrastada: la atención a la dependencia se realiza mayoritariamente en el seno de la familia, si bien es cierto que las circunstancias están cambiando, al aumentar la tasa de actividad femenina y disminuir el número de integrantes de la unidad familiar, lo que dificulta el cumplimiento de las tareas de cuidado. Se describe en este punto cuáles han sido las políticas de atención a la dependencia, con una crítica profunda a ciertas decisiones de los poderes públicos que, como en el caso de las enfermedades mentales, han desviado la responsabilidad de protección desde instituciones públicas a la comunidad, en un intento, no siempre logrado, de integración social.

Por otro lado, los desequilibrios territoriales en cuanto a las tasas de cobertura, requisitos de acceso y aportación de los usuarios, a pesar de ciertos justos correctores, certifican el alejamiento entre unas y otras Comunidades Autónomas, destacando solo tres en las que el sistema de atención funciona de forma adecuada.

Finaliza, así, esta reseña con una valoración muy favorable de la obra colectiva que ha llegado a nuestras manos. Las deficiencias protectoras ya han quedado patentes por cada uno de los autores que han profundizado en su indagación; ahora solo resta afianzar la voluntad política de querer avanzar hacia una equiparación por razones de género en el ámbito de la protección social.

La música y la igualdad a través de sus letras

*Una reseña por Mónica Viviana Tepfer**

Djamil Tony Kahale Carrillo

La música y la igualdad a través de sus letras

Aranzadi, 2021

ISBN: 9788413902937

La música como idioma universal atraviesa esta obra pedagógica e innovadora que nos presenta su autor y profesor Djamil Tony Kahale Carrillo de la Universidad Politécnica de Cartagena (España). Su obra busca abordar una temática trascendental como lo es la lucha por la igualdad y la no discriminación.

El autor del libro es profesor académico y como tal es consciente del rol fundamental del profesorado, como agente social, para coadyuvar a implantar valores de igualdad y no discriminación en el alumnado y, por ende, en la sociedad. Sabe que existen ya a disposición del profesorado un sinnúmero de instrumentos pedagógicos, pero entiende que el camino implica innovar y he aquí esta obra que nos presenta como una herramienta eficaz: *La música y la igualdad a través de sus letras*.

Fiel a su objetivo, la obra presenta los recursos y las actividades relacionadas con la utilización de las canciones como herramienta didáctica para trabajar con el alumnado en los diferentes tipos de discriminación: igualdad, empoderamiento femenino, violencia de género, racismo, discapacidad, LGTBI, enfermedad y desigualdad.

Para ello, presenta una serie de 120 canciones, para todo tipo de edades y de diferentes tipos de género musical, desde infantil hasta rock; clásicos del Siglo XX como del Siglo XXI.

Algunas de aquellas canciones sorprenden al alumnado y profesorado al abordar temas como discriminación, violencia o desigualdad. Incluso, encontramos canciones que sin proponérselo abordan la temática

* Abogada; Especializada en Normas Internacionales de la OIT.

desigualdad con un mensaje contradictorio o perjudicial.

La distribución de las 120 canciones se agrupa, según el tipo de discriminación, de la siguiente manera: el capítulo *Igualdad* contiene 11 canciones, el capítulo *Empoderamiento* contiene 18 canciones, el capítulo *Violencia de género* contiene 29 canciones, el capítulo *Racismo* contiene 15 canciones y el capítulo *Discapacidad* contiene 16 canciones, el capítulo *LGTBI* contiene 14 canciones, el capítulo *Enfermedad* contiene 9 canciones y el capítulo *Desigualdad* contiene 8 canciones.

Se aclara que la obra presenta canciones exclusivamente en español que pueden ser trabajadas en las diferentes etapas de la educación del alumnado; es decir, desde la primaria hasta la universitaria y también por fuera del ámbito académico formal.

La obra no es sólo innovadora por la propuesta temática y por la utilización de la música como canal de debate y discusión, sino que también incorpora las herramientas tecnológicas que hoy son utilizadas como la inclusión del código QR en cada una de las sinopsis de las 120 canciones.

El autor nos explica que el QR es un módulo para almacenar información en una matriz de puntos o en un código de barras bidimensional que es leído, por ejemplo, por la cámara de un móvil. Los datos que capta es un enlace a un sitio web (URL). En este caso, son los vídeos alojados en la lista de reproducción en el [canal YouTube de Djamil Tony Kahale Carrillo](#).

Entonces, cada canción a través de una ficha, presenta un código QR para que el profesorado y el alumnado pueda ubicar de manera más rápida el enlace de aquella para su visualización a través de un vídeo. Asimismo, se presenta una *playlist*, con código QR, que agrupa todas las canciones para que se pueda disfrutar de todas ellas en tan solo un clic.

La obra se divide en tres secciones, en una primera sección el autor nos comparte las razones que motivan su decisión de abordar esta temática desde la música y mediante un compendio de herramientas y actividades.

Entre sus objetivos principales, como bien explica el Dr. Kahale, persigue generar conciencia y sensibilizar sobre el poder de las letras de las canciones como elementos transmisores de ideas y de valores culturales de una sociedad en un determinado momento.

También podrá apreciar la persona lectora aquellos fines específicos de esta obra tan audaz, es que, justamente, busca como finalidad específica Identificar los diferentes tipos de discriminación y las desigualdades que transmiten los mensajes de las canciones y también identificar las personas cantantes, grupos y géneros musicales que abogan por la igualdad.

Como se podrá advertir, la innovación metodológica trasciende toda la obra y es que en su apartado tercero el profesor Kahale nos ofrece una guía de actividades diversas que promueven utilizar las letras de las canciones con

una finalidad pedagógica, orientando tanto al profesorado como al alumnado en la mejor manera de obtener provecho de su obra.

Estas “Píldoras de inspiración” como denomina el autor a estas iniciativas que nos propone, buscan direccionar los debates relacionados con la igualdad y discriminación, con un mecanismo de innovación docente y flexible.

La clave radica en la característica de “flexible”, y es que el autor aclara que sus propuestas pueden adaptarse de acuerdo al temario de clases o a las necesidades de los alumnos.

Entre las actividades sugeridas, el profesor Kahale nos motiva a realizar lo que es usualmente conocido como “Karaoke Grupal”, mediante el cual propone que mientras el alumnado canta un tema seleccionado de las 120 canciones, el grupo de alumnos sigue el contenido de la letra a través del instrumento que proyecte el karaoke. Ello conlleva a que toda la clase lea el contenido de la letra y se pueda hacer, por ejemplo, al finalizar un foro de debate.

Finalmente, encontramos el listado de canciones propuestas según la temática ya descrita y allí el autor llama a la atención de la canción del género Pop de las autoras Lucia Gil & Natalia Gil, *Lo que es nuestro*, y en la sinopsis nos advierte como la letra de la canción hace alusión a los requisitos que deben cumplir las mujeres en la sociedad, la diferencia salarial, la violencia de género, la maternidad, el techo de cristal, entre otras cosas, como ejemplos de desigualdad. En la letra de la canción, se destacan frases de esperanza como «No señor aún no está hecho, queda mucho por lograr», «¿Por qué cobro distinto si trabajo igual?», «Gritar por las calladas, las que aún no tienen alas, las que ya no volarán», o «Igualdad es la palabra, no me importa no escucharla cuando exista de verdad».

Al continuar buceando por el mar de letras y canciones, encontramos la referencia a la canción *Hazme un sitio entre tu piel* del grupo Mago de Oz. Allí el autor nos advierte que la letra de la canción es dedicada a todas esas personas que se sienten diferentes o excluidas, exteriorizando que necesitan amor e ilusión al igual que todas las demás personas. La letra de la canción señala como frases destacables: «¿Dónde está mi lugar? No soy como los demás, yo sé pensar. Estoy solo y tengo miedo [...]. Que los rasgos de mi cara. No te impidan ver mi ser».

Es una obra imprescindible para quienes se apasionan por la formación y la educación, tanto para el profesorado como para el alumnado, sobre todo para quienes buscan siempre la innovación y la creatividad.

Sin duda, lo es también para quienes disfrutan de la música, es una

oportunidad para leer esta obra poniendo “*play*”, pero esta vez no sólo para escuchar, sino también para que reflexionemos nosotros y con otros en la búsqueda de un mundo de canciones, letras y de inspiraciones, donde exista menos desigualdad.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it