

*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 (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

*Comité Evaluador*

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Jorge Baquero Aguilar (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Marina Fernández Ramírez (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), Maria 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

*Eleonora Peliza*

Profesora Protitular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social  
Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina)

Profesora en la Maestría en  
Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales  
Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina)

Miembro del Comité Ejecutivo de ILERA (Suiza)

Juez del Trabajo en la Provincia de Buenos Aires (Argentina)

---

## ÍNDICE

**Eleonora Peliza**, *Introducción al número por parte de la Coordinadora*..... 1

### Artículos

**Tatsiana Ushakova**, *La Convención ONU sobre la protección de todos los trabajadores migratorios en el contexto de los desafíos actuales*..... 11

**Esperanza Macarena Sierra Benítez**, *Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado de laboral de las plataformas digitales de trabajo*..... 36

**Gerardo Cedrola**, *Los enfoques teóricos en relaciones laborales a la luz de los cambios que atraviesa el mundo actual del trabajo: ¿re-conceptualización, adaptación o sustitución?*..... 62

**Gabriela Bertoldo, Ana Rita Tagliavini**, *Nuevas herramientas para el diálogo, negociación colectiva y resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales*..... 106

**Lucía Aragüez Valenzuela**, *El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales*..... 127

**Yuzhina Fuentes Sánchez, Zaida Valdés Estrada**, *Teletrabajo y negociación colectiva en Cuba: mitos y realidades*..... 154

**Fernando Elorza Guerrero, María del Pilar Moreno Navarro**, *La contratación laboral y el papel de la negociación colectiva en su regulación jurídica*..... 170

**Alejandro Muros Polo**, *Medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo: sus deficiencias y potencialidades en el ordenamiento jurídico español*..... 221

**Alcides Antúnez Sánchez**, *El Trabajo 3.0 en la economía de plataformas en Cuba*..... 268

**II**

<b>Gloria María Montes Adalid</b> , <i>La nueva regulación de los contratos de formación en alternancia y para la obtención de la práctica profesional: ¿la apuesta definitiva para la inserción de la juventud en el mercado laboral?.....</i>	<b>311</b>
<b>Lara Munín Sánchez</b> , <i>La formación como instrumento indispensable en la lucha contra las desigualdades en el trabajo.....</i>	<b>336</b>
<b>Eleonora Peliza, Paula Costanza Sardegna</b> , <i>Formación profesional y educación para nuevas competencias como política pública en América Latina ...</i>	<b>361</b>
<b>José Eduardo López Ahumada</b> , <i>El impacto de la digitalización del trabajo desde el punto de vista de la privacidad y el ejercicio de los derechos laborales.....</i>	<b>378</b>
<b>Talita Corrêa Gomes Cardim</b> , <i>De la hiperconexión del trabajador a la esclavitud digital: riesgos psicosociales y desafíos de la conciliación entre tiempo de trabajo y vida privada .....</i>	<b>417</b>
<b>María Rosa Vallecillo Gámez</b> , <i>Competencias digitales, formación y sesgos de género: el reto de vencer el “no women’s land” .....</i>	<b>438</b>
<b>Eduardo Enrique Taléns Visconti</b> , <i>La extinción del contrato de trabajo manifestada a través de WhatsApp.....</i>	<b>470</b>
<b>Francisco Vigo Serralvo</b> , <i>La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer....</i>	<b>491</b>
<b>Ignasi Beltran de Heredia Ruiz</b> , <i>Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6 ET como medida correctora .....</i>	<b>524</b>

**Reseñas Bibliográficas**

<b>José Flores Alcázar</b> , <i>Educación 4.0: cuestiones actuales sobre la docencia universitaria, dirigido por Djamil Tony Kabale Carrillo.....</i>	<b>558</b>
<b>José Manuel Gómez Muñoz</b> , <i>La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización, por Juan Manuel Moreno Díaz .....</i>	<b>564</b>

## Introducción al número por parte de la Coordinadora

---

Desde hace 13 años, el Congreso Internacional promovido por ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali – convoca y reúne en la bellísima ciudad de Bérgamo a los más ilustres y experimentados representantes de la doctrina iuslaboralista, así como a los noveles investigadores. Así, colegas laboralistas de todas las latitudes, han presentado sus trabajos en el XII Congreso Internacional celebrado durante los días 24-26 de noviembre de 2022, bajo el título *Towards the Social Constructions of New Labour Markets. Interdisciplinary Reflections on the Changing World of Work*.

El XII Congreso Internacional se propuso, por medio de un abordaje interdisciplinario, reflexionar sobre el impacto las transformaciones económicas y sociales producidas en los últimos años, que han exacerbado y evidenciado aún con mayor nitidez, los dualismos y desequilibrios que experimentan los mercados laborales.

Así pues, la tesis de esta gran convocatoria de especialistas ha sido analizar las tendencias, que están cambiando la estructura del mercado laboral, para así elaborar propuestas para una reconstrucción o redefinición de los contornos de los mercados de trabajo modernos.

En este nuevo número de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* de enero-marzo de 2023, que tengo el honor de coordinar, se publican una selección de los mejores trabajos e investigaciones presentados en idioma español en dicho Congreso evidenciando un abordaje holístico, interdisciplinario e internacional, sobre la temática planteada.

Las sesiones plenarias y workshops abordaron la siguiente temática:

- *Trabajo, pobreza y vulnerabilidad;*
- *La transformación del trabajo y la negociación colectiva;*
- *La transformación de trabajo y la construcción social de mercados laborales;*
- *La transformación del trabajo: nuevos riesgos y nuevas protecciones;*
- *Políticas de empleo y formación;*
- *El impacto de la digitalización en los mercados de trabajo locales y los derechos de los trabajadores.*

Los dieciocho trabajos escogidos por el comité científico para conformar este primer número del undécimo volumen de la *Revista* constituyen una prístina representación, de la excelencia de los distintos aportes, reflexiones y propuestas presentadas; y también evidencian lo debatido en las sesiones plenarias y workshops a lo largo 3 intensas jornadas.

En el marco conceptual *Trabajo, pobreza y vulnerabilidad*, la contribución de Tatsiana Ushakova, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (España), titulada *La Convención ONU sobre la protección de todos los trabajadores migratorios en el contexto de los desafíos actuales*, indaga sobre la pertinencia y aplicabilidad de la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. La autora sostiene que dicho estudio deviene imperioso en el contexto de las nuevas realidades que derivan de una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes, provocada por la pandemia Covid-19 y el conflicto armado en el territorio de Ucrania. En el referido estudio también considera los aspectos del régimen de los trabajadores migrantes en España.

Dentro la línea de investigación *La transformación de trabajo y la construcción social de mercados laborales*, la Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez, en la contribución titulada *Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado laboral de las plataformas digitales de trabajo*, ha reflexionado profusamente sobre la imperiosa necesidad que la legislación laboral defina con claridad la relación entre las personas que prestan servicios y las plataformas digitales. En este contexto, se analiza la operatividad y alcances de la Ley 12/2021 por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 2/2015, el cual fue dictado a fin de garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. También la autora se refiere a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales (COM(2021)762 final) y las actuaciones previas en el seno de la OIT, sobre la posibilidad de incluir un punto relativo a una discusión general sobre el trabajo decente en la economía de plataformas en la 113ª reunión de la Conferencia (2025). La Profesora Sierra Benítez destaca también que el lento proceso de regulación normativa no es suficiente si no cuenta con la participación de la ciudadanía, apelando de alguna manera a verdaderos valores éticos, morales, solidarios y humanísticos.

Bajo la misma tónica de investigación, Gerardo Cedrola, Profesor de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva de la Universidad ORT Uruguay, con su trabajo titulado *Los enfoques teóricos en relaciones laborales a la luz de los cambios que atraviesa el mundo actual del trabajo: ¿re-conceptualización, adaptación o sustitución?*, sostiene que la reflexión teórica en relaciones laborales no está cerrada ni terminada y que los enfoques conceptuales tradicionales se encuentran actualmente sometidos y desafiados por los permanentes cambios que se vienen desarrollando en el mundo del trabajo. El profesor señala que, ante las nuevas realidades laborales, se impone un ejercicio de re-conceptualización y/o adaptación del marco teórico conceptual capaz de dotar de nuevos elementos, destinados a explicar, comprender e intervenir correcta y eficazmente sobre las nuevas realidades laborales que se vienen presentando en el mundo del trabajo.

Dentro de la línea de investigación denominada *La transformación del trabajo y la negociación colectiva*, las Profesoras de la Universidad Siglo 21 (Argentina), Gabriela Bertoldo y Ana Rita Tagliavini, bajo el título *Nuevas herramientas para el diálogo, negociación colectiva y resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales*, efectúan un análisis pormenorizado del estado y metodología de la negociación colectiva en Argentina. Reflexionan sobre la necesidad de transformación de un enfoque reactivo/defensivo a uno preventivo/proyectual, y de métodos conflictivos, a otros más participativos que generen beneficios para todas las partes (ganar-ganar), por medio de la utilización de herramientas de Programación Neurolingüística, Inteligencia Emocional y Psicología Positiva para facilitar laborales.

En la misma línea temática, la Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga (España), Lucía Aragüez Valenzuela, con su contribución titulada *El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales*, se refirió al impacto de la aplicabilidad de los algoritmos digitales, en el mundo del trabajo y la desigualdad que estos traen en el entorno laboral. Reflexionó sobre la necesidad de fomentar la concientización de los representantes de los trabajadores en la materia, a fin de que estos sean más conscientes de los desafíos que la incorporación de este tipo de tecnología supone en el mercado de trabajo.

También en el mismo marco conceptual, Yuzhina Fuentes Sánchez (Profesora a tiempo parcial de la Universidad de Oriente de Cuba) y Zaida Valdés Estrada (Profesora Emérita de la misma Universidad) presentaron



el estudio titulado *Teletrabajo y negociación colectiva en Cuba: mitos y realidades*. En su trabajo las autoras evidenciaron los aciertos e insuficiencias del marco regulatorio del teletrabajo en Cuba, con énfasis en la negociación colectiva. En el estudio se destaca, que, si bien el legislador cubano adopta medidas para extender el teletrabajo, las normas jurídicas emitidas demandan regulaciones complementarias o adicionales, con un enfoque más participativo, que propenda a otorgar un mayor protagonismo al activismo sindical; y de este modo, fortalecer la negociación colectiva en Cuba como fórmula para contribuir a la protección de los derechos de los trabajadores de la modalidad.

Continuando con la misma línea temática, Fernando Elorza Guerrero (Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide en España) y María del Pilar Moreno Navarro (Profesora Titular de Estadística e Investigación Operativa de la misma Universidad) analizan cuál puede ser la aportación de la negociación colectiva a la construcción y gobernanza futura del mercado de trabajo español, desde la perspectiva del régimen contractual tomando en consideración la reforma legal llevada a cabo en España, 2021. Los autores indagan particularmente dos aspectos: a) el recorrido que puede tener la invocación legislativa a que por la autonomía colectiva se puedan establecer «planes de reducción de la temporalidad» (art. 15.1 ET), compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos indefinidos (art. 11.6 ET), o la constitución de bolsas sectoriales de empleo (art. 16.5 ET) que favorezcan la contratación y formación de los trabajadores fijos-discontinuos durante los periodos de inactividad; b) la reformulación que, en sede del VI Convenio colectivo estatal de la construcción, se ha realizado del contrato fijo de obra, hoy día contrato indefinido adscrito a obra, y que se venía considerando en estos años como un factor que ha contribuido a fomentar la inestabilidad laboral en este sector, a contracorriente de los principios contenidos en la Directiva 1999/70/CE.

En lo referente al tópico *El impacto de la digitalización en los mercados de trabajo locales y los Derechos de los trabajadores*, el investigador Predoctoral FPU (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada en España) Alejandro Muros Polo presentó su contribución titulada *Medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo: sus deficiencias y potencialidades en el ordenamiento jurídico español*, en el cual analiza los diferentes elementos de la regulación del despido colectivo: la (in)existencia de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente a la externa; el plan de recolocación externa que

se implanta tras la reforma laboral de 2012; la dinámica de las medidas sociales de acompañamiento durante la consulta-negociación; la labor que ejerce tanto la autoridad laboral como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este sentido, así como el control judicial en torno a la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo y en torno al cumplimiento del plan de recolocación externa. El autor concluye que la regulación del despido colectivo presenta una serie de deficiencias que debilitan la efectiva negociación de medidas sociales de acompañamiento y, por ello, elabora una serie de propuestas de *lege ferenda*.

Bajo la misma línea de investigación, Alcides Antúnez Sánchez, Profesor Auxiliar de Derecho Ambiental e Internacional Público de la Universidad de Granma (Cuba), en su aporte titulado *El Trabajo 3.0 en la economía de plataformas en Cuba*, ha reflexionado sobre la necesidad de actualizar el Código de Comercio, y el Código de Trabajo cubanos, luego de la aprobación del texto constitucional cubano en el 2019, a fin de armonizar ambos cuerpos jurídicos en relación con el empresario privado y el Trabajo 3.0 en la plataforma Web 2.0.

Como exponente de la línea de investigación *Políticas de empleo y formación*, la Profesora Contratada de la Universidad de Málaga (España) Gloria María Montes Adalid, en su disertación titulada *La nueva regulación de los contratos de formación en alternancia y para la obtención de la práctica profesional: ¿la apuesta definitiva para la inserción de la juventud en el mercado laboral?*, en primer lugar efectúa un análisis de la situación de la juventud en el mercado de trabajo español, para luego realizar un debate crítico a la nueva redacción del art. 11 ET que establece un contrato formativo con dos modalidades que dependen de la formación y del nivel de cualificación profesional de la persona trabajadora.

Bajo el mismo tópico, la Profesora Ayudante de la Universidad de Santiago de Compostela (España), Lara Munín Sánchez, mediante la presentación titulada *La formación como instrumento indispensable en la lucha contra las desigualdades en el trabajo*, se refirió a la relevancia que tiene la formación no solo en el acceso al empleo y a la promoción profesional en general, sino, como instrumento que permite que la evolución del mercado de trabajo no deje atrás a los colectivos más desfavorecidos. La autora reflexiona destacando que, si bien el desarrollo tecnológico es imparable, no por ello debe convertirse en un elemento generador de una nueva y moderna esclavitud para el ser humano, debiéndose facilitar el acceso a la formación como garantía de construcción de un mercado laboral tan innovador y tecnológico como equitativo y humano.

Continuando con la misma línea temática, he presentado junto con la Profesora de la Universidad de la Marina Mercante (Argentina) Paula Costanza Sardegna el trabajo titulado *Formación profesional y educación para nuevas competencias como política pública en América Latina*, en el cual se analiza en primer lugar cuales son los principales caracteres y configuración mercado de trabajo Latinoamericano, sobre los que deberían impactar los programas o estrategias de formación para las nuevas competencias. Luego el trabajo realiza la exploración y explicación de los diferentes programas y políticas llevadas a cabo en Latinoamérica (Estrategia o Planes) para el Desarrollo de Competencias – TVET (educación y formación técnica y profesional) – que buscan garantizar la empleabilidad individual y la productividad en la región. Se ha destacado que una política nacional de desarrollo de competencias bien definida es condición sine qua non para un crecimiento sostenible y equilibrado, así como también es vital el desarrollo de nuevos enfoques en materia de educación y formación, debido a la obsolescencia de las cualificaciones existentes.

Sobre la temática *La transformación del trabajo: Nuevos riesgos y nuevas protecciones*, el Profesor José Eduardo López Ahumada, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (España), presentó el estudio titulado *El impacto de la digitalización del trabajo desde el punto de vista de la privacidad y el ejercicio de los derechos laborales*, efectuando un pormenorizado análisis de los efectos del proceso de digitalización en el trabajo, teniendo en cuenta los estándares mínimos de privacidad y las políticas empresariales en materia de protección de datos personales. La investigación aborda profusamente la problemática de las políticas empresariales en relación al uso de los dispositivos digitales y los recursos telemáticos utilizados en el desarrollo de la actividad laboral y su repercusión en la intimidad de las personas trabajadoras.

Bajo el mismo marco conceptual, la contribución de la Doctoranda de la Universidad de Valencia (España) Talita Corrêa Gomes Cardim, titulada *De la hiperconexión del trabajador a la esclavitud digital: riesgos psicosociales y desafíos de la conciliación entre tiempo de trabajo y vida privada*, analizó el impacto de las nuevas tecnologías y la importancia de la prevención y garantía de la libertad psicológica y virtual del trabajador. La autora reflexiona sobre las consecuencias de la eliminación de la barrera entre el tiempo de trabajo y descanso y consecuentemente los riesgos psicosociales, refiriéndose en particular a la telepresión, las enfermedades psicológicas y la esclavitud digital. También señala al derecho a la desconexión digital como un posible camino para la garantía de derechos fundamentales.

En la misma línea de investigación, el aporte de María Rosa Vallecillo

Gámez, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad de la Universidad de Jaén (España), con el trabajo titulado *Competencias digitales, formación y sesgos de género: el reto de vencer el “no women’s land”*, efectúa un análisis pormenorizado sobre la brecha tecnológica y las oportunidades para su reducción. La autora sostiene que la afectación de los cambios tecnológicos no es igual para hombres y mujeres, habida cuenta de la existencia de una brecha tecnológica de género que afecta más a las mujeres que a los hombres por la tradicional masculinización tanto de la formación como de las profesiones tecnológicas. Finalmente, la profesora advierte sobre la necesidad de intervención en los referidos sectores, de los poderes públicos a través de políticas orientadas a la disminución de la brecha para no contribuir a un incremento de la desigualdad, actual y futura por razón de género en el mercado de trabajo.

Continuando con la misma temática, el estudio titulado *La extinción del contrato de trabajo manifestada a través de WhatsApp* efectuado por Eduardo Enrique Taléns Visconti, Profesor Contratado de la Universidad de Valencia (España), a la extinción del contrato de trabajo (por decisión de empleador o trabajador) manifestada a través de WhatsApp. El autor sostiene que el régimen jurídico y requisitos formales de cada una de las modalidades extintivas permitirá que WhatsApp sea un instrumento más o menos idóneo para conseguir la validez de la ruptura contractual.

El trabajo presentado por Francisco Vigo Serralvo, Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Málaga (España), titulado *La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer*, reflexiona sobre la conceptualización del jurista alemán sobre la posición que ocupa la dignidad humana en la configuración del Derecho del Trabajo. El autor sostiene que Sinzheimer acoge una concepción de la dignidad humana basada en la capacidad de autodeterminación moral del hombre, y, a partir de ella, afirma la radical incompatibilidad de este valor con la nota de dependencia que se da en las relaciones laborales asalariadas. Arguye que nuestros actuales sistemas normativos se separan de ese valor esencial que es la dignidad humana y por ello el respeto pleno de este valor filosófico exige el surgimiento de una nueva disciplina jurídica, el Derecho económico, llamado a garantizar la coparticipación de los trabajadores en la orientación del proceso productivo.

Como colofón de esta línea investigativa, el Profesor Agregado, Acreditado a Catedrático, de Derecho del Trabajo de la Universitat Oberta de Catalunya (España), Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, presentó su trabajo titulado *Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6 ET como medida correctora*, el cual analiza

profusamente la modificación introducida por el RD-Ley 32/2021 en el art. 42.6 ET, cuyo objetivo fue combatir la precariedad de las personas trabajadoras de las empresas contratistas, mediante su sujeción al convenio colectivo sectorial de la actividad que desarrollan en la principal. El autor sostiene que, si bien el precepto bajo análisis persigue la efectiva equiparación condiciones laborales, contiene, sin embargo, deficiencias de tal entidad que el cambio normativo podría tener un efecto inocuo o muy inferior al esperado. Se concluye que la reforma no sólo implica un mero ajuste cosmético, manteniendo el *statu quo* de las Empresas Multiservicios, sino que todo indica que las de mayor tamaño han salido reforzadas e, incluso, claramente beneficiadas.

Para culminar este primer número de 2023, se destacan dos recensiones bibliográficas. El Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena (España), José Flores Alcázar, efectúa una interesante reseña de la obra colectiva titulada *Educación 4.0: cuestiones actuales sobre la docencia universitaria*, dirigida por el Profesor Kahale Carrillo, en la que se abordan con profusión las experiencias en innovación docente y propuestas de nuevas formas de “hacer” que han realizado un variado elenco de profesores universitarios, en un abordaje sobre la imprescindible actualización de la docencia a la nueva realidad que plantea la era digital, en la que, obviamente, se encuentra inserta la universidad. Como colofón, el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España), José Manuel Gómez Muñoz, reseña magistralmente el trabajo de Juan Manuel Moreno Díaz titulado *La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización*, la cual se analiza el papel que los Acuerdos Marco Internacionales están llamados a cumplir en el ámbito internacional para la protección de los derechos humanos de los trabajadores en toda la cadena de suministro, poniéndolos en conexión con el contexto tecnológico imperante, fundamentalmente, para demostrar de qué manera estos instrumentos están implementando los diferentes aspectos de la digitalización, y, en especial, los derechos de los trabajadores derivados de todo lo tecnológico.

En esta apretada síntesis, resta agradecer a todos los autores y autoras por sus distinguidos y rigurosos aportes, así como al Comité evaluador del Congreso y de la *Revista*, por su encomiable labor en el análisis y selección de los trabajos.

También debe reconocerse la encomiable labor, y predisposición para con los autores y asistentes al congreso de Margherita Roiatti.

Finalmente, vaya un sincero y afectuoso reconocimiento a Lavinia Serrani, hacedora incansable, editora y verdadera responsable del éxito y proyección

internacional de la *Revista*.

Deseamos que las reflexiones y análisis efectuados en las páginas subsiguientes sean un aporte valioso para una construcción social de nuevos mercados laborales, y porque no, un aliciente para participar en la próxima edición del Congreso Internacional promovido por ADAPT, a celebrarse en Bérnago del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2023.

**Eleonora Peliza**

Profesora Protitular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social  
Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina)  
Profesora en la Maestría  
en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales  
Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina)  
Miembro del Comité Ejecutivo de ILERA (Suiza)  
Juez del Trabajo en la Provincia de Buenos Aires (Argentina)

## *Artículos*



# La Convención ONU sobre la protección de todos los trabajadores migratorios en el contexto de los desafíos actuales\*

Tatsiana USHAKOVA\*\*

---

**RESUMEN:** Con el presente estudio, se pretende recordar el principal instrumento universal de protección de los trabajadores migrantes, adoptado en el marco de la ONU, e indagar sobre su pertinencia y aplicabilidad después de unos veinte años de vigencia. Se trata de la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990. Dicho análisis resulta necesario en el contexto de las nuevas realidades que derivan de una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes, provocada por la pandemia Covid-19 y el conflicto armado en el territorio de Ucrania. A estos efectos, se tienen en cuenta los aspectos del régimen de los trabajadores migrantes en España.

**Palabras clave:** Trabajadores migratorios, derechos de los trabajadores migrantes, derechos sociales, Convención ONU, mecanismos de control.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La Convención sobre los trabajadores migratorios en el sistema internacional universal. 3. El polémico catálogo de derechos. 4. Los mecanismos de control y de protección. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

---

\* Este estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación *Los grandes retos de la migración laboral: reflexiones y propuestas* (Ref.2020/0003/008/001/002), concedido por la Universidad de Alcalá, y reproduce la ponencia presentada en el XII Congreso Internacional ADAPT, *Towards the Social Constructions of New Labour Markets. Interdisciplinary Reflections on the Changing World of Work*, Bérghamo, 24-26 noviembre 2022.

\*\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alcalá (España).



## The UN Convention on the Protection of All Migrant Workers in the Context of Today's Challenges

---

**ABSTRACT:** This paper aims to recall the main universal instrument for the protection of migrant workers, adopted within the framework of the UN, and to examine its relevance and applicability some twenty years after its entry into force. It deals with the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, of 18 December 1990. Such an analysis seems necessary in the context of the new realities provided by the unprecedented health, economic and social crisis, caused by the Covid-19 pandemic and the armed conflict on the territory of Ukraine. For these purposes, the regime for migrant workers in Spain is taken into account.

*Key Words:* Migrant workers, migrant workers' rights, social rights, UN Convention, monitoring mechanisms.

## 1. Introducción

Con el presente estudio, se pretende recordar el principal instrumento universal de protección de los trabajadores migrantes, adoptado en el marco de la ONU, e indagar sobre su pertinencia y aplicabilidad después de unos veinte años de vigencia<sup>1</sup>. Se trata de la [Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares](#) (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families – ICRMW), de 18 de diciembre de 1990<sup>2</sup>. Debe advertirse que el objetivo del trabajo no consiste en analizar el contenido de este extenso y completo tratado internacional. Dicha tarea se ha llevado a cabo con precisión y rigor en numerosos estudios, en particular por especialistas en la materia como de Guchteneire, Pécoud y Cholewinski y, en lengua castellana, por Álvarez Rodríguez, Villán Durán y Faleh Pérez, entre muchos otros<sup>3</sup>. En este sentido, es difícil

---

<sup>1</sup> Dicha “revisión” se llevó a cabo por la autora, tras los primeros diez años de vigencia de la Convención, en el estudio *La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: ¿un intento fallido de regulación universal?*, en J.L. GIL Y GIL (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, Juruá, 2013, pp. 11-51.

<sup>2</sup> La Convención se adoptó en la Resolución 45/158 de la Asamblea General de la ONU, de 18 de diciembre de 1990, y entró en vigor el 1º de julio de 2003. En el momento de redacción de estas líneas, han ratificado la Convención 58 Estados. Los últimos en comprometerse han sido Chad y Malawi, que depositaron sus instrumentos de ratificación, respectivamente, el 22 de febrero de 2022 y el 23 de septiembre de 2022.

<sup>3</sup> *Vid.*, para una información más detallada, ACNUDH, [La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité](#), Folleto Informativo, 2006, n. 24 (Rev. 1); R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford University Press, 1997, pp. 137-204; P. DE GUCHTENEIRE, A. PÉCOUD, R. CHOLEWINSKI (eds.), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press, 2009; *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, U.N. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, y *Hommes & Migrations*, 2008, n. 1271, *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et perspectives*, dedicados especialmente al análisis de la Convención. Entre otras cuestiones, una serie de estudios del citado número monográfico de *Hommes & Migrations* plantean el problema del desacuerdo entre el enfoque de la Convención y de la política de la UE en materia de inmigración. Véase, en particular, P. DE GUCHTENEIRE, A. PÉCOUD, *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et Perspectives*; G. BATTISTELLA, *La naissance d'une Convention. Les difficiles relations entre migrations et droits de l'homme*, P.A. TARAN, *La Convention, symbole d'une approche alternative des migrations internationales*, H. OGER, *Les obstacles à la ratification de la Convention en France. Un refus politique au nom de l'Europe*, y E. MACDONALD, R. CHOLEWINSKI, *L'Union européenne face à la Convention sur les travailleurs migrants*. En la misma línea de ideas, el documento informativo de la UNESCO, [La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes](#), 2005. Finalmente, en lengua castellana, véanse A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, [Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de](#)

descubrir e incorporar algo radicalmente novedoso. Más bien, en términos de Foucault, se propone emprender el “retorno” o, mejor dicho, llevar a cabo la “reactualización”<sup>4</sup> del tema en el nuevo contexto que proporcionan la crisis sanitaria, económica y social sin precedentes, provocada por la pandemia Covid-19<sup>5</sup>, y el conflicto armado en el territorio de Ucrania<sup>6</sup>. Por lo que respecta a la llegada de millones de refugiados a los países de la UE, es importante tener en cuenta que la ICRMW no se aplica a los refugiados y apátridas, a menos que esté previsto lo contrario en la legislación nacional o en instrumentos internacionales en vigor en el Estado parte (art. 3.d).

El análisis propuesto se centra en la pregunta que, desde hace ya más de tres décadas, plantean y vuelven a plantear los especialistas en el Derecho migratorio: ¿por qué no encuentra apoyo la Convención en los países económicamente desarrollados y en los países de origen de la migración? Existen muchas incógnitas y paradojas en torno a esta cuestión. Sin duda, el panorama político y económico actual añade un carácter propio y agrega elementos nuevos al antiguo debate.

---

*los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, n. 2; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990*, en *Migraciones*, 1999, n. 5; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2003, n. 2; C. VILLÁN DURÁN, C. FALEH PÉREZ, *España ante la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, n. 1.

<sup>4</sup> La idea de “reactualización” como opción metodológica se inspira en un pasaje de la célebre conferencia de Foucault, titulada *Qu’est-ce qu’un auteur?* (en *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 1969, n. 3) y pronunciada el 22 de febrero de 1969 en la Sociedad Francesa de Filosofía. «On comprend par là qu’on rencontre, comme une nécessité inévitable dans de telles discursivités, l’exigence d’un “retour à l’origine”. [Ici encore, il faut distinguer ces “retours à...” des phénomènes de “redécouverte” et de “réactualisation” qui se produisent fréquemment dans les sciences. [...] Par “réactualisation”, j’entendrai [...] la réinsertion d’un discours dans un domaine de généralisation, d’application ou de transformation qui est pour lui nouveau. [...]]» ([versión on-line](#)).

<sup>5</sup> *Vid.* sobre la utilización del término “pandemia” P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Las epidemias, las pandemias y el Derecho internacional: a propósito de la Resolución del IDI de septiembre de 2021*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, n. 1, p. 16 ss.

<sup>6</sup> Según las primeras evaluaciones de la OIT, se calculaba que había «5,23 millones de refugiados y personas desplazadas por la fuerza de Ucrania que se han trasladado a los países vecinos» (OIT, *El impacto de la crisis de Ucrania en el mundo del trabajo: evaluación inicial*, Nota Informativa OIT, 11 mayo 2022, p. 1).

## 2. La Convención sobre los trabajadores migratorios en el sistema internacional universal

Desde la perspectiva internacional universal, la Convención representa uno de los productos del proceso codificador de la ONU en materia de derechos humanos y forma parte del grupo de tratados fundamentales adoptados en este ámbito<sup>7</sup>. Los tratados mencionados comprenden tanto los dos pactos llamados a proteger los derechos civiles y políticos y económicos sociales y culturales de toda persona, como los instrumentos destinados a la protección de los derechos de diferentes colectivos, a veces referidos como colectivos vulnerables (las mujeres, los niños y, más recientemente, las personas con discapacidad)<sup>8</sup>.

Así, en el plano general, y como parte de la agenda de la ONU sobre los derechos humanos, la Convención sufre las consecuencias de un cierto desinterés por la materia, en las palabras acertadas de Battistella, de «l'essoufflement du discours sur les droits de l'homme»<sup>9</sup>. Y es evidente que, después del arduo debate sobre los derechos humanos en la Conferencia Mundial de Viena de 1993<sup>10</sup>, el tema ha perdido paulatinamente su fuerza y actualidad, hasta el punto de que prácticamente haya desaparecido del orden del día internacional. Esta falta de interés va acompañada de la crisis del multilateralismo, en particular, del declive del proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en el marco de la ONU, y de la falta de credibilidad de la misma Organización<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Véase más información al respecto en ACNUDH, *Instrumentos jurídicos*, en [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org), 16 marzo 2022.

<sup>8</sup> Junto con la emblemática Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cabe mencionar los tratados de derechos humanos adoptados por la ONU: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16 de diciembre de 1966; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989; la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006; la Convención internacional sobre la protección de todas las personas ante desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006. La mayoría de estos tratados fundamentales cuentan con protocolos adicionales. Véase una información más detallada en ACNUDH, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, en [acnudh.org](http://acnudh.org), 26 julio 2019.

<sup>9</sup> G. BATTISTELLA, *op. cit.*, p. 29.

<sup>10</sup> Véase la *Declaración y Programa de Acción* de la Conferencia, 12 julio 1993, A/CONF.157/23.

<sup>11</sup> Por un lado, la ONU se perfila como una organización internacional universal única

De hecho, en el momento de comienzo de los *travaux préparatoires*, se consideró la posibilidad de elaborar este instrumento en el marco de la OIT. Es más, existe una opinión que la entrada relativamente tardía de la ONU en el debate sobre la migración se debió, en parte, al [Acuerdo entre la ONU y la OIT](#) sobre la materia<sup>12</sup>. Dicho acuerdo delimitó las competencias de las dos organizaciones, adjudicando a la OIT el plano de la migración laboral (o migrantes como trabajadores), y a la ONU, su estatus como no nacionales. Desde entonces, la Asamblea General de la ONU adoptó una serie de resoluciones, entre las que destaca la que contiene la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, de 13 de diciembre de 1985<sup>13</sup>. No obstante, en la misma fecha, la Asamblea General aprobó la Resolución *Medidas para Mejorar la Situación y Garantizar el Respeto de los Derechos Humanos y la Dignidad de Todos los Trabajadores Migratorios*<sup>14</sup>. Este hecho indica que la supuesta división de tareas ya no resultaba actual, en especial desde el comienzo de los trabajos preparatorios sobre la Convención<sup>15</sup>.

El comienzo del proceso de codificación se caracterizaba por la oposición entre los países desarrollados y los países en desarrollo<sup>16</sup>. Los primeros abogaron por la OIT como foro de elaboración del instrumento. También

---

capaz de defender los intereses generales de la comunidad internacional y legitimada para liderar las medidas contra la crisis. Por otro lado, arrastra la desconfianza debida a su inoperatividad y el subsiguiente descrédito. Así, la reticencia de algunas grandes potencias hacia esta organización internacional llevó a que el G-20 se convirtiera en el grupo informal utilizado por los Estados económicamente relevantes para coordinar a nivel mundial sus políticas nacionales de respuesta a la crisis financiera y económica de los años 2008-2014. Vid. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes*, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010, p. 86.

<sup>12</sup> Cfr. M. HASENAU, *ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, en *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, p. 693; R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, p. 138. Al respecto, cabe recordar que la OIT se convirtió en el organismo especializado de la ONU en virtud del Acuerdo de conformidad con el art. 63 de la Carta ONU, aprobado el 14 de diciembre de 1946 por la Asamblea General de la ONU y el 2 de octubre de 1946 por la Conferencia General de la OIT. Por lo tanto, el Acuerdo entró en vigor el 14 de diciembre de 1946.

<sup>13</sup> Vid. el documento [A/RES/40/144](#). Las resoluciones de la Asamblea General están disponibles en [www.un.org/es/library](http://www.un.org/es/library), sección [Resoluciones de la Asamblea General](#).

<sup>14</sup> [A/RES/40/130](#).

<sup>15</sup> En su Resolución [A/RES/34/172](#), de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General decidió crear el Grupo de trabajo para la elaboración de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos trabajadores migratorios y de sus familiares.

<sup>16</sup> Cfr. R. BÖHNING, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, en *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, pp. 700-701; R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, pp. 141-142.

la OIT reclamó su competencia en la materia<sup>17</sup>. Sin embargo, predominó la opinión de los países en desarrollo. Su desacuerdo con la OIT como marco de elaboración del instrumento y la insistencia en la ONU, se debió a unas razones muy concretas, generalmente relacionadas con el rechazo del Convenio C143 sobre los trabajadores migrantes, el último instrumento vinculante adoptado por la OIT en la materia, y con el descontento con la organización de trabajo y supervisión de este foro. Desde el punto de vista económico, la lucha contra la migración irregular promovida por el Convenio C143 podría obstaculizar las remesas de los trabajadores en situación irregular, que ya empezaban a formar una parte importante de los ingresos económicos no solo de los miembros de familia del trabajador, sino también de comunidades enteras o incluso de Estados<sup>18</sup>.

Desde la perspectiva política e institucional, la OIT constituía y sigue constituyendo un foro tripartito, compuesto por los Estados y por representantes de los trabajadores y empresarios<sup>19</sup>. En el caso de los países en desarrollo, la voz de estos colectivos difícilmente podía escucharse. Además, la mayoría de los votos de este grupo de Estados en la ONU no

---

<sup>17</sup> «With a view to concentration of resources and the avoidance of duplication or conflict, it would be preferable for standard-setting for the protection of migrant workers to continue to be entrusted to the ILO, as the agency with specific constitutional responsibility for this question, in collaboration, where appropriate, with the other organizations concerned» (ILO, *Role and Place of the ILO in the Restructured United Nations System*, Governing Body, 212<sup>th</sup> Session, 1980, GB.212/IO/1/8, p. 5, § 17).

<sup>18</sup> En este contexto, valga citar el compromiso, en virtud del art. 6 del Convenio C143, de adoptar «disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes [...] y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones». «Para los países en desarrollo en particular, las remesas representan una proporción significativa de los flujos financieros globales, siendo significativamente más importantes que la asistencia oficial para el desarrollo y que los flujos de mercado de capital; y representan más de la mitad de la inversión extranjera directa» (UNESCO, *op. cit.*, p. 27). Es significativo que, en 2007, el flujo de remesas hacia los países en desarrollo, registrado oficialmente, superaba en cuatro veces el volumen de la ayuda oficial para el desarrollo. En particular, las remesas constituyen un porcentaje elevado del PIB en muchos países, como, por ejemplo, en Moldavia, un 45%, y en Tayikistán, un 38% (*vid.* J. KLUGMAN (dir.), *Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos*, PNUD, 2009, pp. 83 y 87). También es cierto que, con la crisis económica, se ha reducido notablemente su envío (*vid.* I. AWAD, *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*, ILO, 2009, pp. 31-36).

<sup>19</sup> *Vid.* J.L. GIL Y GIL, T. USHAKOVA, *Le dialogue social sur le mode de l'OIT: consolidation et promotion du tripartisme*, P. MARTIN (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2007, en particular pp. 100-102, y T. USHAKOVA, *La OIT como una organización dinámica en el sistema de Derecho internacional*, en J.L. GIL Y GIL (dir.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca, 2017.

estaba asegurada en la OIT. Sin embargo, con carácter objetivo, el ámbito competencial de la OIT se limita a los derechos en el trabajo<sup>20</sup>. Por otro lado, el bajo número de ratificaciones del Convenio C143, incluso entre los países desarrollados, demuestra que la ONU ofrece un marco más apropiado para elaborar una Convención con el contenido universal. En esta línea de ideas, las Naciones Unidas garantizaban un enfoque global sobre la migración que abarcase todos los derechos de los trabajadores migratorios, incluidos los derechos fundamentales de toda persona, y que, en principio, pudiese contar con un apoyo generalizado de los Estados, especialmente los países en desarrollo que abogaban por una protección más generosa de sus nacionales en los países de destino de la migración. En consecuencia, la participación oficial de la OIT en los trabajos preparatorios fue mínima, aunque, de hecho, su contribución resultó considerable, gracias a la estrecha colaboración con un grupo de países desarrollados. El Preámbulo de la Convención reconoce la labor previa de muchas organizaciones internacionales intergubernamentales, con un papel especial de la OIT. De hecho, su texto se inspira tanto en los instrumentos de carácter universal, elaborados anteriormente en el marco de la ONU, como en los instrumentos de la OIT sobre los trabajadores migrantes (el Convenio C097 relativo a los trabajadores migrantes, el Convenio C143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, la Recomendación R086 sobre los trabajadores migrantes, la Recomendación R151 sobre los trabajadores migrantes, el Convenio C029 relativo al trabajo forzoso u obligatorio y el Convenio C105 relativo a la abolición del trabajo forzoso).

La influencia de la OIT sobre la ICRMW también se refleja en su participación en los mecanismos de control de la Convención. Una serie de Estados desarrollados incluso promovieron la posibilidad de que la OIT asumiese la supervisión del instrumento. Finalmente, el papel de la OIT ha quedado reflejado en el art. 74.5, que permite a los representantes de la Oficina Internacional del Trabajo participar, con carácter consultivo, en sus

---

<sup>20</sup> Algunos autores incluso ponen en duda el potencial de la OIT como un actor principal en el ámbito de la protección de los derechos en el trabajo. En este sentido, P. ALSTON, *Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*, en *The European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, n. 3, p. 470, afirma: «The role played by the ILO in influencing labour rights policies in various contexts is a matter of contention among the various analyses. I suggested that, under the new regime, the ILO “remains only nominally at centre stage”. But in Langille’s view, the ILO has never been “at centre stage” in any meaningful sense, and indeed the very idea “that there is a centre stage and that it is located in Geneva” is a bad one».

sesiones, y en el art. 74.2, que prevé la transmisión a la OIT de los informes periódicos de los Estados parte.

Junto con los citados factores, que afectan al sistema internacional universal de protección de derechos humanos, la razón de la poca aceptación de la Convención reside sin duda, y, ante todo, en su objeto de regulación: los trabajadores migrantes. Ofrecen las primeras pautas del análisis los datos básicos relativos a la vida de la ICRMW. El primer dato que ha de analizarse es la fecha de entrada en vigor del instrumento. Recuérdese que la fecha de adopción remite al año 1990. Así pues, hubo que esperar trece largos años para que empezase a surtir efectos obligatorios. Este periodo no sería particularmente largo si se comparase con algunos otros tratados multilaterales fruto del proceso de codificación y, en especial, del desarrollo progresivo del Derecho internacional<sup>21</sup>. No obstante, la afirmación anterior no resulta cierta en relación con otros tratados fundamentales de derechos humanos. Para trazar la comparación al respecto, valga recordar que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad tardaron dos años en entrar en vigor, y la Convención sobre los derechos del niño, tan solo un año.

Otro dato significativo es el bajo número de Estados parte. Todos los demás tratados de la ONU en materia de derechos humanos cuentan con más de cien, en el supuesto de los tratados más recientes, y cerca de doscientas ratificaciones, en el caso de los más antiguos. Además, si nos fijamos en los países que han ratificado la Convención, se trata de Estados de África y América Latina y, en menor medida, Asia. Salta a la vista que entre las partes no figura ningún Estado de la UE, ni tampoco otros países relevantes, receptores de la migración, como Canadá, los EE.UU., China o Rusia.

### 3. El polémico catálogo de derechos

La Convención representa la expresión normativa del enfoque basado en los derechos en materia migratoria, planteamiento que promociona en los últimos años la OIT y la misma ONU, mediante declaraciones e

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980; la Convención sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978, se halla en vigor desde el 6 de noviembre de 1996, y la Convención sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, está vigente desde el 16 de noviembre de 1994.



instrumentos de carácter programático e informativo<sup>22</sup>. ¿Por qué no resulta cómoda la forma de tratado internacional para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes? La respuesta es obvia: los Estados pretenden conservar el control absoluto sobre la política migratoria<sup>23</sup>, y son difícilmente reconciliables los objetivos de los Estados de origen y de destino de la migración. El difícil equilibrio entre el imperativo de proteger los derechos de los trabajadores migrantes y la necesidad de salvaguardia de la soberanía estatal en la ordenación de los flujos migratorios se manifiesta en el art. 79, ubicado en la Parte VIII, sobre las Disposiciones generales:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados parte estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención.

Según la opinión de Cholewinski, parece complicado valorar cómo esta disposición, un tanto ambigua, puede afectar al propósito convencional de proteger los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares<sup>24</sup>. Sin embargo, los debates en el proceso de adopción de la Convención esclarecen las posturas opuestas sobre el art. 79. Por un lado, los EE.UU. defendió la existencia de un principio firmemente establecido de soberanía de los Estados en sus respectivas políticas migratorias<sup>25</sup>. Por otro, Suecia indicó la poca conveniencia de una disposición que pudiese mermar la obligación de todos los Estados de respetar los derechos humanos

---

<sup>22</sup> Cabe hacer referencia a tales documentos como OIT, *Migración laboral internacional. Un enfoque basado en derechos*, 2013; OIT, *Marco Multilateral para las Migraciones Laborales*, 2006; OIT, *Principios generales y directrices para la contratación equitativa. Definición de las comisiones de contratación y los gastos conexos*, 2019. A su vez, la ONU adoptó la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 19 de septiembre de 2016, con Resolución A/RES/71/1; el Pacto Mundial sobre los Refugiados de 2018, con Resolución A/RES/73/151, que confirma el Pacto tal y como figura en la Resolución A/RES/73/12 (Parte II), y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018, con Resolución A/RES/73/195. Véase S. MORGADES GIL, *El Pacto Mundial sobre los Refugiados y el nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo: derecho informal y jurisprudencia europea en materia de acceso a la protección*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, n. 1, p. 26 ss.

<sup>23</sup> Véase C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Las competencias del Estado sobre las personas*, en M. MARIÑO MENÉNDEZ (ed.), *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta, 2012, pp. 25-27.

<sup>24</sup> R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, pp. 192-193.

<sup>25</sup> *Vid.* el *Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de elaborar una convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, 20 junio 1988, A/C.3/43/1, § 13.

fundamentales<sup>26</sup>.

La posición del principio de soberanía contrasta con la del principio de no discriminación en el reconocimiento de los derechos, establecido en el art. 7. De alguna manera, la disposición final del art. 79 remite al principio de no discriminación, expresado en los siguientes términos:

Los Estados parte se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Hoy en día, podría plantearse la compatibilidad de este principio con el complejo sistema escalonado de estatus personales de los migrantes que generan los Estados desarrollados, por ejemplo, los Estados miembros de la UE. En esta línea de ideas, uno de los logros más significativos de la Convención es la definición del “trabajador migratorio”, en la que destaca su carácter dinámico e inclusivo<sup>27</sup>. La ICRMW resalta el dinamismo del proceso migratorio, ya que su propósito es proteger a los trabajadores en todo momento, incluida «la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual» (art. 1.2). De aquí su definición de “trabajador migratorio” como «toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional» (art. 2.1). Hay que señalar que la ICRMW protege muchas categorías de trabajadores migratorios que suelen quedar fuera del ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales: los trabajadores de temporada, los trabajadores fronterizos o los trabajadores por cuenta propia<sup>28</sup>. Además, la protección se extiende a los migrantes en situación

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, § 20.

<sup>27</sup> Véase sobre la noción de “trabajador migrante” en el plano internacional T. USHAKOVA, *Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 22, pp. 103-105.

<sup>28</sup> El art. 2.2.a define el “trabajador fronterizo” como todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana. El art. 2.2.b entiende por “trabajador de temporada” todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y solo se realice durante parte del año. El art. 2.2.b establece que se entenderá

regular e irregular. De hecho, la inclusión de esta última categoría (los trabajadores migratorios en situación irregular) se señala como uno de los pasos más importante en la protección de los derechos humanos de este grupo vulnerable<sup>29</sup>. En la esfera de regulación entran, también, los familiares de los trabajadores migratorios, a saber, las personas casadas con los trabajadores o con una relación que, de acuerdo con las leyes vigentes, tenga efectos equivalentes al matrimonio, y los hijos a cargo y otras personas a cargo que sean reconocidas como familiares por la legislación en vigor.

El punto más polémico de la Convención es su pretensión ambiciosa de protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares, incluidos los migrantes en situación irregular. La Parte III (arts. 8-35) contempla unos derechos que, dicho sea de paso, no resultan novedosos, sino que corresponden con el estándar mínimo de los instrumentos en materia de derechos humanos generalmente aceptados: el derecho a la vida (art. 9), la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (art. 11.1), la libertad de pensamiento (art. 12), la prohibición de injerencia arbitraria en la vida privada (art. 14), el derecho a la libertad y la seguridad personales (art. 16), la prohibición de expulsión colectiva del territorio del Estado receptor (art. 22) y otros. En esta Parte, el texto convencional prevé una serie de derechos económicos y sociales. Así, el art. 25 establece que

1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:
  - a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término;
  - b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.
2. No será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el

---

por “trabajador por cuenta propia” todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales.

<sup>29</sup> Cfr. S. HUNE, *Drafting an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, en *International Migration Review*, 1985, vol. 19, n. 3, p. 573; V. CHETAIL, *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019, p. 221.

principio de igualdad de trato que se menciona en el párrafo 1 del presente artículo.

3. Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

Como había de esperarse, la aplicación del citado artículo a los migrantes en situación irregular motivó la oposición de algunos Estados en el proceso de elaboración del texto convencional. El representante alemán calificó como “*increasingly impracticable*” la propuesta de situar los trabajadores migratorios, incluidos los irregulares, en pie de igualdad con los nacionales en relación con las condiciones sociales y laborales<sup>30</sup>. Por su parte, la delegación de Austria formuló la reserva en cuanto al art. 25.3, fundamentándola en la legislación nacional que no permitía al trabajador sin la autorización de trabajo presentar reclamaciones relacionadas con el despido o la terminación del empleo<sup>31</sup>.

Al respecto, es interesante anotar que la legislación española actual se sitúa en la línea de las exigencias convencionales y, además de establecer que ha de ser el empresario el que solicite la autorización de trabajo, prevé que la carencia de tal autorización, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Vid. el [Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de elaborar una convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias](#), 22 junio 1987, A/C.3/42/1, § 196. No obstante, la disposición contó con el apoyo de las delegaciones de Finlandia, India, Italia, Holanda y la antigua Unión Soviética (*ibidem*, § 197).

<sup>31</sup> *Ibidem*, § 208.

<sup>32</sup> El art. 36.5 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reza que «la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero». A su vez, el art. 9.2 ET (RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) indica que «en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». De este modo, el extranjero procedente de un tercer país sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación. Véase, además, la aclaración sobre el particular en la STS 5439/2011, de 21 de junio, rec. 3428/2010. Dicha Sentencia precisa que «los arts. 56.1.b) y 53.5 (este último equipara los efectos de la extinción por causas objetivas al despido disciplinario) del ET y 110.1 y 113 de la LPL establecen con claridad, en los casos de despidos improcedentes y algunos nulos, la condena al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, y el extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación, es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos, tal como, rectificando doctrina anterior el contrato de trabajo del extranjero sin la preceptiva autorización está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley, que, sin embargo, contempla la validez respecto a los derechos del trabajador afectado» (FD 2º). En los pronunciamientos judiciales más recientes, se plantean los problemas de protección de un trabajador extranjero que se encuentra inicialmente en situación irregular por no disponer de la autorización de trabajo (cuando fuera necesaria, además de la de residencia), o bien que estando inicialmente de forma regular en el ámbito laboral (y también de la protección social) pasa a una situación de irregularidad sobrevenida, por no haber podido renovar la autorización laboral. Así, la STS 955/2016, de 16 de noviembre, confirma la improcedencia del despido en estas circunstancias constatada por las sentencias anteriores dictadas en el caso, mientras que la STS 642/2021, de 23 de junio, aparentemente sigue la misma línea argumentativa, pero llega a una conclusión distinta, expresada en el párrafo siguiente: «Por tanto, como adelantamos en nuestra referida STS de 16 de noviembre de 2016, la pérdida de la autorización para trabajar en España, guarda visos de completa similitud con las causas que se prevén en el artículo 52 ET, en la medida en que imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero; sin que, por otra parte, pueda negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Y, aunque no existe precisión sobre la cuestión de la posible aplicación de la causa objetiva del apartado a) del art. 52 ET, esa es la causa que ampara la decisión extintiva cuando se produce la pérdida de la autorización para trabajar, al tratarse de una ineptitud sobrevenida, con posterioridad al ingreso en la empresa» (FD 4º.2). La tesis de un despido objetivo se confirma en la doctrina jurídica española. Véase, al respecto, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2022, p. 653, y E. ROJO TORRECILLA, [Un recordatorio histórico sobre la protección del trabajador extranjero cuya situación jurídica es o deviene irregular, y una nota sobre la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016. A propósito de la importancia del art. 36.5 de la LOEX tras la reforma de 2003](#), en [www.eduardorjotorrecilla.es](http://www.eduardorjotorrecilla.es), 5 febrero 2017. Para un cuadro más completo del régimen de los trabajadores migrantes en España, hay que tener en cuenta las últimas reformas, en particular la operada por el RD 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los

El art. 27 prevé la igualdad de trato de los trabajadores migratorios y sus familiares y los nacionales, con respecto a la seguridad social, en la medida en que cumplan con los requisitos previstos en la legislación aplicable del Estado de acogida o en los convenios bilaterales y multilaterales aplicables. El precepto parece insistir tanto en la protección del derecho como en el cumplimiento de las disposiciones aplicables sobre la seguridad social. Todo ello hace pensar que el consenso de los Estados no llega más allá de la proclamación de un estándar mínimo en la materia, sin mucho convencimiento de que pudiese aplicarse efectivamente a los trabajadores migratorios en situación irregular<sup>33</sup>. Además, la referencia al régimen legal establecido permite claramente que los Estados introduzcan y apliquen cualquier limitación pertinente. El art. 27.2 apunta a esta posibilidad e indica que

Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones.

En este supuesto, la legislación española no resulta incompatible con el régimen convencional. Es más, el art. 14.3 de la LO 4/2000 garantiza a los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Según el art. 28 de la Convención,

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

Hay que señalar que, en el proceso de redacción de este artículo, hubo una oposición importante de los EE.UU. En la versión anterior a la adoptada en el texto, la fórmula referida a la atención «que resulte necesaria para

---

extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril.

<sup>33</sup> De hecho, como comenta R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, p. 166, en el transcurso del debate sobre el proyecto del artículo, algunos Estados (Alemania e Italia) sugirieron trasladar este artículo a la Parte IV de la Convención, que se refiere a los derechos de los trabajadores migratorios en situación regular.

preservar su vida o para daños irreparables» tenía un alcance más amplio y aludía a la «reparación de la salud»<sup>34</sup>.

En los últimos años, la regulación española sobre la atención médica de los extranjeros ha sufrido cambios. La igualdad de trato proclamada en la redacción anterior del art. 12 de la LO 4/2000, quedó reducida a la mera remisión a la legislación vigente en la materia sanitaria<sup>35</sup>. Sin duda, la eliminación del derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria básica del catálogo de derechos se debe a la dramática situación del Estado español, ocasionada por la crisis financiera y económica. En este sentido, estamos ante un manifiesto ejemplo de la tensión entre «lo económico y lo social»<sup>36</sup>, agudizada por un entorno adverso.

Como se ha adelantado, la Convención pretende proteger los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. No obstante, se distingue entre los derechos de todos, recogidos en la Parte III, y los derechos de los trabajadores migratorios documentados o en situación regular, previstos en la Parte IV (arts. 36-56). En esta parte, se garantiza, junto con otros derechos, la igualdad de trato con los nacionales en

- a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate;
- b) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación;
- c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento;
- d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres;
- e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;
- f) El acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados;

---

<sup>34</sup> *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, 11 junio 1982, A/C.3/37/1, 11 junio 1982, § 32.

<sup>35</sup> *Vid.* el art. 12 de la LO 4/2000, modificado por la DF 3ª del RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

<sup>36</sup> Se hace referencia a la siguiente observación de C. THOMAS, *Convergences and Divergences in International Legal Norms on Migrant Labor*, en *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2011, vol. 32, n. 2, p. 408: «International labor law [...] harbors tensions between the “economic and the social”, that is to say, an emphasis on particular industrial and workplace contexts versus broader aspirations toward justice».

g) El acceso a la vida cultural y la participación en ella.

El art. 43.2 aspira a «una efectiva igualdad de trato, a fin de que los trabajadores migratorios puedan gozar de los derechos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo». Esto sí, «siempre que las condiciones establecidas para su estancia, con arreglo a la autorización del Estado de empleo, satisfagan los requisitos correspondientes».

El art. 54 complementa los derechos de todos los trabajadores de los arts. 25 y 27 analizados antes con unas nuevas previsiones de igualdad de trato con los nacionales en relación con la protección contra los despidos, el acceso a las prestaciones por desempleo, a los programas de obras públicas destinadas a combatir el desempleo y el acceso a otro empleo.

Además, se protege la unidad de la familia. En virtud del art. 44,

1. Los Estados parte, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.
2. Los Estados parte tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

Las disposiciones relativas a la reagrupación familiar suscitan reticencia de los Estados y constituyen una de las razones de rechazo de la Convención, junto con el temor frente a la migración irregular y el compromiso económico excesivo que implica la promoción de condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato entre los migrantes en situación regular y los nacionales.

#### **4. Los mecanismos de control y de protección**

Es evidente que el mecanismo de control constituye una de las garantías principales para la eficacia de los instrumentos internacionales. Con este objetivo, la Parte VII de la Convención prevé la creación del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families – CMW) e incorpora una amplia gama de competencias de este órgano para supervisar la aplicación de la



Convención<sup>37</sup>.

Inicialmente, el Comité contaba con diez expertos, y, después de la entrada en vigor del instrumento para el cuadragésimo primer Estado Parte, con catorce expertos «de gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia en el sector abarcado por la Convención» (art. 72.1.b)<sup>38</sup>. Los miembros del Comité se eligen en votación secreta por los Estados parte en la Convención de una lista de personas designadas por cada Estado, teniendo en cuenta la distribución geográfica equitativa, e incluyendo tanto Estados de origen como Estados de empleo, y a la representación de los principales sistemas jurídicos (art. 72.2.a). La independencia de los expertos se asegura por el ejercicio de sus funciones a título personal (art. 72.2.b), y se ve reforzada en el art. 12 del Reglamento del Comité, que establece el deber de cumplimiento de las Directrices sobre la independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (Directrices de Addis Abeba)<sup>39</sup>.

Su ámbito de actuación comprende la recepción y el examen de los informes periódicos de los Estados parte (art. 73), y de las comunicaciones interestatales (art. 76) e individuales (art. 77). Además, como sucede en muchos otros casos con los órganos de control, el Comité puede elaborar observaciones generales. Así, el 23 de febrero de 2011, adoptó su primera Observación General sobre los trabajadores domésticos migratorios, a la que siguieron las observaciones generales sobre derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, de 2013; sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y sobre las obligaciones de los Estados en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, adoptadas junto con el Comité de los Derechos del Niño en 2017, y sobre los derechos de los migrantes a la libertad, a la protección contra la detención arbitraria y su conexión con otros derechos humanos, de 2021<sup>40</sup>. Dichas interpretaciones del contenido de la Convención tienen que ser respetadas y seguidas de buena fe por los Estados parte<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Vid. sobre el Comité C. EDELENBOS, *Committee on Migrant Workers and implementation of the ICRMW*, en P. DE GUCHTENEIRE, A. PÉCOUD, R. CHOLEWINSKI (eds.), *op. cit.*; C. VILLÁN DURÁN, C. FALEH PÉREZ, *op. cit.*, p. 71 ss.

<sup>38</sup> «As of 1 January 2010, the Committee on Migrant Workers is currently composed of 14 independent experts» (*Membership of the Committee*, en [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org), 12 octubre 2022). Véase más información sobre el Comité en la [página dedicada a su composición](#).

<sup>39</sup> Documento CMW/C/2, distribuido el 8 de febrero de 2019.

<sup>40</sup> Véase los textos de las observaciones generales en el [UN Treaty Body Database](#).

<sup>41</sup> Vid. C. VILLÁN DURÁN, C. FALEH PÉREZ, *op. cit.*, p. 73.

La ratificación de la Convención implica la aplicación automática de la obligación de presentar los informes periódicos<sup>42</sup>. En virtud del art. 73, los Estados Parte deben informar sobre las medidas que hayan tomado para aplicar la Convención en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado Parte de que se trate, y, en lo sucesivo, cada cinco años. Los informes tienen que indicar los problemas que afecten a la aplicación de la Convención, y proporcionar información acerca de las características de las corrientes de migración. Tras examinar los informes, el Comité elabora y hace llegar al Estado Parte las observaciones que considera oportunas.

En cambio, la posibilidad de interponer las comunicaciones está vinculada a la declaración expresa sobre la aceptación de la competencia correspondiente del Comité. De conformidad con el art. 76, cualquier Estado Parte puede declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones interestatales<sup>43</sup>. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo solo se podrán recibir y examinar si las presenta un Estado que haya hecho una declaración por la cual reconoce con respecto a sí mismo la competencia del Comité. Por lo tanto, no se examinarán las comunicaciones que se refieran a los Estados que no hayan hecho esa declaración. Una fórmula similar es de aplicación para las comunicaciones individuales previstas en el art. 77<sup>44</sup>. Además, las disposiciones relativas a la competencia del Comité entrarán en vigor cuando al menos diez Estados parte en la Convención hayan hecho las declaraciones correspondientes (arts. 76.2 y 77.2). Con todo, hay que constatar que el mecanismo de control a través de

---

<sup>42</sup> El art. 73 establece que: «1. Los Estados parte presentarán al secretario general de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la presente Convención: a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado Parte de que se trate; b) En lo sucesivo, cada cinco años y cada vez que el Comité lo solicite. 2. En los informes presentados con arreglo al presente artículo se indicarán también los factores y las dificultades, según el caso, que afecten a la aplicación de la Convención y se proporcionará información acerca de las características de las corrientes de migración que se produzcan en el Estado Parte de que se trate. 3. El Comité establecerá las demás directrices que corresponda aplicar respecto del contenido de los informes. 4. Los Estados parte darán una amplia difusión pública a sus informes en sus propios países».

<sup>43</sup> En el momento de elaboración de este estudio, han aceptado la competencia del Comité en este ámbito Ecuador, El Salvador, Guatemala y Guinea-Bissau. Turquía expresó su intención de hacerlo más adelante.

<sup>44</sup> En el momento de redacción de este estudio, han reconocido la competencia del Comité al respecto cinco Estados: Ecuador, El Salvador, Guatemala, México y Uruguay. Turquía expresó su intención de hacerlo más adelante.

las comunicaciones no encuentra el apoyo necesario, ni siquiera entre los Estados que han ratificado la Convención.

Cabe añadir que algunos Estados parte se han opuesto al procedimiento de solución de controversias con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención, previsto en el art. 92.1<sup>45</sup>. Dicha disposición insta a someter a arbitraje, a petición de una de las Partes, toda controversia que no se solucione mediante negociación y, si en plazo de diez meses desde la fecha de presentación, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquier de ellas podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia.

En suma, el breve análisis de los mecanismos de control permite afirmar que la eficacia de la Convención tampoco puede asegurarse desde este punto de vista. Ni siquiera los Estados parte, es más, los Estados promotores de la adopción de la Convención, han sido coherentes en su propósito de cumplir con los compromisos internacionales en el marco del instrumento.

## 5. Consideraciones finales

La Convención ONU de 1990 tiene que recordarse y “revisitarse” en el contexto de la crisis sanitaria, económica y social ocasionada por la pandemia Covid-19 y la llegada masiva de los refugiados a raíz del conflicto armado en el territorio de Ucrania. El instrumento posee un valor indudable, como una pieza importante en el sistema de tratados internacionales destinados a proteger los derechos humanos de los distintos colectivos vulnerables, también más afectados por la pandemia<sup>46</sup>. Su marca

---

<sup>45</sup> Así, Argelia, Argentina, Fiji, Guinea-Bissau y Marruecos formularon la declaración, expresamente admitida en el art. 92.2, de que no se considerasen obligados por este mecanismo.

<sup>46</sup> En la [Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes](#), de 26 de mayo de 2020, p. 1, el CMW y el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU constatan que «la pandemia del COVID-19 está teniendo efectos serios y desproporcionados sobre los migrantes y sus familias a nivel global. Los migrantes en condición irregular o indocumentados se hallan en una situación de aun mayor vulnerabilidad. Los migrantes en muchos casos no cuentan con un acceso efectivo a servicios de atención médica, educación y otros servicios sociales, realizan trabajos inestables – usualmente sin beneficios o sin el derecho a prestaciones por desempleo – y en algunos casos han sido dejados fuera de las medidas de asistencia social implementadas por los Estados, a pesar de sus significativas contribuciones económicas a la sociedad. En algunos países poseen los niveles más altos de contagios y muertes por el COVID-19, como consecuencia de los factores arriba mencionados».

distintiva es el enfoque basado en los derechos con vocación universal, que también hace suyo la OIT, aunque a través de documentos no vinculantes. Pese a haberse adoptado en el ámbito universal, la Convención se ha visto relegada a un lugar marginal, y la han apoyado, generalmente, los países de origen de la migración, en especial de África, América Latina y Asia, e ignorado los principales países de destino. No obstante, entre los Estados parte, figuran algunos receptores relevantes de la migración, como Argentina, Chile, Marruecos, México o Turquía. Asimismo, hoy en día, aun sin contar con la participación de los Estados europeos, los Estados Unidos de América o Canadá, la Convención puede considerarse como una fuente jurídica válida para proteger los derechos de los trabajadores migrantes en el contexto de la migración “Sur-Sur”. Este fenómeno forma parte del complejo panorama de los flujos migratorios, y reclama una atención y tratamiento jurídico adecuado. Junto con este aspecto, la Convención, que introduce una definición amplia y dinámica de trabajador migrante, puede ser útil para regular la migración circular o el proceso de retorno. De este modo, la ICRMW ocupa su lugar en el abanico de las fuentes internacionales y regionales que intervienen en la reglamentación del régimen migratorio.

Es evidente que una mayor implicación de los sistemas regionales en la regulación de la materia migratoria limita el margen de maniobra de los Estados para comprometerse individualmente con la Convención. No obstante, el principal obstáculo reside en el interés nacional de cada Estado en controlar la admisión y el régimen de la migración, y en particular de la migración laboral, en su territorio; y, por lo tanto, en la falta de voluntad política de adherirse a la ICRMW<sup>47</sup>. Además, en una época de la crisis, el argumento político se refuerza con el económico. Como es bien sabido, la garantía efectiva de los derechos conlleva una carga económica que se conecta con la situación concreta de cada Estado, y se justifica difícilmente en determinadas etapas. Aun así, se perfila un cambio del paradigma, queremos pensar que también gracias a la contribución de la Convención, que apunta a la necesidad de gestión de la migración irregular frente al imperativo de control de la misma<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> La mayoría de los autores coinciden en que, en definitiva, no existen barreras infranqueables en el ámbito jurídico, y el obstáculo principal reside en la voluntad política de asumir el compromiso. Cfr. K. TOUZENIS, A. SIRONI, *Current Challenges in the Implementation of the UN International Convention for the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families*, European Parliament, 2013, p. 1; V. CHETAIL, *op. cit.*, p. 240.

<sup>48</sup> K. KOSER, *International Migration. A very Short Introduction*, Oxford University Press, 2016, p. 105. Así, en la *Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes*, cit., pp. 3-4, se sugiere «promover la

La tesis de la amenaza de la migración irregular ocupa un lugar central en la oposición a la Convención. Valga recordar que la Convención protege los derechos básicos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En esta línea de ideas, el enfoque de la ONU, basado en los derechos de todos los trabajadores migratorios, se opone a la postura de la UE, que acentúa la cuestión de la seguridad, y, en consecuencia, aboga por la igualdad de trato en ciertos ámbitos entre los trabajadores nacionales y los migrantes en situación regular.

El temor de la UE frente a los flujos migratorios justifica su postura, pero no acaba de convencer. Se observa un claro divorcio entre el discurso político de lucha contra la migración irregular y la práctica de una contratación informal de trabajadores sin derechos, o la reafirmación de un enfoque basado en los derechos, pero en virtud de un compromiso no vinculante.

Muchos países desarrollados afirman que los derechos de los trabajadores migrantes ya están garantizados en la legislación interna. De ahí que no haya necesidad de ratificar la Convención. Además, el nivel de protección nacional resulta más alto, y los estándares mínimos internacionales pueden rebajarlo. Tampoco convencen estos argumentos, ya que valen igualmente para otros instrumentos citados, que protegen los derechos de las mujeres, los niños o las personas con discapacidad. El estándar mínimo internacional no puede afectar de manera negativa a una legislación nacional más avanzada, dado que expresamente admite la posibilidad de una regulación más favorable. Pero sí cumple con una función fundamental en las sociedades modernas: impide que la regulación nacional rebaje el nivel de protección establecido internacionalmente.

## 6. Bibliografía

AA.VV. (2005), *Los servicios públicos de empleo*, en C. MOLINA NAVARRETE (coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Mergablum

ACNUDH (2022), *Instrumentos jurídicos*, en [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org), 16 marzo

ACNUDH (2019), *Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, en [acnudh.org](http://acnudh.org), 26 julio

---

regularización de los migrantes en condición irregular o indocumentados. Esto incluye adoptar otras vías regulares para los migrantes en condición de vulnerabilidad, medidas que permitan las extensiones de visas de trabajo y otras apropiadas para reducir los retos que enfrentan los migrantes y sus familias debido al cierre del comercio y de esta manera garantizar la protección continua de sus derechos humanos».

- ACNUDH (2006), *La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité*, Folleto Informativo, n. 24 (Rev. 1)
- ALSTON P. (2005), *Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*, en *The European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 467-480
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A. (2003), *La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 2, pp. 9-51
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A. (1999), *Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990*, en *Migraciones*, n. 5, pp. 121-160
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A. (1992), *Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 2, pp. 711-713
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA P. (2022), *Las epidemias, las pandemias y el Derecho internacional: a propósito de la Resolución del IDI de septiembre de 2021*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 1, pp. 15-23
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA P. (2010), *Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes*, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel
- AWAD I. (2009), *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*, ILO
- BATTISTELLA G. (2008), *La naissance d'une Convention. Les difficiles relations entre migrations et droits de l'homme*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 20-30
- BÖHNING R. (1991), *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, en *International Migration Review*, vol. 25, n. 4, pp. 698-709
- CHETAIL V. (2019), *International Migration Law*, Oxford University Press
- CHOLEWINSKI R. (1997), *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford University Press
- DE GUCHTENEIRE P., PECOUD A. (2008), *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et Perspectives*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 6-19
- DE GUCHTENEIRE P., PECOUD A., CHOLEWINSKI R. (eds.) (2009), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press
- EDELENBOS C. (2009), *Committee on Migrant Workers and implementation of the ICRMW*, en P. DE GUCHTENEIRE, A. PÉCOUD, R. CHOLEWINSKI (eds.), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press

- FOUCAULT M. (1969), *Qu'est-ce qu'un auteur?*, en *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 1969, n. 3, pp. 73-104
- GIL Y GIL J.L. (dir.) (2017), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca
- GIL Y GIL J.L. (dir.) (2013), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, Juruá
- GIL Y GIL J.L., USHAKOVA T. (2007), *Le dialogue social sur le mode de l'OIT: consolidation et promotion du tripartisme*, P. MARTIN (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux
- HASENAU M. (1991), *ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, en *International Migration Review*, vol. 25, n. 4, pp. 687-697
- HUNE S. (1985), *Drafting an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, en *International Migration Review*, vol. 19, n. 3, pp. 570-615
- KLUGMAN J. (dir.) (2009), [Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos](#), PNUD
- KOSER K. (2016), *International Migration. A very Short Introduction*, Oxford University Press
- MACDONALD E., CHOLEWINSKI R. (2008), *L'Union européenne face à la Convention sur les travailleurs migrants*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 54-64
- MARIÑO MENÉNDEZ M. (ed.) (2012), *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J. (coord.) (2010), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel
- MOLINA NAVARRETE C. (coord.) (2005), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Mergablum
- MONTOYA MELGAR A. (2022), *Derecho del Trabajo*, Tecnos
- MORGADES GIL S. (2022), *El Pacto Mundial sobre los Refugiados y el nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo: derecho informal y jurisprudencia europea en materia de acceso a la protección*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 1, pp. 25-45
- OGER H. (2008), *Les obstacles à la ratification de la Convention en France. Un refus politique au nom de l'Europe*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 42-52
- OIT (2022), [El impacto de la crisis de Ucrania en el mundo del trabajo: evaluación inicial](#), Nota Informativa OIT, 11 mayo
- OIT (2019), [Principios generales y directrices para la contratación equitativa. Definición de las comisiones de contratación y los gastos conexos](#)

OIT (2013), *Migración laboral internacional. Un enfoque basado en derechos*

OIT (2006), *Marco Multilateral para las Migraciones Laborales*

PÉREZ GONZÁLEZ C. (2012), *Las competencias del Estado sobre las personas*, en M. MARIÑO MENÉNDEZ (ed.), *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta

ROJO TORRECILLA E. (2017), [Un recordatorio histórico sobre la protección del trabajador extranjero cuya situación jurídica es o deviene irregular, y una nota sobre la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016. A propósito de la importancia del art. 36.5 de la LOEX tras la reforma de 2003](#), en [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es), 5 febrero

TARAN P.A. (2008), *La Convention, symbole d'une approche alternative des migrations internationales*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 32-41

THOMAS C. (2011), [Convergences and Divergences in International Legal Norms on Migrant Labor](#), en *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 32, n. 2, pp. 405-441

TOUZENIS K., SIRONI A. (2013), [Current Challenges in the Implementation of the UN International Convention for the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families](#), European Parliament

UNESCO (2005), [La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes](#)

USHAKOVA T. (2017), *La OIT como una organización dinámica en el sistema de Derecho internacional*, en J.L. GIL Y GIL (dir.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca

USHAKOVA T. (2013), *La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: ¿un intento fallido de regulación universal?*, en J.L. GIL Y GIL (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, Juruá

USHAKOVA T. (2011), *Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea*, en *Relaciones Laborales*, n. 22, pp. 93-123

VILLÁN DURÁN C., FALEH PÉREZ C. (2022), *España ante la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 1, pp. 65-80

### *Páginas web*

Comité de Trabajadores Migrantes: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cmw>



# Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado laboral de las plataformas digitales de trabajo\*

Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ\*\*

---

**RESUMEN:** Respecto a la necesidad de mejorar la medición del trabajo en plataformas digitales, en un informe del Banco de España se afirma que es necesario que la legislación laboral defina con claridad la relación entre las personas que prestan servicios y las plataformas digitales. En nuestro trabajo vamos a reflexionar sobre esta necesidad y las iniciativas llevadas a cabo en el marco normativo español (actual Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales), así como las llevadas a cabo en el plano internacional como, por ejemplo, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales y las actuaciones previas en el seno de la OIT, que está valorando la posibilidad de incluir un punto relativo a una discusión general sobre el trabajo decente en la economía de plataformas en la 113ª Reunión de la Conferencia (2025). En todo caso, consideramos que es necesario alcanzar la consolidación de unos verdaderos valores éticos y morales como transición justa en la etapa de la Industria 4.0, que complementen la intervención de la normativa jurídico-laboral de las plataformas digitales de trabajo.

*Palabras clave:* Plataformas digitales de trabajo, protección social, mercado de trabajo, algoritmos, transición justa, valores éticos y humanos.

---

\* Este trabajo es el resultado de las reflexiones iniciadas en el año 2015 y publicadas en [esta Revista](#), 2015, n. 4, con el título [El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?](#), dentro del Proyecto de Investigación DER2013-4315-R del Ministerio de Economía y Competitividad, siendo la IP la Profesora Doctora Lourdes Mella Méndez, que hoy se enmarca en el Grupo de Investigación SEJ-158 de la Junta de Andalucía “Relaciones Industriales en España y Europa”.

\*\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla (España).

**SUMARIO:** 1. De la gran transformación del trabajo a la necesidad de elaborar la construcción social de los nuevos mercados de trabajo de las plataformas digitales. 2. La regulación en España del trabajo en las plataformas digitales: una regulación necesaria para un ámbito de aplicación subjetivo insuficiente. 2.1. La presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto (Ley 12/2021). 2.2. El reconocimiento del derecho de acceso por parte de los representantes de los trabajadores a la información de los algoritmos usados por la empresa. 3. El estado de la cuestión actual en el ámbito internacional: la necesaria actuación normativa por parte de la UE y la “iniciativa” en el seno de la OIT. 3.1. Puntos relevantes de la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

## Considerations on the Labour Legal Regulatory Intervention for the Social Construction of the New Labour Market of Digital Work Platforms

---

**ABSTRACT:** Regarding the need to improve the measurement of work on digital platforms, a report by the Bank of Spain states that it is necessary for labour legislation to clearly define the relationship between people who provide services and digital platforms. In our work we are going to ponder on this need and the initiatives carried out within the Spanish regulatory framework (current Act No. 12/2021, which modifies the revised text of the Workers' Statute Act, approved by Royal Legislative Decree No. 2/2015, to guarantee the labor rights of people dedicated to delivery in the field of digital platforms), as well as those carried out internationally, such as the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work and previous actions within the ILO, which is evaluating the possibility of including a point/item related to a general discussion on decent work in the platform economy at the 113<sup>th</sup> Session of the Conference (2025). In any case, we believe that it is necessary to consolidate true ethical and moral values for a just transition in the Industry 4.0 stage, which complement the intervention of legal-labour regulations on digital work platforms.

*Key Words:* Digital work platforms, social protection, labour market, algorithms, just transition, ethical and human values.

## 1. De la gran transformación del trabajo a la necesidad de elaborar la construcción social de los nuevos mercados de trabajo de las plataformas digitales

En el año 2015 tuvo lugar en la ciudad de Bérgamo la VI edición del Congreso Internacional de ADAPT para debatir la incidencia de los diversos factores de cambio, en clave interdisciplinar, que estaban dando lugar a la gran transformación del trabajo. Un proceso que llevaba inexorablemente a estudiar la visión del trabajo desde los nuevos modelos económicos y sociales y las nuevas formas organizativas y económicas que estaban surgiendo. El modelo *fordista* y el modelo capitalista característicos del siglo XX entran en crisis a partir de los años 80, dando lugar a comienzos del siglo XXI a la etapa post fordista. Una crisis económica mundial iniciada en el año 2007, junto a un proceso de innovación tecnológica y de cambio en el mundo del trabajo, han configurado la situación actual de la post pandemia en la era digital.

Con este panorama se hace necesaria una reflexión sobre el derecho para un trabajo que cambia: la crisis de la subordinación y los procesos de desregulación del Derecho del Trabajo nacional como consecuencia de la evolución de las modalidades de trabajo y las nuevas formas de empleo, y las dificultades para dar respuesta a las nuevas exigencias regulatorias y de protección con la estructura clásica del Derecho del Trabajo. A la dificultad para diferenciar el trabajo subordinado y el trabajo autónomo se suman las perspectivas futuras sobre las nuevas funciones que van surgiendo<sup>1</sup>.

Sin duda alguna son cuestiones que están hoy de plena actualidad, ya que tras dos años de crisis sanitaria como consecuencia de las restricciones impuestas a la población, podemos decir que el trabajo se ha transformado y en la actualidad existe una convivencia entre los dos mundos del trabajo: el trabajo presencial propio de la era industrial y el trabajo a distancia propio de la era digital disruptivamente implantada<sup>2</sup>.

En un primer momento el fenómeno de la *uberización* planteó la posibilidad de la calificación de trabajador asalariado a los conductores de UberPop atendiendo a los indicios de laboralidad, siempre que la empleadora utilizara un sistema on-line que permitiera gestionar de forma eficiente el riesgo

---

<sup>1</sup> Vid. la [call for papers](#) del VI Congreso Internacional ADAPT [La gran transformación del trabajo](#), Bérgamo 6-7 noviembre 2015.

<sup>2</sup> Cfr. E.M. SIERRA BENÍTEZ, [El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?](#), en [esta Revista](#), 2015, n. 4, pp. 93-118; G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (dirs.), [Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano](#), Milano University Press, 2021.

comercial de la cartera de clientes, y lograra que todas sus operaciones comerciales fueran cobradas y gestionadas mediante una aplicación (*app*)<sup>3</sup>. El problema que planteaba este sistema es que permitía que los particulares pudieran realizar la prestación de servicios de transporte de viajeros sin la correspondiente autorización administrativa. Esto provocó que la industria del taxi reaccionara presentando demandas ante los tribunales, y dio lugar a que en el año 2014 dichos Tribunales declararan en muchos países el cese de la actividad de UberPop<sup>4</sup>.

Con posterioridad surgieron otras formas de manifestación de estas plataformas que, si bien estaban plenamente implantadas en nuestra sociedad, permanecían al margen de la regulación laboral por considerarse como un servicio de transporte, ya que en el caso de la Unión Europea corresponde a los Estados miembros regular las condiciones de prestación de servicios de intermediación, siempre que se respeten las normas generales del Tratado de la UE<sup>5</sup>. El fenómeno de la *uberización* se identifica con la aparición de las plataformas digitales de trabajo que, si bien en un primer momento defendían su carácter de prestaciones de servicios de la sociedad de la información, en la actualidad son consideradas verdaderas operadoras de un sector, debiendo estar sujetas a las condiciones aplicables al resto de actores que participan en el mismo, como también ha ocurrido con Deliveroo en materia laboral<sup>6</sup>.

La evolución actual nos ha llevado a estudiar el concepto de trabajador y economía digital en el contexto internacional y en el Derecho de la UE en relación a las reformas legales en torno a las nuevas formas de empleo ligadas a las transformaciones digitales; especialmente, en torno a las plataformas digitales y la cuestión atemporal sobre las fronteras de laboralidad. Al respecto la doctrina ha afirmado que sería necesario pensar

---

<sup>3</sup> Vid. E.M. SIERRA BENÍTEZ, *Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, E. GARRIDO PÉREZ (dirs.), [El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral](#), Laborum, 2015.

<sup>4</sup> El problema persiste en la actualidad en todo el mundo, por ejemplo, véase la política de sanciones a los conductores de las plataformas (DiDi o Uber) que se dedican a recoger pasajeros en los aeropuertos de Ciudad de México y Guadalajara (México). Estos vehículos que no tienen restricción para llevar pasajeros al aeropuerto, sí la tienen para subir a personas en las instalaciones porque no tienen la concesión de permisos. El problema es que las leyes federales no prohíben el funcionamiento de las aplicaciones de transporte, simplemente no las contemplan. Vid. V. CONTRERAS GARCÍA, [Guardia Nacional "caza" a conductores de plataformas en aeropuerto de Guadalajara](#), en [dplnews.com](#), 5 diciembre 2022.

<sup>5</sup> Vid. STJUE 20 diciembre 2017, asunto C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, SL*.

<sup>6</sup> Vid. M. BELLO CASTRO, [La consideración de Uber como servicio de transporte. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2017, Uber \(C-434/15\)](#), en [elderecho.com](#), 30 julio 2019.

en un estatuto mínimo de integración a través de una técnica de extensión de ciertos derechos y protecciones para un tipo de estos trabajadores que respondan a unas características de continuidad de la prestación de servicios<sup>7</sup>. En todo caso coincidimos en que la regulación del trabajo en plataformas debe ser internacional y global para alcanzar a todos los trabajadores de plataformas (trabajadores de plataformas *in situ* y a los de plataformas on-line)<sup>8</sup>, ya sean trabajadores asalariados o trabajadores autónomos.

En este sentido, como el auge de este fenómeno de la economía de las plataformas tiende a extender el trabajo ocasional como nueva forma de trabajo atípico, la doctrina ha incorporado nuevas propuestas encaminadas a la protección de los trabajadores, tanto asalariados como autónomos, que llevan a cabo esos trabajos ocasionales. Al respecto se apunta que, respecto al trabajo asalariado, es necesario superar el criterio cuantitativo que lleva a la consideración del trabajo ocasional como marginal y, por otro lado, eliminar la habitualidad como característica del trabajo autónomo, puesto que esta característica implica que el trabajo ocasional debe ser marginal. Esta idea fundamenta la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y que España debe transponer próximamente, al haber concluido el plazo el pasado 1º de agosto de 2022<sup>9</sup>. Esta Directiva identifica como trabajo ocasional a los trabajos efímeros (aquellos que superan tres horas semanales en un período

---

<sup>7</sup> Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Concepto de trabajador y economía digital. Respuesta en el contexto internacional y en el derecho de la UE*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 14, p. 37 del extracto.

<sup>8</sup> Vid. M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Nuevas formas de empleo digital: el trabajo en plataformas. Diez propuestas para su regulación internacional*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 111-112.

<sup>9</sup> El 1º de agosto finalizó el plazo de transposición. El anteproyecto de Ley ha sido criticado por el Consejo Económico y Social por no haberse canalizado en el marco del diálogo social entre el Gobierno y los interlocutores sociales que hubiera evitado la divergencia de opiniones en el seno del propio CES. Por otro lado, se observan dudas sobre la interpretación a determinadas previsiones y la carencia de una definición, lo más precisa posible, de qué se entiende por una prestación de servicios sujeta a un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible en [Dictamen CES 26 octubre 2022, n. 14, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva \(UE\) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.](#)

de referencia de cuatro semanas consecutivas, y que deben ser cubiertos por la protección de la Directiva), y a los trabajos a demanda y similares (que gozan del tratamiento y de las garantías reguladas para los trabajos que no tienen un tiempo de trabajo garantizado)<sup>10</sup>. La transposición no solo es necesaria, sino que supone una oportunidad para una adecuada regulación del trabajo ocasional realizado en las plataformas digitales.

Estas iniciativas se complementan con otras que se extienden al ámbito penal, de modo que recientemente se ha presentado en el Congreso de los Diputados español una enmienda encaminada a sancionar con penas de prisión que van de seis meses a seis años y sanción de días/multa de seis a doce meses a empresarios que contraten falsos autónomos de forma reincidente o restrinjan de forma habitual los derechos laborales o las condiciones de trabajo pactadas, tanto en contratos como en convenios<sup>11</sup>.

En el plano internacional, tanto en el seno de la UE como en el de la OIT, se han realizado estudios de esta nueva realidad del trabajo mediante las plataformas digitales, cuyos resultados hacen necesaria la intervención de nuestra disciplina jurídica y de protección social para que de alguna manera contribuyan a la construcción social de los nuevos mercados de trabajo de las plataformas digitales<sup>12</sup>.

En el seno de la UE existen «más de 28 millones de personas [que] trabajan a través de plataformas digitales y se prevé que en 2025 esa cifra alcance los 43 millones. [...] La gran mayoría de las personas que trabajan a través de plataformas digitales son verdaderos autónomos, pero se calcula que 5,5 millones están erróneamente clasificados como autónomos. [...] entre 2016 y 2020, los ingresos de la economía de plataformas casi se quintuplicaron, pasando de unos 3 000 millones de euros a cerca de 14 000 millones de euros»<sup>13</sup>. A escala mundial dichas plataformas han generado unos ingresos

---

<sup>10</sup> Vid. F.J. ARRIETA IDIAKEZ, *El trabajo ocasional como forma atípica de trabajo. Contextualización, tratamiento en España y propuesta de mejora*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2022, n. 3, p. 174.

<sup>11</sup> Iniciativa presentada el 9 de diciembre de 2022 en el Congreso de los Diputados por los grupos parlamentarios PSOE y Unidas podemos, en relación con el art. 311 del Código Penal con la contratación de falsos autónomos. El mencionado artículo está incluido en el Título XV, *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, de la vigente LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por lo demás nos remitimos a las previsiones 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.

<sup>12</sup> Cfr. CEPS, *Digital labour platforms in the EU. Mapping and business models. Final Report*, European Commission, 2021; OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, 2021.

<sup>13</sup> CONSEJO EUROPEO, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Normas de la UE sobre el trabajo en plataformas digitales*, en [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu), 8 diciembre 2022. Vid. también EURWORK, *Platform work*, en [www.eurofound.europa.eu](http://www.eurofound.europa.eu), 25 noviembre 2022.

de al menos 52.000 millones de dólares en 2019. Según la OIT, «El número de plataformas de trabajo en línea y de trabajo localizado (servicios VTC y de reparto) pasó de 142 en 2010 a más de 777 en 2020»<sup>14</sup>. «De un total de 777 plataformas, disponemos de datos de 749 (96 por ciento) sobre el número de asalariados contratados directamente en ellas»<sup>15</sup>. La OIT afirma que nos encontramos con nuevos retos para las personas trabajadoras y las empresas en relación con las condiciones de trabajo, la regularidad del trabajo y los ingresos, y la falta de acceso a la protección social, la libertad de asociación y los derechos de negociación colectiva. Las horas de trabajo largas e impredecibles, la escasa ganancia y las importantes brechas salariales de género son exponentes de un problema que afecta globalmente a las personas que desarrollan la prestación de servicios a través de plataformas digitales de trabajo<sup>16</sup>.

En definitiva, se trata de cuestiones que de alguna manera son objeto de elaboración de una normativa que aspira a ser necesaria y justa. No obstante, nos vamos a plantear si es suficiente para cumplir los objetivos de la sostenibilidad del sistema de protección social (*Agenda 2030*), y de ahí el título de esta publicación.

## **2. La regulación en España del trabajo en las plataformas digitales: una regulación necesaria para un ámbito de aplicación subjetivo insuficiente**

En España se ha regulado una norma destinada a garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales, conocida como la Ley *Riders*<sup>17</sup>. Con carácter previo hubo una abundante litigiosidad, que todavía no ha cesado, sobre la existencia de relación laboral de las personas dedicadas al reparto o distribución de mercancías, por parte de empleadoras que ejercen sus poderes de dirección, organización y control mediante la gestión algorítmica

---

<sup>14</sup> OIT, *op. cit.*, p. 19.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>16</sup> *Vid.* OIT, *op. cit.*

<sup>17</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, que deroga el RD-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Esta norma ha sido el resultado del Acuerdo adoptado el 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida a tal efecto del 28 de octubre de 2020.



del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de las plataformas digitales. La labor realizada por la Inspección de Trabajo solicitando regularizar la situación de estos trabajadores<sup>18</sup> ha sido, y sigue siendo, muy importante, como también a su vez la de los Tribunales de lo Social declarando la existencia o inexistencia de relación laboral<sup>19</sup>.

La STS 25 septiembre 2020<sup>20</sup> declaró la existencia de la relación laboral entre Glovo y uno de sus repartidores y, aunque no ha conseguido poner fin al conflicto, permite afirmar que se está avanzando en la elaboración de la normativa laboral conforme a su carácter dinámico en un período de tránsito hacia la consolidación de la Industria 4.0<sup>21</sup>. Es inevitable observar la insoportable convivencia entre dos formas distintas de realización de la prestación de servicios según se lleve a cabo dentro de un modelo de producción u otro: el modelo industrial, que alcanza su pleno esplendor en el siglo XX, y el modelo digital, que se implanta en el siglo XXI disruptivamente debido a las limitaciones y las restricciones existentes en la realización de la prestación de servicios en un lugar de trabajo determinado (lugar físico perteneciente a la esfera del empleador), y en donde es habitual que los trabajadores permanezcan o accedan por razón de su trabajo<sup>22</sup>.

Ese modelo digital disruptivo se ha implantado por la necesidad de introducir medidas de seguridad y prevención ante una situación de

---

<sup>18</sup> Según la [Actividad realizada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en España de Enero-Diciembre de 2020, en órdenes de servicio](#) son 555.065.

<sup>19</sup> Recientemente la ITSS ha solicitado regularizar la situación de 2.283 *riders* de Glovo en Valencia y la de unos 8.300 en Barcelona pese a la reciente ley que obliga a las plataformas digitales a contratar a sus repartidores como trabajadores asalariados y, que como se observa, no cumplen. También la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha desestimado el recurso que Glovoapp 23 presentó contra la sentencia que declaró que entre ésta y los 329 trabajadores existía una relación laboral por cuenta ajena a los efectos de alta y cotización en el Régimen General de la Seguridad Social (*vid. STSJ Aragón, Zaragoza, 19 septiembre 2022, rec. 541/2022*). Sobre los diversos posicionamientos de los tribunales, *cf.* E. ROJO TORRECILLA, [Plataformas de reparto de productos a domicilio: relación laboral de los repartidores. La ITSS, la TGSS, los JS y los TSJ hacen bien su trabajo. Sobre la legitimación activa en los procedimientos de oficio y la presunción de certeza de las actas de ITSS. Notas a seis sentencias dictadas en 2022 por TSJ y JS](#), en [www.eduardorojotorrecilla.es](#), 19 junio 2022; J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, [Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), 2020, n. 4.

<sup>20</sup> Rec. 476/2019.

<sup>21</sup> *Vid.* E.M. SIERRA BENÍTEZ, [El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?](#), *cit.*

<sup>22</sup> El art. 3 del Convenio OIT C155 sobre seguridad y salud de los trabajadores define la expresión “lugar de trabajo” como «todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador».

pandemia mundial por los motivos que todos conocemos ante la amenaza mortal del virus de la Covid-19. El 4 de marzo de 2020 el Ministerio de Trabajo y Economía Social publicó la [\*Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo Coronavirus\*](#), con el objetivo de facilitar la información necesaria sobre la aplicación de la normativa laboral en relación con las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las empresas y las personas trabajadoras<sup>23</sup>. Sin embargo, son medidas que han sido reguladas en un corto período normativo bastante prolijo, y conforme se iban sucediendo los acontecimientos en función de la incidencia de los brotes o rebotes de la pandemia, pero que no cubrieron la prestación de servicios realizados por los *riders* porque, curiosamente, tuvieron la consideración de trabajos esenciales a pesar de su precariedad y de la problemática jurídica en torno a la relación laboral entre los *riders* y las plataformas digitales.

Desde algún sector se plantearon unas propuestas de organización cooperativa y sostenible del trabajo como alternativa a la imposición, la precariedad y la competitividad de las grandes plataformas que fuera apoyada por programas financiados públicamente. Según esta propuesta, sería «necesario que las instituciones públicas pongan en marcha instrumentos de intercooperación, *entidades de acompañamiento y asesoramiento*, así como de campañas de sensibilización e información acerca de las alternativas de consumo responsable». Eso sí, afirmando que todo ello debe implementarse «como medidas complementarias a la regulación laboral y a los mecanismos de control del cumplimiento de esta en el ámbito de las plataformas»<sup>24</sup>.

La Ley *Riders* introdujo dos modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores: a) la presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto que ejerzan las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital; b) el reconocimiento del derecho de acceso por parte de los representantes de los trabajadores a la información

---

<sup>23</sup> Esta guía articula las pautas de actuación en tres grandes bloques y, en concreto, en lo que afecta a la normativa laboral contempla tres posibilidades que afectan al lugar de trabajo: a) la posibilidad de articular el teletrabajo como medida organizativa temporal y excepcional, acordada individualmente o colectivamente, que no suponga una reducción de derechos ni coste alguno para las personas trabajadoras; b) también la posibilidad de suspender total o parcialmente la actividad, o, reducir la jornada, por ERTE (por ejemplo, por causas ETOP, por fuerza mayor o cierre acordado por decisión acordada de la Autoridad Sanitaria); c) en el caso que la empresa no tramitara el ERTE pero se paralizara la actividad, la persona trabajadora conservaría su derecho a su salario.

<sup>24</sup> J.M. SÁNCHEZ OCANA, [\*Crónica del trabajo y las adversidades de los riders en los primeros 50 días de estado de alarma\*](#), en [www.uv.es](http://www.uv.es), 13 mayo 2020.

(parámetros, reglas e instrucciones) de los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial usados por la empresa para ejercer poder directivo y organizativo del proceso productivo. A continuación vamos a tratar estas dos modificaciones introducidas en la mencionada normativa.

### 2.1. La presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto (Ley 12/2021)

En relación con la presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto se ha dicho, con acierto, que «para solucionar un problema clásico del Derecho del Trabajo (la delimitación de su ámbito de aplicación) se recurre a una figura jurídica, también tradicional, de nuestra disciplina: la *presunción de laboralidad*» pero que, en realidad, oculta un mandato legal directo de laboralidad<sup>25</sup>. No obstante, aunque existen diversas y distintas tesis sobre la relevancia y el carácter de esta presunción de laboralidad, en relación sólo con las plataformas digitales de reparto y que dejan en el “limbo normativo” al resto de las plataformas económicas, no podemos afirmar que los conflictos laborales concluyen con la actualización normativa<sup>26</sup>.

Es cierto que el carácter dinámico de las nuevas realidades económicas del modelo productivo digital

dificulta que la calificación como laboral de las mismas pueda fijarse por la normativa laboral, más allá de la definición de relación laboral que ya lleva a cabo el art. 1.1 ET, no en vano, cualquier intento de fijar por ley los indicios de laboralidad en estos supuestos puede verse inmediatamente desbordado por las nuevas prácticas diseñadas por las empresas titulares de dichas plataformas<sup>27</sup>.

De ahí que sea necesaria la adopción de medidas complementarias a la regulación normativa y al control de su cumplimiento que, por no ser suficientes, requieren de la actuación de unos sujetos ajenos a la relación laboral: los consumidores, y de un objetivo común: que estén sensibilizados

---

<sup>25</sup> Vid. L. MELLA MÉNDEZ, *La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2021, n. 244, p. 2 del extracto.

<sup>26</sup> Sobre las diversas posiciones doctrinales, véase E. ROJO TORRECILLA, *De la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La relación laboral de los repartidores de las empresas de reparto*, en *Temas Laborales*, 2021, n. 158, p. 40.

<sup>27</sup> J. MORENO GENÉ, *Presunción legal de laboralidad del trabajo en plataformas digitales de reparto: ¿Y ahora qué?*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2022, n. 4, p. 197.

con las alternativas de consumo responsable<sup>28</sup>. En otro momento abordaremos este interesante debate de la relación entre el consumo y el derecho del trabajo, porque no queremos distraer la atención de la importancia del humanismo tecnológico, de esa estrecha relación existente entre la disciplina jurídica laboral y la necesidad de configurar un nuevo paradigma transhumanista de la era digital, es decir, «en la defensa del humanismo tecnológico cuyo plan integrador permite conciliar el progreso científico-tecnológico con los valores y principios de la cultura humanista que conforman el proyecto ilustrado de la modernidad»<sup>29</sup>. En este sentido, coincidimos con la doctrina en que para dotar de contenido laboral a ese paradigma

el derecho del trabajo del siglo XXI no debe estar limitado a un solo esquema de relación contractual. Se debe reconocer que una visión unívoca centrada en la subordinación obstruye cualquier posibilidad de redefinir el contrato de trabajo. El derecho del trabajo debe permitir partir de una pluralidad de contratos que determinen, dependiendo los casos, un conjunto de regulaciones especiales acordes a las características del trabajo o la actividad de que se trate. [...] lo que encontramos desde finales de siglo XX es la heterogeneidad de relaciones contractuales entre una persona física y otra persona física o moral. La diversidad no destruye ni disminuye el derecho del trabajo, al contrario, lo termina reconstruyendo y aumentando su campo de acción<sup>30</sup>.

En materia de protección social del trabajo en plataformas esto se traduce en la necesidad de adoptar un ajuste normativo para encajar las características del trabajo en plataformas, tanto respecto a las personas trabajadoras por cuenta ajena como a las personas trabajadoras por cuenta propia<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Vid. G. NEVES DELGADO, B. VASCONCELOS DE CARVALHO, A.L. GONÇALVES ROCHA, *Desafios civilizatórios para a proteção do trabalho em plataformas digitais: o necessário reforço ao referencial axiológico e jurídico de não mercantilização do trabalho humano*, en M.C MÁXIMO TEODORO ET AL. (orgs.), *Trabalho e consumo: as duas faces da pessoa human no contexto do data driven*, RTM, 2020.

<sup>29</sup> F.H. LLANO ALONSO, [El derecho ante el nuevo paradigma transhumanista de la era digital](#), en [Revista Jurídica de Asturias](#), 2022, n. 45, p. 39.

<sup>30</sup> A. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, [La cuarta Revolución Industrial \(Industria 4.0\). Entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: la protección del trabajador asalariado y no asalariado](#), en G. MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, A. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, P. KURCZYN VILLALOBOS (coords.), *Industria 4.0. Trabajo y Seguridad Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, pp. 55-56.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, con respecto a las obligaciones empresariales de realizar actos de encuadramiento y cotización a la seguridad social; revisar el requisito de la habitualidad

## 2.2. El reconocimiento del derecho al acceso por parte de los representantes de los trabajadores a la información de los algoritmos usados por la empresa

Por otro lado, la segunda modificación que introdujo la *Ley Riders* fue el reconocimiento del derecho de acceso por parte de los representantes de los trabajadores a la información (parámetros, reglas e instrucciones) de los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial usados por la empresa para ejercer poder directivo y organizativo del proceso productivo. Es un reconocimiento que va dirigido a todos los empleadores que utilicen los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial para tomar decisiones de forma automatizada que afecten a las personas trabajadoras en materia, por ejemplo, de contrataciones, determinación de horarios, evaluación del rendimiento, etc. Hay que tener en cuenta que estas decisiones pueden provocar riesgos para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (privacidad, datos, igualdad y no discriminación, y seguridad y salud laboral (arts. 18.1, 18.4, 14 y 15 CE)).

Con posterioridad, el Ministerio de Trabajo y Economía Social publicó una guía denominada *Información algorítmica en el ámbito laboral*<sup>32</sup>, que sirve como herramienta sobre las obligaciones y derechos en materia de información algorítmica que los empresarios deben facilitar a la representación legal de los trabajadores y a las propias personas trabajadoras de acuerdo con los arts. 64.4.d ET y 22 RGPD<sup>33</sup>. La guía señala, por un lado, las obligaciones

---

como criterio definitorio del trabajo autónomo y determinante para acceder a la protección social; permitir la transferencia de derechos de seguridad social por cambios de puesto de trabajo, actividad o de trabajo por cuenta ajena a trabajo autónomo o, viceversa, posibilidad de coordinar los sistemas de seguridad social (posibilidad de exportación de prestaciones y acumulación de los períodos de cotización de conformidad con las legislaciones de la Unión y nacionales), la unificación de la protección social en el trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena y, por último, la complementación de la protección social mediante políticas que garanticen un nivel mínimo de protección social a todas las personas (*vid.* A. GINÈS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Aranzadi, 2021, pp. 224-226). Una visión general del problema de la sostenibilidad de la Seguridad Social en J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación*, en I. MARÍN ALONSO, M.T. IGARTUA MIRÓ (dirs.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, 2021.

<sup>32</sup> G. GALDON CLAVELL (coord.), *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

<sup>33</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales

de la empresa respecto a la información que debe facilitar a la representación legal de los trabajadores y, a su vez, a estos mismos; y por otro lado, indica «qué información puede solicitar la representación legal de la plantilla y las propias personas trabajadoras de acuerdo con la normativa vigente. Asimismo, se analizan las obligaciones empresariales de negociación del algoritmo, auditoría y evaluación de impacto. Finalmente, la guía incluye una *herramienta* que pretende *concretar y sistematizar las obligaciones de información* ante el uso de algoritmos y sistemas de decisión automatizada en el ámbito laboral»<sup>34</sup>.

Esta novedosa previsión que viene contenida en la Ley *Riders*, la primera norma jurídica que reconoce expresamente este derecho, plantea razonables dificultades de aplicación cuando entre los miembros de la representación de las personas trabajadoras haya una ausencia de expertos que hagan posible la labor de vigilancia y control de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos. Al respecto, entendemos que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para resolver este inconveniente, siempre y cuando contemple la posibilidad de que los miembros de la representación tengan derecho a una formación específica, o bien incluya los mecanismos de financiación posibles para la contratación de personas expertas en la materia<sup>35</sup>.

En este sentido, y a pesar de los aspectos positivos que presenta esta adaptación normativa, cabe señalar los interrogantes que se plantean en el ámbito del Derecho Colectivo, y en concreto el del Derecho Sindical, puesto que

ya en el terreno estricto espacial, es claro que no es complicado técnicamente construir un ciberespacio sindical que aproxime a los trabajadores y sus organizaciones. Pero lo es igualmente que resulta mucho más difícil hacer que a su través se incremente la eficacia de la organización y de sus actuaciones<sup>36</sup>.

Por otro lado, «es preciso ser conscientes de que las nuevas relaciones laborales en el entorno de Internet se desarrollan sin conexión a un determinado lugar» y, por lo tanto, el reto que plantean las tecnologías 4.0

---

y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

<sup>34</sup> G. GALDÓN CLAVELL (coord.), *op. cit.*, p. 5.

<sup>35</sup> Vid. R. GÓMEZ GORDILLO, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 2021, n. 158, p. 181.

<sup>36</sup> J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, en A. TODOLÍ SIGNES, M. HERNÁNDEZ BEJARANO (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, 2018, p. 606.

debe «resolverse a una escala superior que acaso en este momento no exista todavía; en caso contrario no tendrá solución»<sup>37</sup>.

Es obvio que

la evolución tecnológica puede tener un importante potencial desintegrador de determinadas estructuras jurídicas que han tenido un importante papel en la construcción de sociedades más justas. Por supuesto, es una perspectiva muy poco halagüeña. Pero conocerla también tiene sus ventajas: nos permite ponernos en el camino de la reflexión para su reconstrucción, aunque sea de una forma muy diferente a como las hemos conocido<sup>38</sup>.

Dado que el legislador ha decidido que son trabajadores a los que se aplica el Derecho del Trabajo nos queda el

importante reto de ajustar una regulación laboral decimonónica a este nuevo colectivo digitalizado, cuya prestación de servicios está condicionada por el uso de las nuevas tecnologías y los algoritmos. Sin duda, este reto no se antoja menor que el vivido hasta ahora, relativo a la calificación jurídica de este colectivo<sup>39</sup>.

En definitiva, la regulación de las plataformas digitales de trabajo, y no solo las de reparto,

es un desafío complejo, ya que atañe tanto la ley del trabajo como otros ámbitos jurídicos relevantes para garantizar el trabajo decente. Estos desafíos incluyen aplicar a los trabajadores de las plataformas los derechos laborales universales conquistados con tanto esfuerzo, como la protección social y la negociación colectiva, así como garantizar una competencia leal, el uso correcto de los datos, la mejora de la protección de los datos y la rendición de cuentas de los algoritmos, y la reforma de los sistemas fiscales<sup>40</sup>.

Esto significa que hay que buscar los mecanismos tanto desde el Derecho Transnacional del Trabajo como el del Derecho Internacional del Trabajo

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 608. *Vid.* también I. MARÍN ALONSO, M.T. IGARTUA MIRÓ, *Las tecnologías y el reto de la sostenibilidad del trabajo: un binomio inseparable*, en I. MARÍN ALONSO, M.T. IGARTUA MIRÓ (dirs.), *op. cit.*

<sup>38</sup> J.M. GOERLICH PESET, *op. cit.*, p. 608. En A. OJEDA AVILÉS, *La deconstrucción del derecho del trabajo*, La Ley, 2010, se realiza una panorámica general con la finalidad de deshacer analíticamente algo para darle una nueva estructura.

<sup>39</sup> L. MELLA MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 8 del extracto.

<sup>40</sup> OIT, *¿Las plataformas digitales de trabajo pueden crear una competición leal y empleos decentes?*, 2021. *Vid.* también OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, cit.

y, por lo tanto, la deconstrucción en soluciones que se apoyen en un programa estratégico, con unas sólidas bases, y en el diálogo social homogéneo, que respete las diferencias culturales, económicas y el espíritu de solidaridad<sup>41</sup>.

### 3. El estado de la cuestión actual en el ámbito internacional: la necesaria actuación normativa por parte de la UE y la “iniciativa” en el seno de la OIT

Como hemos indicado más arriba, entendemos que la vía internacional es la más apropiada para la regulación del trabajo en las plataformas digitales. Ya hemos visto que en la Unión Europea existen más de 28 millones de personas que trabajan a través de plataformas digitales, y está previsto que en 2025 esa cifra alcance los 43 millones. Estas cifras son suficientemente indicativas para requerir una necesaria intervención normativa en el seno de la UE. Al respecto, el acervo de la UE en los ámbitos laboral y social establece normas mínimas gracias a varios instrumentos clave. De esta protección que ofrecen estos instrumentos jurídicos se benefician las personas trabajadoras incluidas en el ámbito de aplicación. Sin embargo, los trabajadores autónomos, incluidos los que trabajan en plataformas, quedan fuera del ámbito de aplicación exceptuando las Directivas sobre igualdad de trato porque tienen unas bases jurídicas más amplias<sup>42</sup>. No obstante, los Reglamentos sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social se deben aplicar tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los autónomos que trabajan a través de plataformas digitales en situaciones transfronterizas<sup>43</sup>. La Recomendación del Consejo relativa al acceso a la

---

<sup>41</sup> Vid. T.C. NAHAS, *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Bomarzo, 2016, pp. 219-238. T.C. NAHAS, *No mundo Avatar, será o memto da Justiça Universal*, en *Noticias CIELO*, 2022, n. 2, p. 2, defiende el establecimiento de una Justicia Universal puesto que «Talvez a discussão sobre os tribunais supranacionais nos âmbitos internos dos diversos países, nascerá morta, sendo melhor aproveitada pelo *Juíço 100% virtual* que possivelmente adotarão todos os países. Some-se a isso, densa jurisprudência que se vem formando nos Tribunais Internacionais, especialmente aqueles que estabelecem uma proteção efetiva aos direitos humanos e que, graças ao controle de convencionalidade, se encarregam de fixar uma jurisprudência uniforme nos diversos países do mundo subscritores dos pactos internacionais».

<sup>42</sup> Véase la [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, pp. 5-8.

<sup>43</sup> Reglamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, y Reglamento (CE) n.



protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia sugiere a los Estados miembros que garanticen el acceso a una protección social eficaz y adecuada, tanto para los trabajadores asalariados como para los autónomos<sup>44</sup>. Sin embargo, ya que las plataformas digitales de trabajo no están vinculadas a activos ni a instalaciones fijas pueden plantear los siguientes problemas: 1) «pueden desplazarse y operar fácilmente a través de las fronteras, iniciar rápidamente operaciones en determinados mercados, cerrar a veces por motivos empresariales o reglamentarios y volver a abrir en otro país con normas más laxas»; 2) «pueden utilizar prácticas comerciales desleales con respecto a otras empresas, por ejemplo al no cumplir las mismas reglas ni operar en las mismas condiciones».

Por todo ello se plantea la necesidad de hacer frente a los desafíos transfronterizos del trabajo en plataformas a nivel de la UE, y no a nivel nacional. Hay que tener en cuenta que un «59% de las personas que trabajan a través de plataformas en la UE lo hacen para clientes establecidos en otro país». «Las plataformas digitales de trabajo suelen tener su sede en un país y operar a través de personas ubicadas en otro». «Los riesgos de incumplimiento de las normas y [...] la lucha contra el trabajo no declarado son mayores en situaciones transfronterizas [...] de trabajo en plataformas». «Las autoridades nacionales (como los servicios de inspección de trabajo, las instituciones de protección social y las autoridades fiscales) a menudo no saben qué plataformas digitales operan en su país, cuántas personas trabajan a través de ellas ni en qué situación laboral llevan a cabo el trabajo»<sup>45</sup>. Todo esto dificulta la vigilancia del «cumplimiento de las obligaciones existentes, tales como las relativas a las cotizaciones a la seguridad social»<sup>46</sup> y, por lo tanto, plantea la necesidad de establecer normas mínimas en el ámbito de la UE para fomentar «la convergencia al alza de los resultados en materia social y de empleo en toda la Unión»<sup>47</sup>.

Estos son los motivos que justifican la necesidad de la elaboración de la citada [Propuesta de Directiva](#)<sup>48</sup>, y más adelante vamos a hacer referencia a los aspectos más relevantes de la misma.

La Confederación Europea de Sindicatos ha reclamado una Directiva

---

987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

<sup>44</sup> La Recomendación cubre las prestaciones de desempleo, por enfermedad y de asistencia sanitaria, maternidad y paternidad, invalidez y supervivencia y las prestaciones relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

<sup>45</sup> [Propuesta de Directiva](#), cit., p. 10.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>48</sup> *Vid.* nota 42.

ambiciosa sobre la mejora de las condiciones laborales en las plataformas de trabajo, y ha criticado la propuesta de modificación presentada por la Presidencia Checa a la UE, que debilita la [Propuesta de Directiva](#) presentada por la Comisión Europea en el año 2021 (por ejemplo, permitiendo a los Estados miembros no aplicar la presunción de la relación laboral cuando sea manifiesto que la presunción sería refutada con éxito; el cumplimiento de tres de las cinco condiciones para ser considerados como trabajadores cuando, por el contrario, la propuesta de la Comisión contempla sólo dos)<sup>49</sup>. El pasado 8 de diciembre de 2022 hubo un Consejo de Empleo en que la Presidencia Checa pretendía alcanzar una orientación general, es decir, una posición común de los Estados miembros relativa a la [Propuesta de Directiva](#), pero incorporando modificaciones que suponían una mayor flexibilidad y una merma de derechos. Afortunadamente, no llegó a alcanzarse el acuerdo por la mayoría cualificada necesaria<sup>50</sup>. El 12 de diciembre de 2022, la Comisión de Empleo del Parlamento Europeo adoptó un proyecto de mandato de negociación sobre las normas para mejorar las condiciones de trabajo y entrar en las negociaciones interinstitucionales en el marco de la UE<sup>51</sup>. Con ello se espera alcanzar que este resultado se confirme también en la votación de la sesión plenaria, que tendrá lugar en Estrasburgo probablemente en la semana del 16 al 20 de enero.

Por otro lado, según el citado informe de la OIT a escala mundial, «el número de plataformas de trabajo en línea y de trabajo localizado (servicios VTC y de reparto) pasó de 142 en 2010 a más de 777 en 2020»<sup>52</sup>. «De un total de 777 plataformas, disponemos de datos de 749 (96 por ciento) sobre el número de asalariados contratados directamente en ellas»<sup>53</sup>. Respecto al número real de trabajadores ocupados a través de estas plataformas,

---

<sup>49</sup> ETUC, [Letter to the Ministers and Ambassadors calling for an ambitious Directive on improving working conditions in platform work](#), en [www.etuc.org](http://www.etuc.org), 23 septiembre 2022.

<sup>50</sup> Vid. EuroEFE Euractiv [Ministros de la UE no logran acordar la directiva laboral sobre plataformas digitales](#), 8 diciembre de 2022.

<sup>51</sup> Los eurodiputados aclararon la definición de qué se entiende por plataforma digital para incluir la subcontratación o la asignación de tareas para un grupo de clientes en línea (micro-plataformas de trabajo). Y distinguieron entre las plataformas digitales laborales de transporte, cubiertas por las nuevas reglas, y los servicios de transporte de taxis, regulados por las leyes nacionales. Los eurodiputados respaldan la propuesta de la Comisión de que las normas se apliquen a todas las plataformas laborales digitales, independientemente de su lugar de establecimiento y siempre que el trabajo se realice en la UE. Vid. EUROPEAN PARLIAMENT, [Digital workers: better working conditions and protection of rights](#), en [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), 12 diciembre 2022.

<sup>52</sup> OIT, [Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo](#), cit., p. 19.

<sup>53</sup> [Ibidem](#), p. 53.

«diversas encuestas realizadas [...] en Europa y América del Norte entre 2015 y 2019 sugieren que la proporción de la población adulta que ha realizado trabajos en plataformas se sitúa entre el 0,3 y el 22 por ciento»<sup>54</sup>. La mayoría de los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo son hombres, con una media de edad que comprende a «menores de 35 años con un alto nivel de estudios, en particular en los países en desarrollo»<sup>55</sup>. En el plano internacional el papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo es vital porque ha experimentado un rápido crecimiento de la economía digital que reclama una respuesta de política coherente. Sin duda alguna el crecimiento de las plataformas conlleva oportunidades y problemas para los trabajadores y las empresas, y plantea además la necesidad de un diálogo internacional sobre políticas concretas<sup>56</sup>. La *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, de 21 de junio de 2019, incorporó la necesidad de seguir desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas mediante «el fomento del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, a través de [...] políticas y medidas que permitan [...] responder a los retos y las oportunidades que plantea la transformación digital del trabajo, incluido el trabajo en plataformas, en el mundo del trabajo».

En este sentido, solo nos queda mostrarnos partidarios de la necesidad de la intervención a través de los mecanismos de producción normativa en el seno de la OIT. El fracaso de la reunión de expertos del pasado mes de octubre del 2022 en donde se trató qué orientación se podría proporcionar para informar una posible discusión general o el establecimiento de normas sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, sujeto a la decisión del Consejo de Administración, no puede ser óbice para afirmar lo contrario. Máxime cuando se ha decidido inscribir en el orden del día de la 113ª Reunión de la Conferencia del año 2025 un punto sobre el trabajo decente en la economía de plataformas<sup>57</sup>. En todo caso, estamos hablando de una Propuesta de Directiva de regulación en el seno de la OIT, y de una iniciativa en el seno de la OIT que se trasladan al año 2025. La realidad es

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>56</sup> *Vid.* OIT, *El rápido crecimiento de la economía digital reclama una respuesta de política coherente*, en [www.ilo.org](http://www.ilo.org), 23 febrero 2021.

<sup>57</sup> En marzo de 2023 hay que presentar un análisis de las lagunas normativas que sirva de base para tomar una decisión sobre la naturaleza del punto que se ha de inscribir en el orden del día de la reunión de la Conferencia de 2025. *Vid.* la *Decisión relativa al orden del día de futuras reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo*, 346ª reunión del Consejo de Administración, 10 noviembre 2022, GB.346/INS/2/Decisión.

que no existe un marco que sea de aplicación en el ámbito internacional, solo la propuesta en el seno de la UE, de la que brevemente vamos a señalar las novedades que incorpora.

### 3.1. Puntos relevantes de la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales

La [Propuesta de Directiva](#) se elabora atendiendo a un objetivo general y a tres objetivos específicos. El primero consiste en la mejora de las condiciones laborales y los derechos sociales de las personas que trabajan a través de plataformas. Los derechos específicos incluyen:

- a. garantizar que las personas que trabajan en las plataformas digitales de trabajo tengan la situación laboral correcta. Para ello se establece una presunción refutable de relación laboral que solo se aplique a estas plataformas que ejerzan cierto grado de control sobre la ejecución del trabajo, por lo que otras plataformas digitales de trabajo no se verán afectadas por la presunción<sup>58</sup>;
- b. «garantizar la equidad, la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión algorítmica en el contexto del trabajo en plataformas»<sup>59</sup>. Para ello introduce nuevos derechos materiales para las personas que realizan estos trabajos. Entre otros, «el derecho a la transparencia en relación con el uso y el funcionamiento de los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones, que especifica y complementa los derechos existentes en relación con la protección de los datos personales»<sup>60</sup>. También garantiza la supervisión humana del impacto de los sistemas automatizados sobre las condiciones de trabajo. Se establecen los canales adecuados para debatir y solicitar la revisión de las decisiones importantes adoptadas por los sistemas automatizados o con su apoyo. En definitiva, se trata de disposiciones que se aplican a todas las personas que trabajan en plataformas, incluidos los autónomos<sup>61</sup> (por ejemplo, a

---

<sup>58</sup> La [Propuesta de Directiva](#), cit., contempla que, «cuando la plataforma digital de trabajo alegue que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral [...], la carga de la prueba recaerá en la plataforma digital de trabajo. Estos procedimientos no tendrán un efecto suspensivo sobre la aplicación de presunción legal» (art. 5).

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 3, punto 2.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>61</sup> En A. BAYLOS, [La marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2022, n. 1, p. 109, esta propuesta hace posible «que los convenios colectivos de algunas actividades se apliquen a los trabajadores autónomos sin trabajadores a su servicio».

- los creadores de contenido), pero con determinadas excepciones como por ejemplo las relativas a la seguridad y salud en el trabajo<sup>62</sup>;
- c. «aumentar la transparencia, la trazabilidad y la sensibilización sobre la evolución del trabajo en plataformas y mejorar la aplicación efectiva de las normas referidas a todas las personas que trabajan a través de plataformas»<sup>63</sup>. Entre estas medidas figura aclarar la obligación de que las plataformas digitales de trabajo que sean empleadores declaren el trabajo en plataformas ante las autoridades competentes del Estado miembro en el que éste se realiza<sup>64</sup>.

En relación con la presunción de la existencia de relación laboral, hay que recordar que se definen los criterios que indican que la plataforma controla la ejecución del trabajo teniendo en cuenta el uso de los algoritmos en la organización del trabajo en las plataformas digitales de trabajo. Es una presunción que, como en el caso español, solo se aplica a las plataformas que ejerzan cierto grado de control sobre la ejecución del trabajo, por lo que otras plataformas digitales de trabajo no se verán afectadas por dicha presunción. No obstante, y a diferencia de la normativa española, no se reduce a garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto, sino a todas las personas trabajadoras del ámbito de las plataformas digitales de trabajo. Al respecto es significativo señalar que el ámbito de aplicación subjetivo (art. 1) de la Directiva se refiere a las plataformas digitales de trabajo que organizan el trabajo en plataformas realizado en la Unión, independientemente de su lugar de establecimiento y de la legislación aplicable. Esto implica que el elemento decisivo para la

---

<sup>62</sup> Hay que tener en cuenta que el art. 1.2.1º establece que la directiva se aplica a todas las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral. Los derechos relativos a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos personales en el contexto de la gestión algorítmica se aplican también a toda persona que realiza trabajo en plataformas en la Unión sin tener un contrato o una relación laboral (art. 1.2.2º).

<sup>63</sup> [Propuesta de Directiva](#), cit., p. 3, punto 4.

<sup>64</sup> Es importante señalar qué entiende por “plataforma digital de trabajo” y “trabajo en plataformas” la [Propuesta de Directiva](#), cit. En virtud del art. 2.1, punto 1, se entiende como tal «toda persona física o jurídica que preste un servicio comercial en el que se cumplen todos los requisitos siguientes: a) se presta, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, como un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles; b) se presta a petición de un destinatario del servicio; c) implica, como elemento necesario y esencial, la organización del trabajo realizado por personas físicas, con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado». Se entiende por “trabajo en plataforma” «todo trabajo organizado a través de una plataforma digital de trabajo y realizado en la Unión por una persona física sobre la base de una relación contractual entre la plataforma digital de trabajo y la persona, con independencia de que exista una relación contractual entre la persona y el destinatario del servicio» (punto 2).

aplicabilidad territorial es, por tanto, el lugar donde se realiza el trabajo en plataformas, y no el lugar donde está establecida la plataforma digital de trabajo o donde se ofrece o presta el servicio al destinatario. Esto significa la extensión de la protección social de los trabajos en las plataformas digitales de trabajo que ejerzan cierto grado de control sobre la ejecución del trabajo, por lo que aquellas otras plataformas digitales que no lo ejerzan no se verán afectadas por la presunción refutable de relación laboral.

En definitiva, es una propuesta que nos obliga a esperar el resultado final y por ello habrá que esperar a su aprobación y su posterior transposición en los estados miembros. Un proceso lento, pero que permitirá a las personas trabajadoras de plataformas digitales de trabajo alcanzar su estatus de formalidad en el reconocimiento de derechos, y que debe ser abordado dentro del programa del trabajo decente de la OIT.

#### 4. Conclusión

La Comisión Europea realizó en el año 2021 una evaluación del impacto de la iniciativa de la UE relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en las plataformas digitales. Como resultado ha indicado que se espera que se reclasifiquen como trabajadores por cuenta ajena entre 1,72 y 4,1 millones de personas (en torno a 2,35 millones *in situ* y 1,75 millones en línea, según las estimaciones más elevadas). Como consecuencia de la reclasificación y la consiguiente mejora del acceso a la protección social, la pobreza y la precariedad disminuirán. Hasta 3,8 millones de personas verán confirmada su condición de autónomos<sup>65</sup>. La iniciativa de la [Propuesta de Directiva](#) mejoraría la transparencia y la trazabilidad del trabajo en plataformas, incluidas las situaciones transfronterizas y, consiguientemente, habría una mejora en la recaudación para la protección social. Se estima que «los Estados miembros podrían beneficiarse de hasta 4 000 millones EUR adicionales en concepto de aumento de las cotizaciones [...] cada año».

---

<sup>65</sup> En el seno de la OIT es importante indicar que «El Consejo de Administración, habiendo tomado nota del análisis de las lagunas normativas que figura en el documento GB.347/POL/1, decide que el punto inscrito en el orden del día de la 113.ª reunión de la Conferencia (junio de 2025) sobre el trabajo decente en la economía de plataformas se dedicará [...] a la elaboración de normas mediante un procedimiento de doble discusión» (OIT, [Análisis de las lagunas normativas respecto al trabajo decente en la economía de plataformas](#), 347ª Reunión del Consejo de Administración, 13-23 marzo 2023, GB.347/POL/1, § 65). Las lagunas normativas son las «que señalaron los participantes en la reunión de expertos sobre el trabajo decente en la economía de plataforma [*vid.* OIT, [Actas resumidas de las labores](#), 10-14 octubre 2022, MEDWPE/2022/8] [...] y que no se prevén en las normas de la OIT, principalmente la gestión algorítmica (§ 5).

Estas medidas «podrían dar lugar a un aumento de hasta 4 500 millones EUR anuales en los costes de las plataformas digitales [...]. Las empresas que dependen de ellas y los consumidores tal vez tengan que sufragar parte de estos costes, dependiendo de cómo decidan las plataformas repercutirlos en terceros»<sup>66</sup>. Esto significa que este lento pero esperanzador proceso de regulación normativa, que es necesario, no sería suficiente si no cuenta con la participación de la ciudadanía, apelando de alguna manera a verdaderos valores éticos, morales, solidarios y humanísticos. En definitiva, repensar la normativa laboral y la interacción consumo-responsable con la de consumo-trabajo, en que la ciudadanía contribuya al mantenimiento del estado de bienestar o a la sostenibilidad de la sociedad digital no sólo con impuestos, sino con medidas éticas y solidarias que hagan posible el cumplimiento del programa del trabajo decente de la OIT.

## 5. Bibliografía

- ARRIETA IDIAKEZ F.J. (2022), *El trabajo ocasional como forma atípica de trabajo. Contextualización, tratamiento en España y propuesta de mejora*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, pp. 142-179
- BAYLOS A. (2022), *La marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 1, pp. 95-113
- BELLO CASTRO M. (2019), *La consideración de Uber como servicio de transporte. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2017, Uber (C-434/15)*, en *elderecho.com*, 30 julio
- CEPS, *Digital labour platforms in the EU. Mapping and business models. Final Report*, European Commission, 2021
- CONTRERAS GARCÍA V. (2022), *Guardia Nacional “caza” a conductores de plataformas en aeropuerto de Guadalajara*, en *dplnews.com*, 5 diciembre
- ETUC (2022), *Letter to the Ministers and Ambassadors calling for an ambitious Directive on improving working conditions in platform work*, en *www.etuc.org*, 23 septiembre
- EUROPEAN PARLIAMENT (2022), *Digital workers: better working conditions and protection of rights*, en *www.europarl.europa.eu*, 12 diciembre
- EURWORK (2022), *Platform work*, en *www.eurofound.europa.eu*, 25 noviembre
- GALDON CLAVELL G. (2022) (coord.), *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social

---

<sup>66</sup> [Propuesta de Directiva](#), cit., p. 15.

- GINÈS I FABRELLAS A. (2021), *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Aranzadi
- GOERLICH PESET J.M. (2018), *Economía digital y acción sindical*, en A. TODOLÍ SIGNES, M. HERNÁNDEZ BEJARANO (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi
- GÓMEZ GORDILLO R. (2021), [Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras](#), en *Temas Laborales*, n. 158, pp. 161-182
- GORELLI HERNÁNDEZ J. (2021), *Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación*, en I. MARÍN ALONSO, M.T. IGARTUA MIRÓ (dirs.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum
- LLANO ALONSO F.H. (2022), [El derecho ante el nuevo paradigma transhumanista de la era digital](#), en *Revista Jurídica de Asturias*, n. 45, pp. 39-53
- LUDOVICO G., FITA ORTEGA F., NAHAS T.C. (dirs.), [Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano](#), Milano University Press, 2021
- MARÍN ALONSO I., IGARTUA MIRÓ M.T. (2021), *Las tecnologías y el reto de la sostenibilidad del trabajo: un binomio inseparable*, en I. MARÍN ALONSO, M.T. IGARTUA MIRÓ (dirs.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum
- MELLA MÉNDEZ L. (2021), *La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 244, pp. 143-184
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2020), [Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo Coronavirus](#)
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2020), [Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 4, pp. 1-16
- MORENO GENÉ J. (2022), [Presunción legal de laboralidad del trabajo en plataformas digitales de reparto: ¿Y ahora qué?](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 4, pp. 159-207
- NAHAS T.C. (2022), [No mundo Avatar. será o memto da Justiça Universal](#), en *Noticias CIELO*, n. 2, pp. 1-2
- NAHAS T.C. (2016), *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Bomarzo
- NEVES DELGADO G., VASCONCELOS DE CARVALHO B., GONÇALVES ROCHA A.L. (2020), *Desafios civilizatórios para a proteção do trabalho em plataformas digitais: o necessário reforço ao referencial axiológico e jurídico de não mercantilização do trabalho humano*, en M.C MÁXIMO TEODORO, F. SOUZA MÁXIMO PEREIRA, L. MENDES MOREIRA



- MIRAGLIA, I. SOIER DO NASCIMENTO DE ANDRADE, K. BHERING ANDRADE (orgs.), *Trabalho e consumo: as duas faces da pessoa human no contexto do data driven*, RTM
- OIT (2023), [Análisis de las lagunas normativas respecto al trabajo decente en la economía de plataformas](#), 347ª Reunión del Consejo de Administración, 13-23 marzo, GB.347/POL/1
- OIT (2022), [Actas resumidas de las labores](#), Reunión de expertos sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 10-14 octubre, MEDWPE/2022/8
- OIT (2021), [El rápido crecimiento de la economía digital reclama una respuesta de política coherente](#), en [www.ilo.org](http://www.ilo.org), 23 febrero
- OIT (2021), [¿Las plataformas digitales de trabajo pueden crear una competición leal y empleos decentes?](#)
- OIT (2021), [Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo](#)
- OJEDA AVILÉS A. (2010), *La deconstrucción del derecho del trabajo*, La Ley
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M.L. (2022), *Nuevas formas de empleo digital: el trabajo en plataformas. Diez propuestas para su regulación internacional*, en AA.VV., [Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022](#), Ministerio de Trabajo y Economía Social
- ROJO TORRECILLA E. (2022), [Plataformas de reparto de productos a domicilio: relación laboral de los repartidores. La ITSS, la TGSS, los JS y los TSJ hacen bien su trabajo. Sobre la legitimación activa en los procedimientos de oficio y la presunción de certeza de las actas de ITSS. Notas a seis sentencias dictadas en 2022 por TSJ y JS](#), en [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es), 19 junio
- ROJO TORRECILLA E. (2021), [De la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La relación laboral de los repartidores de las empresas de reparto](#), en *Temas Laborales*, n. 158, pp. 11-43
- SÁNCHEZ OCAÑA J.M. (2020), [Crónica del trabajo y las adversidades de los riders en los primeros 50 días de estado de alarma](#), en [www.uv.es](http://www.uv.es), 13 mayo
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA A. (2019), [La cuarta Revolución Industrial \(Industria 4.0\). Entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: la protección del trabajador asalariado y no asalariado](#), en G. MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, A. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, P. KURCZYN VILLALOBOS (coords.), [Industria 4.0. Trabajo y Seguridad Social](#), Universidad Nacional Autónoma de México
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y. (2021), [Concepto de trabajador y economía digital. Respuesta en el contexto internacional y en el derecho de la UE](#), en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 14, pp. 19-54

SIERRA BENÍTEZ E.M. (2015), *[El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?](#)*, en *[Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#)*, n. 4, pp. 93-118

SIERRA BENÍTEZ E.M. (2015), *Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, E. GARRIDO PÉREZ (dirs.), *[El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral](#)*, Laborum

# Los enfoques teóricos en relaciones laborales a la luz de los cambios que atraviesa el mundo actual del trabajo: ¿re-conceptualización, adaptación o sustitución?\*

Gerardo CEDROLA\*\*

---

**RESUMEN:** El presente artículo aborda la temática de la reflexión teórica en relaciones laborales, analizando distintos enfoques y teorías, a través de una revisión bibliográfica, para luego analizar la necesidad de realizar mejoras capaces de adaptar tal reflexión teórica a los distintos cambios que vienen sucediéndose en el mundo del trabajo en la actualidad.

**Palabras clave:** Teorías, enfoques teóricos, relaciones laborales, trabajo del futuro, nuevas formas de trabajar, nuevos puestos de trabajo, valoración de teorías.

**SUMARIO:** 1. Introducción y metodología. 2. La discusión teórica en relaciones laborales. 2.1. Concepto de relaciones laborales. 2.2. Enfoques, teorías y modelos. 2.3. Paradigmas de discusión. 3. El abanico conceptual: los enfoques analíticos en relaciones laborales. 3.1. El enfoque sistémico. 3.2. El enfoque pluralista. 3.3. El enfoque estratégico. 3.4. El enfoque institucionalista. 3.5. El enfoque radical. 3.6. El enfoque comportamentalista. 4. Los cambios actuales que se desarrollan en el mundo del trabajo. 4.1. El trabajo en el mundo de la economía digital: el trabajo virtual. 4.2. Nuevas formas de empleo: tipologías del trabajo virtual. 4.3. Matriz del trabajo del futuro. 4.4. Organización del trabajo en las empresas de la economía digital. 4.5. Nuevos contenidos de los puestos de trabajo: el puesto digital. 4.6. El trabajo del futuro: características del trabajo en la economía digital. 5. Valoración de los enfoques teóricos a la luz de los cambios comentados. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

---

\* Exposición desarrollada en el XII Congreso Internacional ADAPT, *Towards the Social Constructions of New Labour Markets. Interdisciplinary Reflections on the Changing World of Work*, Bérnago, 24-26 noviembre 2022.

\*\* Profesor de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, Escuela de Negocios, Universidad ORT Uruguay (Uruguay).

## Theoretical Approaches in Labour Relations in the Light of Changes Going Through the Current World of Work: Re-Conceptualization, Adaptation or Replacement?

---

**ABSTRACT:** This article addresses the subject of theoretical reflection on labour relations, analysing different approaches and theories, through a bibliographical review, to then analyse the need to make improvements capable of adapting such theoretical reflection to the different changes that have been taking place in the world of work today.

*Key Words:* Theories, theoretical approaches, labour relations, work of the future, new ways of working, new jobs, evaluation of theories.

## 1. Introducción y metodología

El presente artículo tiene por finalidad presentar un marco de discusión respecto del debate actual en torno de los principales marcos analíticos que se han construido a efectos de estudiar, analizar y explicar los fenómenos sociales que se estudian por el ámbito multidisciplinario configurado por las relaciones laborales.

La metodología a utilizar es la revisión bibliográfica de las principales teorías y enfoque analíticos desarrollados hasta el momento en el ámbito de las relaciones laborales, los que luego confrontaremos con los cambios que se vienen desarrollando en el mundo del trabajo, a los efectos de posibilitar una valoración sobre la eficacia de los análisis en relación con su capacidad explicativa de tales cambios.

Para tal fin, habremos de dividir este trabajo de la siguiente manera: en una primera parte nos centraremos en consideraciones generales en torno del debate teórico de las relaciones laborales; luego presentaremos en forma resumida los principales enfoques que se han propuesto como marcos de análisis de las relaciones de trabajo; para finalmente, analizar tales enfoques a la luz de la realidad de los cambios mencionados y de esa forma, poder extraer nuestras conclusiones.

## 2. La discusión teórica en relaciones laborales

### 2.1. Concepto de relaciones laborales

Es preciso antes de abordar la cuestión teórica de las relaciones laborales, precisar que entendemos por aquellas.

En este trabajo entenderemos por relaciones laborales, siguiendo la postulación del recordado profesor canadiense Gérard Dion como «l'ensemble des rapports économiques et sociaux, individuels et collectifs, formels et informels, structurés et non structurés, qui naissent et s'établissent à l'occasion du travail, aussi comme l'ensemble de connaissances faisant appel à divers disciplines qui permettent de comprendre, d'expliquer, de prévoir et d'aménager les rapports économiques et sociaux mentionnés»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> G. DION, *Dictionnaire canadienne des relations du travail*, Presses de l'Université de Laval, 1986. En un sentido similar podemos relevar la opinión de Thomas Kochan quien, particularmente, considera las relaciones industriales como un campo interdisciplinario que abarca el estudio de todas las facetas del hombre en el trabajo, incluyendo el estudio de individuos, grupos de trabajadores que pueden o no estar organizados, el comportamiento

## 2.2. Enfoques, teorías y modelos

La construcción de marcos analíticos para estudiar los diversos hechos sociales que configuran el campo de estudio de las relaciones laborales ha dado lugar a diversas posibilidades. Así, desde un punto de vista epistemológico, nos permitimos destacar tres situaciones: enfoques, modelos y teorías.

Por enfoque entendemos un marco conceptual-analítico, con cierta vocación de generalidad explicativa respecto del funcionamiento de las relaciones laborales.

Por modelo, se ha postulado una construcción analítica de una intencionalidad explicativa generalmente focalizada en un hecho o fenómeno concreto. Ej.: un modelo de negociación colectiva; un modelo explicativo de la conflictividad laboral, etc.

Finalmente, por teoría entendemos una construcción analítica con generalidad en su vocación explicativa, verificada o verificable respecto de sus proposiciones sobre un conjunto de hechos o fenómenos.

La literatura especializada en relaciones laborales no es unánime respecto de la cantidad de enfoques y teorías, y mucho menos precisa aún, a la hora de relevar modelos de explicación. No obstante ello, habremos de priorizar los enfoques que a continuación se expondrán para luego realizar su valoración a la luz de los cambios que habremos de analizar como actualmente claves dentro del mundo del trabajo.

## 2.3. Paradigmas de discusión

Se ha dicho que los distintos enfoques, modelos o teorías reposan de alguna manera sobre los distintos paradigmas existentes en el análisis las ciencias sociales.

Por paradigma entendemos un conjunto de creencias, una manera de ver e interpretar la realidad.

Los paradigmas que pueden ser relevados a la hora de analizar el debate teórico de las relaciones laborales básicamente se estructuran en torno del

---

del patrono o de las organizaciones sindicales, la política pública o el marco legal que dictamina las condiciones de empleo, la economía de los problemas laborales e incluso el análisis comparativo de los distintos sistemas de relaciones industriales en distintos países a lo largo de diferentes períodos de tiempo (T.A. KOCHAN, *Collective Bargaining and Industrial Relations. From Theory to Policy and Practice*, Irwin, 1980).

funcionalismo y del estructuralismo radical.

El funcionalismo, o estructural-funcionalismo, de gran presencia en la sociología norteamericana a partir de Parsons, concibe a la sociedad como un sistema integrado por diversos subsistemas, todos ellos, tendientes a mantener cierto equilibrio. Cualquier afectación que pudiese introducirse en los elementos del sistema, podría hacer peligrar el correcto funcionamiento del mismo. De esta forma, se articula una visión paradigmática que apunta a la conservación, funcionamiento, estabilidad y regulación del sistema social, lo cual, ha sido visto por algunos críticos como una visión conservadora.

El estructuralismo radical, por el contrario, parte de una consideración dialéctica entre intereses antagónicos que, al interior de la estructura social, se mantienen en conflicto. Tal situación es determinante para superación de una situación de base que se considera injusta y por la cual, se tiende hacia un cambio social, y no ya, a la conservación de lo existente. De este modo, se articula una visión paradigmática que apunta al cambio y no a la regulación, postulándose como una visión pretendidamente no conservadora.

### 3. El abanico conceptual: los enfoques analíticos en relaciones laborales

Como manifestáramos, no existe acuerdo respecto del número de enfoques teóricos existentes en el ámbito de las relaciones industriales, así como en su denominación.

Blain y Gennard distinguen el enfoque sistémico, el enfoque de Oxford y el enfoque sociológico<sup>2</sup>. Walker distingue el enfoque marxista, el modelo sistémico y el enfoque del gobierno industrial en el cual ubica los trabajos de Flanders<sup>3</sup>. Jackson retiene seis enfoques: el enfoque sistémico, el enfoque de la acción social; el enfoque marxista; el enfoque pluralista; el enfoque institucionalista y el enfoque estructuralista<sup>4</sup>. Schienstock propone tres enfoques teóricos en la conceptualización de las relaciones industriales: marxista; sistémico y el comportamentalismo<sup>5</sup>. Hameed retiene el enfoque

---

<sup>2</sup> A.N.J. BLAIN, J. GENNARD, *Industrial Relations Theory – A Critical Review*, en *British Journal of Industrial Relations*, 1970, vol. 8, n. 3, p. 389 ss.

<sup>3</sup> K.F. WALKER, *Towards useful theorising about industrial relations*, en *British Journal of Industrial Relations*, 1977, vol 15, n. 3, p. 307.

<sup>4</sup> M.P. JACKSON, *Industrial Relations. A Textbook*, Croom Helm, 1977.

<sup>5</sup> G. SCHIENSTOCK, *Towards a Theory of Industrial Relations*, en *British Journal of Industrial Relations*, 1981, vol. 19, n. 2, p. 170 ss.

sistémico identificado con los trabajos de Dunlop; el enfoque radical caracterizado por el enfrentamiento estructural entre los actores de las relaciones laborales; y el enfoque pluralista, que englobaría una gran cantidad de autores desde Commons á Flanders y que reposa sobre la idea de que la sociedad se compone de numerosos grupos de intereses, en búsqueda de sus propios objetivos, en el contexto del mercado de trabajo<sup>6</sup>. Farnham y Pimlott distinguen cinco teorías: la teoría unitaria, la teoría del conflicto, la teoría de los sistemas; la teoría de la acción social y el marxismo<sup>7</sup>. Salamon distingue tres enfoques: el enfoque unitario; el enfoque pluralista y el enfoque radical<sup>8</sup>.

En síntesis, puede verse claramente la variedad de opiniones respecto de las concepciones que configuran los diversos enfoques analíticos de las relaciones industriales. Dicha diversidad de puntos de vista nos obliga a encontrar nuestras propias referencias. Para ello, vamos a distinguir seis perspectivas que se han presentado como enfoques analíticos y que nos resultan relevantes:

1. el enfoque sistémico;
2. el enfoque pluralista;
3. el enfoque estratégico;
4. el enfoque institucional;
5. el enfoque radical;
6. el enfoque comportamentalista.

### 3.1. El enfoque sistémico

Este enfoque parte de la consideración del concepto de sistema – entendido como un conjunto de elementos interdependientes que conforman una unidad global, los que se encuentran en un estado de equilibrio hemostático – y de su aplicación al análisis de las relaciones industriales.

Esta perspectiva se inicia con los trabajos de Dunlop. Para este autor, las relaciones industriales de una sociedad conforman un sistema de relaciones industriales. Tal sistema de relaciones industriales se configura por un conjunto de actores, de ciertos contextos, una ideología, y finalmente un conjunto de reglas cuya finalidad es regir el comportamiento de los actores y las condiciones del trabajo. Según lo expresa el autor en el Prefacio de su obra clásica *Industrial Relations Systems*, su intención es a través del concepto

---

<sup>6</sup> S.M.A. HAMEED, *A Critique of Industrial Relations Theory*, en *Relations Industrielles*, 1982, n. 1, p. 15 ss.

<sup>7</sup> D. FARNHAM, J. PIMLOTT, *Understanding Industrial Relations*, Cassell, 1988, p. 4 ss.

<sup>8</sup> M. SALAMON, *Industrial Relations. Theory and Practice*, Prentice Hall, 1988, p. 24 ss.



de sistema de relaciones industriales, proporcionar un instrumento de análisis de la realidad; y a partir de este, sentar las bases para el desarrollo y la construcción de una teoría general de las relaciones industriales<sup>9</sup>.

Los actores del sistema de relaciones industriales son: los empleadores y sus organizaciones; los trabajadores y sus organizaciones; el Estado. Los dos primeros se encuentran en relación directa, y son los representantes naturales en el plano colectivo de las dos partes que presenta toda relación individual de trabajo.

En general, las organizaciones de empleadores tienden a presentar una gran estabilidad, mientras que una organización de trabajadores puede tener la calidad de actor, aun cuando su tiempo de vida haya sido efímero. Esta situación puede observarse en las organizaciones de trabajadores que nacen en vista del objetivo concreto de una reivindicación y que luego de la obtención de su objetivo no persisten.

Estos actores son centrales en la concepción sistémica dunlopiana, ya que la producción y el funcionamiento del modelo es obra fundamental de aquellos.

Dichos actores del sistema de relaciones industriales actúan en un escenario que comprende tres aspectos fundamentales. Tal escenario comprende los contextos del sistema. Tales contextos son determinados por la sociedad en su conjunto y por los otros sub-sistemas sociales – político y económico – los que jugaran un rol decisivo sobre el conjunto de reglas producidas por los actores<sup>10</sup>. El contexto del sistema de relaciones industriales comprende: el contexto técnico; el contexto económico y el contexto político. El contexto técnico o tecnológico influencia las formas de organización de los trabajadores, de la empresa, de los empleadores, así como la mano de obra y los problemas que de ella se desprenden. El contexto económico influencia la producción, la gestión de la empresa, y las formas de organización de trabajadores y empresarios. Este contexto económico, resulta del mercado de trabajo, del mercado de capitales o de una combinación entre ambos. Finalmente, el contexto político se encuentra configurado por la estructura geográfica y política del poder en la sociedad, lo cual resulta un elemento altamente condicionador del comportamiento de los actores. En cierta medida, la repartición del poder en la sociedad, las vinculaciones de cada uno de los actores con el poder político, el prestigio de los actores, son elementos de este factor contextual que alimentan el modelo del sistema de relaciones industriales.

La noción de sistema de relaciones industriales implica la posibilidad de

---

<sup>9</sup> J.T. DUNLOP, *Industrial Relations Systems*, Harvard University Press, 1958.

<sup>10</sup> *Idem*.

definir un campo específico de actores, de definir reglas e instituciones específicas y diferentes del resto de la sociedad, con una cierta autonomía interna, pero inserto en el marco complejo de la sociedad en la cual se encuentra. En la concepción general del enfoque desarrollado por Dunlop, la noción de contexto sitúa y marca esta articulación entre el sistema de relaciones industriales y la sociedad.

Los tres contextos considerados conducen a la consideración de los otros sub-sistemas existentes en la sociedad. El análisis dunlopiano, utiliza claramente, una concepción de conjunto extraída de las ideas de Parsons<sup>11</sup>: cada uno de los sub-sistemas cumple una función particular que le permite su singularidad en el marco global de la sociedad.

En un medio determinado, los actores establecen las reglas relativas a las condiciones de trabajo y relativas a la regulación del comportamiento de ellos mismos. Como lo hemos señalado, el establecimiento de reglas es el objetivo esencial de todo sistema de relaciones industriales en la perspectiva dunlopiana, las que, en definitiva, no hacen más que canalizar los conflictos existentes entre los actores<sup>12</sup>.

Este establecimiento de reglas comprende procedimientos de

---

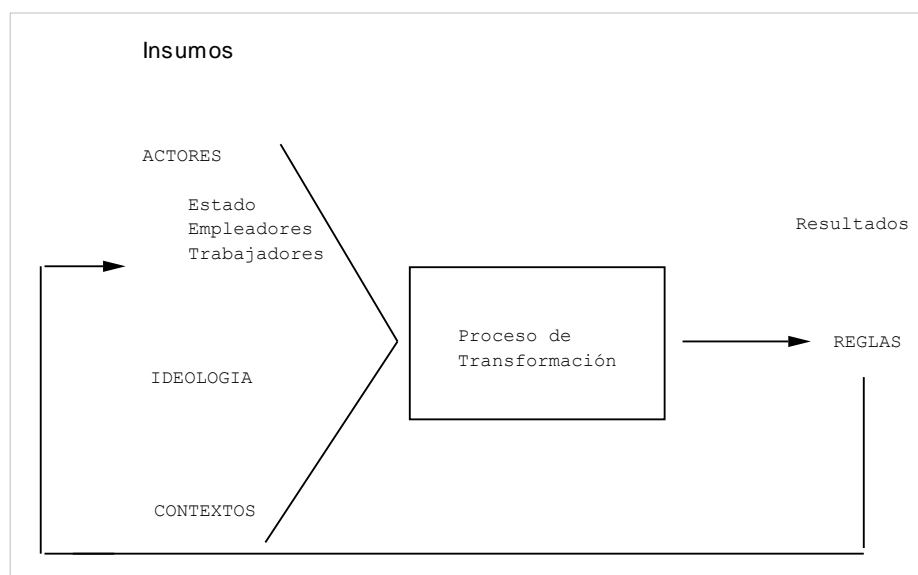
<sup>11</sup> Para Parsons la sociedad se configura bajo la forma de un sistema social, integrado por diversas sub-unidades a modo de sub-sistemas las que cumplan cuatro imperativos funcionales que permitan la cohesión y el funcionamiento de todo el sistema social. Tales imperativos funcionales son: 1) adaptación (la complejidad de los actos de las unidades que sirven para establecer relaciones entre el sistema y su entorno); 2) logro de objetivos (todas las acciones que sirven para ampliar los objetivos del sistema, como así también la movilización y la gestión de recursos para alcanzar esos objetivos); 3) integración (actos de las unidades destinados a establecer control, inhibir tendencias desviacionistas, mantener la coordinación, entre las partes y evitar perturbaciones serias); 4) Estado latente (intentos para facilitar la motivación por medio de símbolos, ideas, formas de expresión o juicios; tiene que ver con la preservación de los valores del sistema). Ver a este respecto T. PARSONS, *The Social System*, Free Press, 1951. Siguiendo estas ideas, Dunlop entiende que la diferenciación funcional de un sistema de relaciones industriales y las estructuras o procesos de especialización pueden concebirse sobre cuatro imperativos: 1) adaptación (constituida por los procesos normativos o formulación de normas en los que la salida especializada es un complejo de normas que relacionan a los actores con los diversos contextos); 2) gratificación por objetivos (el funcionamiento y las funciones políticas del sistema de relaciones industriales se encuentran especializados en contribuir a la supervivencia o estabilidad de las jerarquías de los distintos actores, requisito indispensable para que estos logren sus objetivos); 3) integración (la función por la que se mantiene la solidaridad entre los actores del sistema se ve reforzada por el hecho de que estos comparten la interpretación y la ideología del sistema); 4) estado latente y regulación de la tensión (teniendo como función preservar los valores del sistema frente a presiones culturales, tarea que es desempeñada por los expertos en relaciones industriales). Ver al respecto J.T. DUNLOP, *op. cit.*

<sup>12</sup> Ver J.T. DUNLOP, *op. cit.*

determinación de normas de contenido y procedimientos de aplicación a situaciones particulares. En general, el establecimiento de tales normas puede encontrar cuatro orígenes diferentes: o bien son impuestas por el actor patronal; o bien por son impuestas por los trabajadores; o por el Estado en el ejercicio de su autoridad pública; o bien pueden ser el resultado de un consenso de los actores.

En fin, según Dunlop, existe en el sistema de relaciones industriales un conjunto de ideas compartidas por los actores que favorece la unidad del sistema y que tiende a darle globalidad<sup>13</sup>. La ideología de un sistema de relaciones industriales es un conjunto de ideas comunes que definen el rol y la ubicación de cada actor en el sistema, y que determina la representación que cada actor se forma del rol y de la ubicación de los otros. En un sistema estable la ideología supone una cierta compatibilidad mínima entre ella y los demás elementos componentes del sistema. De la misma manera, cada actor presenta su propia ideología, por lo cual debe existir una compatibilidad mínima entre las ideologías de los actores y la ideología del sistema. Finalmente, deberá existir una lógica interacción entre la ideología del sistema y la ideología de la sociedad en su conjunto.

Gráficamente la concepción “clásica” del sistema de relaciones industriales propuesto por Dunlop puede representarse de la siguiente manera:



Este enfoque rápidamente generó una gran cantidad de adeptos

<sup>13</sup> *Idem.*

convirtiéndose hacia los años 50 en hegemónico en el análisis de las relaciones industriales<sup>14</sup>. Sin embargo, el planteo propuesto por Dunlop no permaneció exento de críticas. En efecto, se ha criticado tal modelo con los siguientes argumentos: a) es un planteo que resulta estático y no dinámico en el tiempo; b) se privilegia en demasía la estructura y los componentes del sistema; c) es una concepción que resulta socialmente conservadora ya que privilegia la estabilidad del sistema en detrimento de los conflictos y contradicciones que en él se manifiestan; d) es un modelo que enfatiza los aspectos formales olvidando la importancia de reglas y procedimientos informales; y finalmente; e) no explica como operan y cuáles son los mecanismos por los que el sistema transforma sus insumos en reglas.

Posteriormente a los trabajos de Dunlop una buena cantidad de autores han buscado – sin abandonar el enfoque sistémico – mejorar las ideas de aquel así como el modelo propuesto para el análisis de las relaciones industriales.

### *Sistémicos post-dunlopianos*

El modelo dunlopiano y las posteriores críticas que le fueron realizadas, dieron lugar al esfuerzo de un conjunto de autores, que intentaron superar las objeciones realizadas, sin abandonar la base epistemológica general del enfoque.

Blain y Gennard han intentado afinar el modelo dunlopiano expresando las variables dependientes e independiente del modelo en la formulación algebraica:

$$r = f(a, t, e, s, i)$$

En tal ecuación la variable independiente se encuentra constituida por  $r$ , es decir las reglas que produce como consecuencia el sistema. Tal variable se encuentra influenciada y en definitiva se explica por las variables independientes  $a$  (actores);  $t$  (contexto tecnológico);  $e$  (contexto económico);  $s$  (contexto político);  $i$  (ideología del sistema). Por tanto, para estos autores, los modelos apropiados dependen de la especificación de las variables de entradas y salidas, de la búsqueda de interrelaciones entre ellas, de la generación de hipótesis verificables y de una capacidad de predicción<sup>15</sup>. Posteriormente, estos autores agregaron elementos a su formulación. En efecto, motivados por la intención de no desconocer variables de

---

<sup>14</sup> Ver G. CEDROLA SPREMOLLA, *Los enfoques teóricos en relaciones industriales*, en *Relasur*, 1994, n. 2.

<sup>15</sup> A.N.J. BLAIN, J. GENNARD, *op. cit.*

personalidad – como una forma de aceptar que las personas individualmente consideradas podrían jugar un cierto rol – las que en conjunción con factores más amplios pueden incidir en el sistema de relaciones industriales agregan a la ecuación original, tal variable representada por la letra  $x$ , quedando la fórmula constituida de esta manera:

$$r = f(a, t, e, s, i, x)$$

Finalmente, Blain, en un estudio posterior habría de insistir en que existen argumentos convincentes para apoyar la opinión de que la “teoría de los sistemas”, es válida como modelo de estudio de las relaciones industriales. De este modo, lo expresado en las ecuaciones anteriores puede ser verificado mediante rigurosas pruebas empíricas. Además, Blain considera que se pueden a partir de este instrumento, generar hipótesis de investigación de un carácter más específico aislando determinadas variables dentro del modelo general del sistema. De allí, que las ecuaciones  $r = f(t)$  y  $r = f(e)$  exijan la verificación de las hipótesis según las cuales los factores técnicos y económicos son determinantes de las normas generadas por el sistema de relaciones industriales, lo que a su vez permitirá un cierto valor orientativo de predicción<sup>16</sup>. Craig, Singh y Holley y Jennings también han buscado introducir mejoras al modelo original propuesto por Dunlop.

Craig propone un modelo inspirado en la idea de los sistemas abiertos, compuesto por cuatro elementos: a) los insumos del sistema conformados por los objetivos, valores y poderes de los actores condicionados por el flujo de efectos producido por otros sub-sistemas del medio; b) los mecanismos de conversión de los insumos en exumos o resultados; c) los exumos o resultados del sistema constituidos por las recompensas económicas y psicológicas acordadas a los trabajadores; d) un efecto de retroacción que repercute no solamente sobre los insumos del sistema sino además, sobre los contextos y sobre el sistema de relaciones industriales en sí mismo<sup>17</sup>. De esta forma, Craig busca superar las críticas más fundamentales realizadas al modelo dunlopiano.

En igual sentido, Singh propone un modelo que distingue las estructuras – las que corresponden a los actores del modelo de Dunlop – de los procesos de determinación de reglas, tratando de esta manera de conjuntar el análisis del consenso y del conflicto, buscando entonces superar las críticas

---

<sup>16</sup> A.N.J. BLAIN, *Pilots and Management. Industrial Relations in the U.K. Airlines*, Allen and Unwin, 1972.

<sup>17</sup> A.W.J. CRAIG, *Les relations industrielles au Canada*, en G. HEBERT, H.C. JAIN, N.M. MELTZ (eds.), *L'état de la discipline en relations industrielles au Canada*, École de Relations Industrielles, 1988.

realizadas al modelo dunlopiano por privilegiar el consenso en detrimento del conflicto entre los actores del sistema<sup>18</sup>.

Holley y Jennings, han elaborado un modelo al que denominan “proceso histórico”, que concibe las relaciones laborales entre los diversos actores, pero desarrollándose como un proceso de tres etapas: una etapa de reconocimiento de derechos, una segunda etapa de negociación, y finalmente, una etapa de administración de los acuerdos<sup>19</sup>.

### 3.2. El enfoque pluralista

Este enfoque si bien puede presentar algunos puntos de contacto con el enfoque sistémico, se diferencia de este por su base epistemológica, sus antecedentes teóricos y sus enfoques empíricos.

Los partidarios de este enfoque parten de la base de postular que el estudio de las relaciones industriales debe tomar en cuenta su naturaleza conflictiva, originada en la contradicción de intereses y en la búsqueda de la satisfacción de objetivos que le son particulares.

Este enfoque, eminentemente británico, ha sido desarrollado fundamentalmente por académicos vinculados a la Universidad de Oxford, razón por la cual también se lo conoce con el nombre de Escuela de Oxford. Evidentemente, esta denominación de una posición teórica altamente compleja y con matices entre cada uno de sus representantes, no es totalmente exacta. No obstante resulta funcional a los efectos de nuclear las premisas básicas de un enfoque que se centra en la reglamentación del trabajo, a través de un compromiso con la reforma voluntaria de las relaciones industriales y en el reconocimiento de los múltiples intereses en confrontación al interior de una sociedad<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> R. SINGH, *Systems theory in the study of industrial relations: time for a reappraisal?*, en *Industrial Relations Journal*, 1976, vol. 7, n. 3, p. 60.

<sup>19</sup> W.H. HOLLEY, K.M. JENNINGS, *The Labor Relations Process*, Dryden Press, 1980.

<sup>20</sup> Se ha dicho que la denominación “Oxford School” proviene de la expresión similar “línea de Oxford”, acuñada por Montagu Burton profesor de Relaciones Industriales en la Universidad de Cambridge, para referirse con cierto desprecio a las diversas contribuciones que los académicos de Oxford realizaron a la Donovan Commission on Trade Unions and Employer’s Associations encargada de estudiar y de proponer reformas al sistema de relaciones industriales del Reino Unido. Ver M. POOLE, *Theories of Trade Unionism. A Sociology of Industrial Relations*, Routledge & Kegan Paul, 1989. Por su parte Hyman ha expresado que no puede entenderse el pluralismo como un cuerpo homogéneo de análisis; su desarrollo refleja diversas raíces, diversos problemas conceptuales, así como diversas repercusiones. Ver R. HYMAN, *Pluralism, Procedural Consensus and Collective Bargaining*, en *British Journal of Industrial Relations*, 1978, vol. 16, n. 1.

De manera general, el enfoque pluralista se caracteriza por las premisas siguientes:

- un cierto pragmatismo inicial en lugar del enunciado de un principio lógico deductivo;
- el desarrollo de postulados teóricos provenientes de categorías de análisis propuestas por Durkheim y por ideas provenientes de los trabajos de Sidney y Beatrice Webb<sup>21</sup>;
- una concepción pluralista y por ende no unitaria de los intereses y perspectivas de los empresarios y sindicatos. De esta forma se concibe el poder como disperso a través de los distintos grupos de interés;
- una atención especial relativa a la negociación colectiva como mecanismo esencial de interacción entre los actores; por encima de los diversos intereses, existe el interés público cuyo guardián es el Estado, encargado de lograr un cierto equilibrio impidiendo la hegemonía de un grupo sobre otro.

Al interior del enfoque pluralista se perciben distintos matices, fundamentalmente concretizados en los trabajos de Flanders, Clegg y Fox. Para Flanders, quien ha sido el principal exponente del pluralismo británico, las principales variables explicativas de las relaciones industriales incluyen: variables organizativas, procesos políticos internos de los sindicatos y del movimiento obrero, una serie de factores volitivos que pueden ser claves a los efectos de las negociaciones, el entorno económico, tecnología y producción y finalmente, normas sociales y valores culturalmente aceptados<sup>22</sup>.

Finalmente, es pertinente señalar que el trabajo de Flanders tuvo importantes repercusiones en las deliberaciones británicas sobre la concepción voluntarista de las relaciones industriales y sobre el papel de los

---

<sup>21</sup> Entre las principales categorías de la sociología durkheimiana que han incidido sobre los trabajos del pluralismo se sitúan: a) la importancia de la ética, los valores y la justicia social en lugar de modelos coercitivos de integración en la formulación de normas por la vía de las ideologías; b) la división del trabajo como una fuerza cardinal que modela los procesos de evolución social; c) los problemas que ocasiona la anomia; d) las relaciones entre el individuo y las corporaciones. Las principales ideas de los Webb que se reflejan e inciden sobre los académicos del pluralismo se constituyen por: a) la importancia de la justicia en la creación del orden social; b) la distinción entre estructura y función sindical, la cual diferenciaba los aspectos organizativos de los roles cumplidos por las organizaciones sindicales; c) los métodos de reglamentación empleados por los diferentes sindicatos. Al respecto puede verse S. WEBB, B. WEBB, *Industrial Democracy*, Longmans, Green and Co., 1897; S. WEBB, B. WEBB, *The History of Trade Unionism*, Longmans, Green and Co., 1902.

<sup>22</sup> A. FLANDERS, *Management and Unions. The Theory and Reform of Industrial Relations*, Faber and Faber, 1972, p. 84 ss., y también A. FLANDERS, *Industrial Relations: What is Wrong with the System? An Essay on Its Theory and Future*, Faber and Faber, 1965, p. 6.

sindicatos en las mismas. Así Flanders sentó un camino respecto de la preeminencia que tenían para el voluntarismo las normas sociales y los valores culturales aceptados, la importancia de los libres entendimientos entre los actores y la negociación colectiva, y los eventuales problemas que puede generar la intervención del Estado en un sistema fuertemente autonómico.

Clegg se preocupó especialmente del rol de los sindicatos en las relaciones industriales, a los que les atribuía exclusivamente un rol de oposición en lugar de una posición de participación directa en la planificación general o en la gestión cotidiana de la empresa<sup>23</sup>. Para Clegg el pluralismo supone una visión de las relaciones industriales que prioriza los procesos de concesión y el compromiso entre los actores, la necesidad de un cuerpo de normas que aseguren la libertad de acción a los grupos de interés, el reconocimiento de la naturaleza conflictiva de las relaciones laborales, la concepción de la negociación colectiva como una relación de poder y la necesidad de que el funcionamiento de las relaciones industriales permitiese a todas las partes lograr ciertas ganancias, y ciertas limitaciones sobre los poderes de intervención del Estado. De esta manera para Clegg el punto ético más importante del pluralismo – al cual concibe como un enfoque capaz de inspirar políticas públicas susceptibles de mantener el orden social y permitir el buen funcionamiento del sistema de relaciones industriales – se encuentra no en un consenso de valores ni en la integración normativa a través de la ideología, sino en la voluntad de hacer compromisos y concesiones. De esta forma, en cierto sentido el pluralismo se ocupa por tanto de medios y no de objetivos generales, aunque estos medios, a su vez, sean considerados «conducentes a la libertad y contrapesos para la ubicuidad de cualquier credo monolítico y monótono»<sup>24</sup>.

Fox adhiere a las ideas centrales del pluralismo que hemos expuesto precedentemente, pero presenta algunos matices que lo ubican como un “pluralista radical”. En efecto, si bien Fox parte de reconocer la existencia de los diferentes intereses en la sociedad, expresados a través de la organización de diferentes grupos, no considera que la organización colectiva de los trabajadores en sindicatos asegure un equilibrio de poder entre los propietarios de los medios de producción y quienes carecen de tal propiedad. De esta forma, sus raíces analíticas reflejan una cercanía de las ideas de Durkheim – como hemos visto en líneas generales para el pluralismo – sobre la división forzosa del trabajo, pero también, sin lugar a

---

<sup>23</sup> H.A. CLEGG, *Pluralism in Industrial Relations*, en *British Journal of Industrial Relations*, 1975, vol. 13, n. 3, p. 309.

<sup>24</sup> *Idem*.



dudas, cierta influencia marxista<sup>25</sup>. Además, Fox opina que tales disparidades de poder se reflejan en distintos momentos de la interacción de los actores: en los conflictos laborales, en la difusión de valores enfrentados entre cada uno de los actores, y en el «cinismo y desconfianza general que abunda en la industria y que origina una consecuente falta de compromiso moral con convenios negociados y acordados»<sup>26</sup>.

### 3.3. El enfoque estratégico

Este enfoque se ha desarrollado buscando explicar la conducta y el accionar de los actores del sistema de relaciones industriales. Para ello, adquiere fundamental importancia el concepto de estrategia, estudiándose entonces con singular minuciosidad, las diversas estrategias desarrolladas por los actores para lograr sus aspiraciones.

La noción de estrategia y la utilización de un análisis que intentase detectar las diversas estrategias que un actor social desarrolla para cumplir sus intereses, no es una novedad en el ámbito de las ciencias sociales. Así, Crozier y Friedberg han utilizado tal noción en el análisis de las organizaciones y de sus diferentes componentes. Se entiende por estrategia el conjunto de acciones y de decisiones que un actor desarrolla a los efectos de cumplir con sus objetivos. Sin embargo, no se había aplicado tal idea al análisis de las relaciones industriales, razón por la cual, ello le vale a los autores que desarrollan este enfoque, un cierto mérito de originalidad.

La noción de estrategia es aplicada a través de la categoría analítica “opción estratégica” empleada por los investigadores del Massachusetts Institute of Technology (MIT) Kochan, McKersie y Cappelli, en sus diversos estudios de las relaciones industriales norteamericanas; así como por otros autores que le dan cabida teórica en sus estudios<sup>27</sup>.

Para esta visión, las estrategias suponen ciertas pautas de acción y de decisión, que incluyen las fases de formulación, instrumentación y control. Ellas son generalmente intemporales y condicionadas: describen un conjunto de elecciones adoptadas a lo largo de un período; y se orientan

---

<sup>25</sup> A. FOX, *A Sociology of Work in Industry*, Collier-Macmillan, 1971.

<sup>26</sup> A. FOX, *Man Mismanagement*, Hutchinson, 1974, p. 45. Ver también A. FOX, *Beyond Contract: Work, Power and Trust Relations*, Faber and Faber, 1974.

<sup>27</sup> Cfr. T.A. KOCHAN, R.B. MCKERSIE, P. CAPPELLI, *Strategic Choice and Industrial Relations Theory*, en *Industrial Relations*, 1984, vol. 23, n. 1, p. 16, y también, A.S. SETHI, S.J. DIMMOCK, *Un modèle transactionnel de relations industrielles*, en *Travail et Société*, 1987, n. 2, p. 350 ss., y M. POOLE, *Industrial Relations. Origins and Patterns of National Diversity*, Routledge & Kegan Paul, 1987.

estrictamente a los efectos de cumplir un objetivo determinado.

Según Kochan, McKersie y Cappelli, ciertos fenómenos actuales en el ámbito de las relaciones industriales no pueden ser explicados por el enfoque sistémico y por otros enfoques: el deterioro del sindicalismo, la ofensiva patronal, las iniciativas y prácticas de gestión de los recursos humanos en contextos no sindicalizados, los cambios en el rol del Estado, entre otros. Por tal razón, proponen un nuevo modelo, que privilegia un rol activo de las organizaciones patronales y de los empresarios, abandonando la posición defensiva, que tradicionalmente los caracterizó en su relación con los sindicatos. La teoría de la opción estratégica supone dos condiciones. Primeramente, las decisiones estratégicas se producirán en aquellas situaciones en las que las partes tengan una cierta discrecionalidad decisional. Así, las presiones del contexto no serán suficientes para limitar tales opciones. En segundo lugar, entre las decisiones que puedan ser discrecionales, serán estratégicas aquellas que modifiquen la posición o el rol de una parte, o sus relaciones con los otros actores del sistema de relaciones industriales<sup>28</sup>. En otras palabras, las elecciones u opciones estratégicas implican discreción en relación con la toma de decisiones – es decir no determinismo del entorno – y la capacidad de alterar el papel de una parte o su relación con los demás actores.

Esta teoría se ilustra por una matriz que pone en vinculación el nivel decisional-institucional (nivel macro, nivel meso y nivel micro), con las diversas posibilidades de acción de los actores.

Gráficamente, esta concepción se visualiza en la siguiente matriz:

Nivel decisional	Empleadores	Sindicatos	Estado
Macro	Estructura de los RH Negociación colectiva Roles políticos	Negociación colectiva Roles políticos Medidas de lucha	Política industrial Política laboral Política económica
Meso (industria)	Políticas de RH Negociación colectiva	Negociación colectiva Medidas de lucha	Mecanismos de protección Normativa laboral Reglas de juego Contralor
Micro (lugar de trabajo)	Estrategias de participación	Participación conflictual	Mecanismos de protección

<sup>28</sup> Ver T.A. KOCHAN, R.B. MCKERSIE, P. CAPPELLI, *op. cit.*, p. 16.

---

			Contralor
--	--	--	-----------

### 3.4. El enfoque institucionalista

Este enfoque consiste en analizar las relaciones industriales a través del estudio de las instituciones que tales relaciones generan para su funcionamiento. Una buena cantidad de estudios han sido realizados bajo esta perspectiva: descripción y funcionamiento de las estructuras sindicales; de las organizaciones patronales; de los servicios públicos en materia de conciliación, mediación o arbitraje, etc.

Los autores que abordan el análisis de las relaciones industriales bajo esta perspectiva, no se preocupan por desarrollar instrumentos analíticos o modelos teóricos de explicación de los fenómenos estudiados, sino que se limitan a examinar las instituciones de las relaciones industriales. De esta forma, se enfatiza una dimensión descriptiva del análisis, describiendo con detalle la composición, el origen, el rol y el funcionamiento de las distintas instituciones. Complementariamente, se sostiene que no se puede estudiar de manera abstracta la reglamentación del trabajo y las relaciones industriales. Ellas deben ser examinadas dentro del ámbito de las instituciones y en su funcionamiento debiendo pasar inexorablemente por el estudio de las instituciones.

La importancia de las instituciones en el estudio de las relaciones industriales como hipótesis explicativas se justifica por el hecho de reconocer que ellas representan las influencias pasadas o históricas del sistema. Son los picos del iceberg de cada sistema de relaciones industriales, sus concreciones, en cierta forma sus manifestaciones. Tales influencias son fundamentales para comprender las tradiciones; o las distintas situaciones conflictivas; sus diversas formas de resolución; así como las estructuras que se perpetúan en el tiempo y las razones que llevan a su eventual cambio<sup>29</sup>.

Tal perspectiva pierde peso en su capacidad explicativa, razón por la cual algunos autores, le niegan status de enfoque analítico. Sin embargo, pueden relevarse una gran cantidad de investigaciones que se han desarrollado bajo esta óptica, y que han ciertamente contribuido al avance y a la evolución del conocimiento en relaciones industriales.

---

<sup>29</sup> Ver A. SORGE, *The Evolution of Industrial Democracy in the Countries of the European Community*, en *British Journal of Industrial Relations*, 1976, vol. 14, n. 3.

### 3.5. El enfoque radical

Este enfoque considera que las relaciones industriales y sus objetos de estudio, deben ser abordados desde el ángulo del análisis dialéctico, es decir, priorizando los aspectos conflictuales.

De origen marxista, así como británico, las perspectivas que se desarrollan bajo esta óptica reposan sobre las categorías marxistas de la lucha de clases y la propiedad de los medios de producción.

Hyman postula las siguientes premisas para el estudio de las relaciones industriales:

- las relaciones sociales de producción capitalistas reflejan y producen un antagonismo estructural de intereses entre el capital y el trabajo. Tales dimensiones son irreconciliables;
- los trabajadores deben organizarse y sentar las bases de una resistencia eficaz al capital y a las prioridades del capitalismo.

Hyman toma como punto de partida de su reflexión los trabajos de Dunlop y de Flanders, a los que reconoce importancia en el desarrollo de conocimiento en el ámbito de las relaciones industriales. Sin embargo, entiende que sus concepciones de relaciones industriales son restrictivas y falaciosas. Para Hyman, la noción de sistema de relaciones industriales no tiene valor analítico en si misma, a menos que haga intervenir los procesos y fuerzas contradictorias, acordando a la estabilidad y a la inestabilidad la misma importancia como productos del sistema. Además, es preciso extender la definición de la reglamentación del empleo de forma que ella incluya las causas de los conflictos de trabajo. Ello lo conduce a definir las relaciones industriales como el estudio de los procesos de control sobre las relaciones de trabajo, haciendo intervenir no solamente a las organizaciones, sino también a los trabajadores individualmente considerados<sup>30</sup>.

La clave del análisis de este enfoque es entonces el estudio de las relaciones industriales en el marco de los procesos de producción y acumulación capitalista y de las relaciones sociales y políticas entre las clases que se generan. Por tal razón, el análisis debe abarcar tres dimensiones: la dinámica de la acumulación capitalista y sus incidencias sobre el trabajo; la naturaleza de la clase obrera y sus singularidades internas; y la transformación de los modos de intervención del Estado en las relaciones entre el trabajo y el capital.

La base epistemológica marxista de este enfoque radical se concreta en

---

<sup>30</sup> Ver R. HYMAN, *La théorie des relations industrielles: une analyse matérialiste*, en *Sociologie du Travail*, 1979, n. 4, p. 419.

explicaciones estructurales, explicaciones subjetivas, y desarrollos dialécticos.

Las explicaciones estructurales se traducen en: el papel dominante de la propiedad como característica distintiva de clase y del status de la mano de obra asalariada como mercancía en el mercado de trabajo; y en patrones de conflicto entre sindicatos y empleadores ocasionados por la extracción de plusvalías.

Las explicaciones subjetivas tienen que ver con la alienación que constituye una fuente importante de insatisfacción y por los problemas de conciencia de los trabajadores, relativos a su percepción o no de la situación en la que se encuentran.

Los desarrollos dialécticos acentúan las relaciones entre exigencias estructurales, conciencia, poder, control y organizaciones sindicales. En efecto, por una parte, la búsqueda de control y de poder del capital, se expresa a nivel de la sociedad y de la empresa, lo que afecta las relaciones de clase, generando la resistencia de los trabajadores. Por otra parte, las relaciones entre sindicatos, partidos políticos y Estado suponen el papel de los partidos políticos en la ampliación de la conciencia sindical y en su transformación en conciencia de clase y en la consideración del rol del Estado, normalmente identificado como un representante o un “ejecutor” de los intereses de la burguesía.

Bajo la misma base epistemológica, Braverman prioriza el análisis de la tecnología y la organización del trabajo, como fenómenos que ponen en juego intereses, estrategias y relaciones de poder entre los actores. La organización del trabajo capitalista, con su consecuente parcelización de tareas, produce según este autor, una inexorable especialización, alienante del trabajador que debe ser enfrentada por los trabajadores<sup>31</sup>.

### 3.6. El enfoque comportamentalista

Este enfoque se encuentra plasmado en las ideas de Margerison. Ha sido sin duda este autor, quien ha impulsado este enfoque, el cual se ha considerablemente desarrollado a partir de 1960 en los Estados Unidos.

Partiendo de la idea que reconoce al conflicto como una situación inevitable en las sociedades industriales, Margerison defiende la idea de su regulación a través de un cuerpo de reglas, lo cual no lo diferencia mayormente de la concepción clásica de Dunlop o de las ideas de Flanders. Pero a diferencia

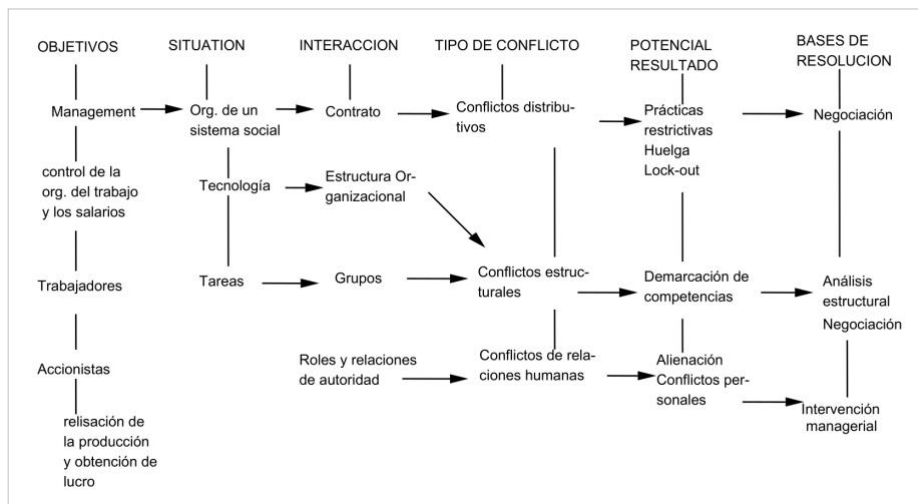
---

<sup>31</sup> H. BRAVERMAN, *Labor and Monopoly Capital. The Degradation of Work in the Twentieth Century*, Monthly Review Press, 1974.

de ellos, Margerison pretende priorizar más que la solución de los conflictos el estudio de las causas que los generan<sup>32</sup>.

El estudio de dichas causas se debe desarrollar a través del análisis de los actores. Para ello, propone un modelo con dos niveles. En un primer nivel, se analiza la empresa partiendo de los objetivos de cada uno de los actores. La dirección, se esfuerza por controlar la organización del trabajo y los salarios; los trabajadores, quienes pretenden igualmente el control de esos dos elementos; los accionistas, quienes pretenden la supervivencia de la empresa y de la maximización de las ganancias. La confrontación entre estos objetivos de los actores origina las relaciones industriales. De estos objetivos, se desprende una situación que se interpreta como un sistema socio-técnico, con una cierta tecnología, atribuyendo un conjunto de tareas, y produciéndose de todo ello, eventuales conflictos. El segundo nivel de análisis se configura en un nivel macro, tanto a nivel industrial, regional, como nacional, en los que se reproducen los conflictos originados por los objetivos antagónicos de los actores.

El primer nivel del modelo de análisis de Margerison puede representarse gráficamente en la siguiente figura:



<sup>32</sup> C.J. MARGERISON, *What Do We Mean by Industrial Relations? A Behavioural Science Approach*, en *British Journal of Industrial Relations*, 1969, vol. 7, n. 2.

## 4. Los cambios actuales que se desarrollan en el mundo del trabajo

### 4.1. El trabajo en el mundo de la economía digital: el trabajo virtual

El actual desarrollo de la economía digital<sup>33</sup> presenta algunos impactos sobre el mundo del trabajo, en particular en lo que ha sido denominado el trabajo virtual y las nuevas modalidades de empleo.

Por trabajo virtual entendemos el término genérico que se ha utilizado para denominar a todas las formas de trabajo realizadas a partir de internet, de las computadoras u otros útiles informáticos, a partir de los domicilios, o espacios públicos o de otros lugares distintos a los locales de las empresas<sup>34</sup>. Este trabajo virtual ha dado lugar a nuevas formas de empleo, que se combinan con lugares y horarios no tradicionales de trabajo, con la utilización de tecnologías digitales y nuevas formas contractuales distintas de la contratación laboral tradicional. Este trabajo virtual supone una convulsión de las nociones habituales de lugar de trabajo, tiempo de trabajo y contrato típico de trabajo. Estas nuevas formas de empleo han venido tomando importancia creciente en el mundo desarrollado a partir del año 2002, y pueden a efectos de su análisis exponerse gráficamente a partir de dos ejes: de una parte, considerando el tipo de relaciones existentes entre empleador y trabajador o entre el cliente y el trabajador y de otra parte, el modelo de trabajo, es decir, la manera en la que el trabajo es realizado. De esta forma, la economía digital ha generado como consecuencia de la aparición de plataformas digitales, un tipo de trabajo, ocasional, temporal, de corta duración, y a demanda. Esta es una forma de trabajo donde se trabaja a consecuencias de la intermediación de una oferta y una demanda, y en donde se ofrecen servicios personales a demanda, operando la plataforma digital como un vehículo de intermediación.

En nuestra opinión, como no todas las plataformas digitales son iguales, no todos los trabajos virtuales son iguales, y por ello, no todos se encuentran exentos de cierta laboralidad.

En efecto, en general se ha entendido que todas las personas que trabajan en conexión con una plataforma digital, son trabajadores autónomos, exentos de subordinación jurídica, y ello no siempre es así. Dependerá de cómo opera la plataforma, y de que circunstancias se le imponen al

---

<sup>33</sup> Por “economía digital” se entiende aquella por la cual las tecnologías digitales se utilizan con la finalidad de facilitar la producción y comercialización de bienes y servicios. Ver D. TAPSCOTT, *The Digital Economy. Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*, McGraw-Hill, 1994.

<sup>34</sup> Ver P. VENDRAMIN, G. VALENDUC, *Le travail virtuel. Nouvelles formes de travail et d'emploi dans l'économie digitale*, Fondation Travail-Université, 2016.

trabajador a efectos de poder formar parte de la plataforma.

#### 4.2. Nuevas formas de empleo: tipología del trabajo virtual

Habremos de distinguir nueve formas de nuevos empleos a saber: trabajadores compartidos (*employee sharing*), puesto compartido (*job sharing*), *interim management*, trabajo a demanda, nómades digitales, trabajo basado en *vouchers* o bonos de trabajo (*voucher based work*), *portfolio work*, *crowdworking* y trabajo independiente (*collaborative self employment*)<sup>35</sup>.

##### *Trabajadores compartidos (employee sharing)*

Se trata de una situación en la cual un trabajador es contratado simultánea y conjuntamente por un grupo de empleadores a efectos de desempeñar tareas de forma rotativa entre diversas empresas. De esta manera se posibilita que el trabajador tenga un empleo fijo y a jornada completa.

##### *Puesto compartido (job sharing)*

En esta situación un solo empleador contrata varios trabajadores para cubrir conjunta y rotativamente, un puesto de trabajo dentro de una misma empresa. Esto permite convertir un dos o más empleos a tiempo parcial en un puesto a jornada completa.

##### *Interim management*

Un trabajador especializado y con una importante experiencia es contratado por un periodo determinado de tiempo, para manejar un proyecto de singular importancia. En realidad, opera como una contratación de proyecto, por un tiempo determinado por la duración que lleve la realización del proyecto.

##### *Trabajo a demanda*

Se trata de una contratación que no obliga al empleador a proporcionar trabajo efectivo al trabajador, sino que solamente lo obliga a convocarlo cuando existe demanda de trabajo. Por esta razón se conoce a esta

---

<sup>35</sup> Ver I. MANDL ET AL., M. CURTARELLI, O. VARGAS, E. GEROGIANNIS, [News forms of employment](#), Eurofound, 2015.



modalidad como el contrato de trabajo cero horas, ya que solamente se trabaja en función de la convocatoria que se le realice en función de una demanda de trabajo. Esta modalidad encuentra en las plataformas en línea una nueva forma de intermediación entre una demanda de trabajo y una reserva de trabajadores, en espera de ser requeridos para cumplir diferentes tareas. La utilización de las plataformas en línea permite para organizar el trabajo a convocatoria, la geolocalización a la vez de la demanda de trabajo, es decir el lugar donde las personas son requeridas para trabajar y la oferta de trabajo, esto es la disponibilidad temporal y geográfica de los trabajadores inscritos en la plataforma. La propia plataforma, la geolocalización y el uso del internet permiten satisfacer en tiempo real las demandas de trabajo con las disponibilidades de los que se encuentran en espera, dotando a esta modalidad de una gran eficiencia.

### *Nómades digitales*

Son trabajadores cuyo lugar de prestación de tareas no se encuentra en los locales del empleador, sino que se trata de personas que teletrabajan todo el tiempo, pero sin un lugar fijo. Para posibilitar esta situación requieren de una conectividad permanente con la empresa, la cual se realiza a través de tecnologías de base digital como los smartphones, el correo electrónico y las plataformas en línea.

### *Trabajo basado en vouchers o bonos de trabajo (voucher based work)*

Esta es la situación donde el trabajador se encuentra remunerado por *vouchers* que el comprador de un servicio puede adquirir de un tercero (generalmente un organismo público) y que cubren en su monto el salario y las cotizaciones de seguridad social. Son bonos que generalmente se entregan como contrapartida de trabajos a tiempo determinado.

### *Portfolio work*

En este caso un independiente desarrolla actividades para un conjunto importante de clientes, desarrollando solamente pequeños trabajos para cada uno de ellos. Es una modalidad múltiple de trabajo autónomo, en relación a diversas empresas.

### *Crowdworking*

Es la externalización abierta del trabajo, mediante la conexión con una

plataforma en línea, que pone en contacto una oferta y una demanda de trabajo, para distintos proyectos divididos en micro tareas y organizados a través de una nube virtual. Esta modalidad de empleo permite a partir de una plataforma en línea que una cantidad indefinida de personas con voluntad de trabajar, se conecten vía internet a un grupo indefinido y desconocido de otras organizaciones o individuos a efectos de resolverles problemas específicos o asumir servicios específicos, a cambio de una paga. Tal es el caso de lo que se realiza en plataformas como People per Hour, ClickWorker o Amazon Mechanical Turk donde se pueden desarrollar de manera remota y virtual pequeñas tareas o micro-trabajos (*jobbing*) como las siguientes: programación informática, desarrollos web, desarrollos digitales, manejo de archivos digitales, manejo y clasificación de información digitalizada, ordenación de datos, traducciones, entre otras. El trabajo participativo o *crowdworking* es un desarrollo muy controvertido del mundo laboral digital. En el *crowdworking*, las empresas externalizan tareas a una multitud de personas (*crowd*). Ante una petición realizada a través de Internet, los trabajadores registrados en la plataforma llevan a cabo las tareas correspondientes bajo esta modalidad. Hay modelos basados en la competencia (de todas las soluciones presentadas sólo se toman soluciones individuales) y modelos basados en la colaboración (las tareas se resuelven de manera conjunta o mediante una división del trabajo). Las condiciones salariales y laborales dan lugar a valoraciones muy dispares.

Quienes se desempeñan bajo un régimen de *crowdworking*, actúan como trabajadores autónomos, lo que conlleva ventajas y desventajas: por un lado, una alta capacidad de autodeterminación; por el otro, la frecuente inseguridad en materia de empleo e ingresos.

En general, si se compara con el empleo en relación de dependencia, cabe decir que la plataforma el riesgo se desplaza hacia el proveedor autónomo<sup>36</sup>.

### *Trabajo independiente (collaborative self employment)*

En esta modalidad no existe vínculo laboral permanente, sino que se desarrolla una modalidad colaborativa absolutamente flexible, sin protección laboral y generalmente desde espacios de *co-working*.

Es innegable que estas nuevas modalidades de empleo están de alguna manera, convulsionando el mercado de trabajo de la economía digital, configurando una desestructuración de las formas tradicionales de contratación y de empleo. Estas nuevas modalidades permiten desarrollar

---

<sup>36</sup> Ver J. DRAHOKOUPIL, B. FABO, [The platform economy and the disruption of the employment relationship](#), ETUI Policy Brief, 2016, n. 5.

de una manera rápida y flexible, a bajo costo para las empresas y a bajo precio para los clientes un conjunto de tareas, que seguramente para quien las realiza, le supondrá una entrada de dinero, aunque seguramente no del todo importante.

Todo ello puede ser cierto, pero también es no menos real que el desarrollo de estas modalidades genera no pocos problemas para los mercados en los que se encuentran, especialmente en relación a su regulación y encuadre jurídico laboral, contributivo y social. De alguna forma, esta masa de trabajadores interconectados, dispuestos a realizar no importa que tareas, a la distancia, y bajo una escasa remuneración, sin capacidades de progreso profesional, ni de mejora salarial, constituyen un desafío para las políticas públicas de los diversos países donde estas modalidades se viene desarrollando, las que más tarde o más temprano, deberán dar un marco legal que permita evitar que estas modalidades simplemente se conviertan en una nueva forma, ciertamente muy moderna y tecnológicamente avanzada, del viejo trabajo precario que siempre ha existido en esta humanidad.

### **4.3. Matriz del trabajo del futuro**

Conforme las ideas que venimos desarrollando, las nuevas formas de empleo que hemos expuesto pueden ser analizado en el marco de una combinación de posibilidades, combinando trabajos en relación de dependencia y trabajos fuera de la plantilla de la empresa, con situaciones de trabajo remoto y situaciones de trabajo presencial. En función de ella, tendremos situaciones van desde el trabajo remota a situaciones de trabajo presencial, combinándose en la realidad de cada empresa. Ello genera la posibilidad de personas que trabajen en relación de dependencia dentro de la plantilla de la empresa y personas que simplemente sean vistos como simples proveedores de servicios, fuera de la plantilla de la organización. Por estas razones, el trabajo de la economía digital no puede ser visto bajo una única mirada y como un trabajo uniforme carente totalmente de toda laboralidad. En algún caso, efectivamente, las tareas que se realizan están absolutamente ausentes de cualquier indicador que pueda hacer pensar en la configuración de subordinación jurídica y por ende de laboralidad, pero en otros casos, existen algunos indicios de indicadores que hacen pensar en situaciones que gradualmente pueden ir de una laboralidad mínima a una mayor configuración de la misma. Y, por último, en otras situaciones, puede tratarse perfectamente de trabajadores cuyas tareas sean prestadas bajo una situación tradicional configurativa de una elación de dependencia. De esta

manera, de acuerdo a las singularidades de las tareas de cada puesto de trabajo, y a la forma de prestación por parte de los trabajadores involucrados en ellas, puede verse la combinación de situaciones muchas veces jurídicamente antagónicas, pero operativamente complementarias, para la realidad posible de una organización.

#### 4.4. Organización del trabajo en las empresas de la economía digital

Por organización del trabajo entenderemos la forma de estructurar el trabajo y el funcionamiento que se da una empresa, como una facultad propia emanada de su poder de dirección. Ello supone una combinación de aspectos complejos tales como los procesos de trabajo, la determinación de los puestos de trabajo, las tareas de cada puesto, la forma de trabajar, los turnos, y todas las cuestiones atinentes a la forma de interactuar organizacionalmente con las personas que trabajan. La historia social permite acreditar distintas situaciones respecto de la organización del trabajo, la cual ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, y modificando sus características, según los tipos de organizaciones y las distintas formas de trabajar, las que desde el taylorismo hasta la actualidad han dado lugar a distintas maneras de estructurarse y de funcionar empresarialmente.

##### *Nuevas formas de organización del trabajo*

Los impactos señalados anteriormente en la forma de trabajar que se viene procesando en las empresas de la economía digital, también están generando y consecuencias sobre sus formas de organizar el trabajo.

En efecto, la organización clásica en las empresas de la economía tradicional seguía criterios de división del trabajo, en situaciones que iban desde un taylorismo tradicional, hasta versiones más modernas y sofisticadas de esta forma de organizar el trabajo, buscando una mayor agilidad de procesos y de funcionamiento, pero siempre manteniendo los antiguos criterios de distinción entre tareas de planificación y tareas de ejecución. Actualmente se distinguen cuatro formas de organización del trabajo: dos formas de organización clásicas y dos formas de organización moderna<sup>37</sup>.

Las formas de organización clásica son las organizaciones simples y las organizaciones tayloristas. Las formas de organización modernas son las organizaciones orientadas al aprendizaje y las organizaciones *lean*.

---

<sup>37</sup> Ver N. MANZANO SANTAMARÍA, [\*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación \(TIC\) \(I\): nuevas formas de organización del trabajo\*](#), NTP INSSBT, 2018, n. 1.122.

Las organizaciones simples son aquellas que, por su propio tamaño, son tan pequeñas, que carecen de una organización del trabajo más o menos estructurada, caracterizándose, además, por presentar procedimientos de trabajo poco formalizados o directamente no formalizados.

Las organizaciones tayloristas suponen una supervisión jerárquica, con claras divisiones de tareas, con equipos de trabajo bajo jerarquía y sin mayor autonomía. Las organizaciones modernas se caracterizan por la búsqueda de una mayor eficiencia, una menor cantidad de costos, y una alta performance. Las organizaciones orientadas hacia el aprendizaje se orientan hacia el trabajador, buscando desarrollar prácticas organizacionales participativas, favoreciendo la descentralización en la toma de decisiones, la autonomía y el enriquecimiento de tareas. Las organizaciones *lean* se orientan hacia el mercado y sus exigencias, buscando un funcionamiento más ágil, dinámico, eficiente, tratando de lograr la satisfacción de las expectativas de sus clientes. Para ello, se busca tener procesos ágiles, rápidos, sencillos no burocratizados y una estructura organizacional más bien plana.

### *Organización del trabajo en las empresas de plataformas digitales*

Evidentemente la innovación tecnológica desarrollada a través de las tecnologías digitales, coadyuvan, funcional y contundentemente, para que las modernas, ya sean orientadas al aprendizaje o *lean*, puedan cumplir más fácilmente sus cometidos. En efecto, en lo que respecta a las empresas más típicas de la economía digital, las empresas de plataforma digital, o más concretamente aquellas empresas que estructuran su negocio a través de la vinculación de una oferta y una demanda, de un servicio que es prestado por un tercero, apuntan a una estructura organizacional del tipo *lean*, con pocos puestos y una importante agilidad y dinámica organizacional. De esta forma estas organizaciones, en líneas generales, tienen cierta tendencia a debilitar el vínculo de laboralidad de las personas, diluyendo las características de la subordinación, combinándose en no pocos casos, personas que actúan bajo una relación laboral con personas externas. De igual manera, se busca la polivalencia de las personas, vaciándose el contenido de los puestos de trabajo, imponiendo por la vía de los hechos, una flexibilidad, que diluye las nociones de lugar y tiempo de trabajo, y cambiando la lógica tradicional de la remuneración, ya que el salario deja de ser por tareas y pasa a ser por la realización de objetivos. No obstante lo anterior, no es del todo correcto uniformizar a todas las empresas de plataforma digital dentro de una única forma por cuanto, existen diversas modalidades que presentan funcionamientos y estructuras organizacionales,

incluso prácticas, muy diversas entre sí. En consecuencia, tal situación, nos lleva inexorablemente a estudiar las diversas modalidades de empresas de plataformas digitales.

La mayor parte de las plataformas disponen de aplicaciones móviles o apps, instalables en los smartphones o en tablets, que permiten tener acceso a servicios en línea y a redes sociales sin necesidad de pasar por el navegador de internet instalado en una computadora. Estas apps permiten un acceso a la red sin importar el lugar ni el momento en el que se encuentre el usuario. Estas apps no son solamente micro-programas informáticos sino también instrumentos de colecta de datos que alimentan las plataformas en línea, sin que los usuarios de la misma, tengan la más mínima conciencia de su funcionamiento. Las plataformas digitales permiten o facilitan la realización de transacciones, intercambian contenidos culturales, productos, y servicios, entre múltiples partes, por medio de Internet.

### *Tipologías de plataformas digitales*

Se han distinguido los siguientes tipos de plataformas digitales: plataformas de mercados digitales, plataformas de medios sociales y contenidos, motores de búsqueda, plataformas de publicidad digital, plataformas de financiamiento, plataformas de gestión del talento, plataformas de servicios móviles, plataformas digitales industriales y plataformas de participación y servicios abiertos.

Las plataformas de mercados digitales tienen como finalidad facilitar transacciones entre compradores y vendedores de bienes, servicios e incluso, pagos en línea. La plataforma ofrece el servicio a cambio de una comisión. Las plataformas de medios sociales y contenidos permiten que sus usuarios compartan informaciones y contenidos. Se financian a través de la publicidad, el cobro de tarifas y la venta de sus informaciones y contenidos que sus usuarios generan. Las plataformas motores de búsqueda permiten que sus usuarios busquen información en internet en los diversos sitios web. Algunas de estas plataformas son de búsqueda de información general como Google, Yahoo o Bing y otras se focalizan en temas especiales como Booking, Tripadvisor en relación a viajes, YouTube o Aol con relación a videos y música. En general estas plataformas son gratuitas y se financian con publicidad.

Las Plataformas de publicidad digital tienen por finalidad conectar a quienes quieren hacer este tipo de publicidad y quienes tienen espacio para incluirla en internet. Se financian con la diferencia entre el costo de los espacios de publicidad y el valor que le cobran por tal publicidad a los anunciantes. Las plataformas de financiamiento conectan inversionistas con proyectos o

empresas que demanda capital. Las plataformas de gestión del talento posibilitan la conexión entre quienes demandan trabajadores o profesionales y empresas que los quieran contratar. Las plataformas de servicios móviles son plataformas sobre las que se pueden desarrollar y comerciar aplicaciones, software y contenidos digitales. Las plataformas digitales industriales conectan empresas interesadas en digitalizar sus cadenas de valor poniendo a su disposición herramientas informáticas para aplicar en sus procesos productivos. Finalmente, las plataformas de participación y servicios son aquellas desarrolladas por gobiernos para dar participación a los ciudadanos en la ejecución de los servicios y en la definición de políticas públicas.

Estas diferentes plataformas cambian muy rápidamente los mercados y sus estructuras: debido al mínimo costo marginal que genera un usuario adicional de bienes y servicios digitales (efectos de escala) y al mayor atractivo que supone para otros la presencia de cada usuario adicional (efectos de red), teniendo, además, un alto potencial de crecimiento. Por cierto, ese potencial no necesariamente está concebido para reflejarse en un avance paralelo del personal de la empresa que opera la plataforma.

Las plataformas de servicios *on demand* y *crowdwork* no aparecen por lo general como empleadores, sino como meros intermediarios y proveedores de tecnología, que facilitan las transacciones del mercado y bajan sus costos a los usuarios. Muchos esperan entonces que la economía de las plataformas genere un aumento en la cantidad de trabajadores autónomos, sobre todo en los de carácter unipersonal, que pueden ofrecer sus servicios y productos de manera sencilla y económica.

En consecuencia, del análisis realizado podemos extraer que las plataformas digitales se articulan en tres grandes tipos: las plataformas de externalización masiva, las plataformas de trabajo sobre demanda y a convocatoria, y las plataformas de servicio<sup>38</sup>. Las plataformas de externalización masivas (*crowdworking*) presentan una estructura de funcionamiento que posibilita a individuos y organizaciones acceder a un grupo desconocido de individuos y/o organizaciones a fin de resolver problemas específicos o suministrar servicios y/o productos específicos, a cambio de un precio.

Las plataformas de trabajo a demanda y bajo convocatoria supone una relación de trabajo continua sin trabajo continuo. El empleador garantiza un contrato de trabajo, pero no se obliga a suministrar trabajo de forma continua. Este contrato reposa sobre la idea de estar a la orden y trabajar por convocatoria.

---

<sup>38</sup> Ver C. DEGRYSE, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, ETUI Working Paper, 2016, n. 2.

Claramente las plataformas digitales no se organizan todas iguales, ya que como hemos visto, existen situaciones muy variadas, tanto en estructura como en funcionamiento, e incluso, en sus modelos de negocios. No obstante ello, parece claro que la mayor parte de estas empresas apuesta por una organización del trabajo ágil, flexible, de procesos sencillos, en donde las condiciones de trabajo, se ven afectadas por la forma organizacional, en particular priorizando la externalización de tareas por sobre la contratación de trabajadores tradicionales, todo lo cual, convierte a este tipo de empresas en mucho más cercanas a una forma organizacional *lean*, que a las demás formas analizadas.

#### 4.5. Nuevos contenidos de los puestos de trabajo: el puesto digital

La nueva organización del trabajo que viene impulsando la transformación digital de las empresas, genera una afectación sobre los puestos de trabajo, a partir de una reconsideración de las tareas que debe realizar el ocupante de los mismos. Tales tareas pasan a tener un contenido digital y, por ende, se afecta el contenido tradicional que el propio puesto tenía.

La situación anteriormente señalada, comienza a pautar seis nuevas características de los puestos de trabajo: centrado en las personas, movilidad, servicios, simplicidad, social y continuo<sup>39</sup>.

Centrado en las personas: reconocer la importancia del avance tecnológico no significa desconocer la importancia de las personas. Son las personas las que ocupan los puestos de trabajo que se rediseñan y quiénes componen el principal capital de las empresas. La tecnología simplemente permitirá – focalizándose en las personas – que su trabajo sea más productivo, más ágil e innovador. Y a efectos de tal situación debe realizarse una necesaria sinergia entre las herramientas tecnológicas y las necesidades y posibilidades de los usuarios de las mismas. La posibilidad de trabajar desde cualquier sitio transforma a la movilidad en una característica esencial de los nuevos puestos de trabajo. La posibilidad de estar conectado mediante dispositivos diversos, que interactúan mediante técnicas digitales, fragmenta a los viejos puestos de trabajo localizados en un lugar determinado, dando libertad de movimiento a sus ocupantes. El trabajo digital gira en torno de las personas, y les sigue donde estas vayan, pudiendo llevar todo su lugar de trabajo en la palma de la mano. Y es esta movilidad la que destruye las ataduras a horarios, a edificios, a lugares o un entorno determinado, ya que el trabajo digital sigue a la persona con prescindencia de tales aspectos.

---

<sup>39</sup> Ver CIPD, *Smart working. The impact of work organisation and job design*, 2008.



En lo que refiere a servicios, estos son claves para favorecer el desarrollo del trabajo digital. El trabajador digital requiere que su entorno de trabajo le proporcione – sin importar donde se encuentre – los servicios necesarios que le permita como usuario, poder realizar sus tareas.

La simplicidad supone que las tareas de los nuevos puestos habrán de ser más sencillas por consecuencia de la necesaria simplificación a la que conduce el trabajo digital. Los trabajadores del conocimiento deberán integrar mayor cantidad de conocimiento en sus puestos de trabajo, debiendo entender la nueva lógica digital de funcionamiento de los mismos, pero seguramente tendrán tareas de menor contenido rutinario que antes o podrán realizar las mismas de una manera más sencilla.

El aspecto Social tiene que ver con la forma de diseño de la tecnología digital para que ella se ajuste con la naturaleza humana y de esta forma pueda beneficiar sus comportamientos colaborativos.

Finalmente, el componente continuo como elemento caracterizado de los nuevos puestos de trabajo tiene que ver con la necesidad permanente de evolución en los mismos, dado que la tecnología no se detiene y permanentemente requiere de adaptación a la misma.

La digitalización incorpora la posibilidad de conexión entre puestos digitales, así como la posibilidad de conexión entre cualquier objeto y cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier lugar. Como hemos visto, no solamente se basa en tecnologías de hardware (específicamente micro y nanoelectrónica), sino también en el software y en las instituciones (en concreto, las normas de interoperabilidad con el que las máquinas puedan entender de forma automática e interactuar unas con otras). En la industria, la conectividad de los puestos digitales conduce a la integración digital de todos los procesos: diseño, fabricación y la administración y, por tanto, a los aumentos masivos de productividad, fiabilidad, adaptación a las necesidades y velocidad de atención a los clientes.

Las consecuencias de estas nuevas formas de organización del trabajo son una organización más ágil, menos estructurada, menos verticalizada y más plana, todo lo cual refuerza la idea de la eficiencia y la mayor agilidad resolutive. En adición, también es cierto, que a las ventajas organizacionales que venimos de señalar, pueden agregarse como consecuencia de estas nuevas modalidades organizativas, una mayor precarización del trabajo, y una contribución a fragmentar el mercado de trabajo, acrecentando la brecha entre trabajadores protegidos y a tiempo completo, y trabajadores a plazo, subcontratados y/o autónomos. En efecto, preocupa que la opción por el trabajo atípico o temporal constituya una parte esencial de las nuevas formas de empleo o las nuevas formas de organizar el trabajo, por cuanto

la extensión de su uso supondrá devaluar aún más la calidad del trabajo, aumentando la desigualdad y la inseguridad económica de los trabajadores. De esta forma, motivada por la intención de reorganizar el trabajo de la empresa, mejorar su eficiencia y agilizar sus procesos, ha surgido el concepto de “empresa ágil”, como una nueva orientación, centrada de manera diferente en el ser humano con su capacidad de comunicación, creación y decisión: el personal debe recibir una amplia capacitación para impulsar y someter a prueba breves pasos de desarrollo bajo su propia responsabilidad y con una alta dinámica. Es por ello también que la organización del trabajo, el fomento de la innovación y la concepción de los puestos de trabajo y de espacios para la cooperación requieren un cambio en la cultura de liderazgo y de las empresas. Si el viraje resulta exitoso, los empleados tendrán la oportunidad de desempeñar un trabajo más autónomo e integral en equipos dotados de mayor responsabilidad, mientras que las empresas podrán aprovechar el aumento en los niveles de innovación y productividad.

Estas nuevas formas organizacionales, resultan muy interesantes para los empleadores, pero que no son ajenas de eventuales inconvenientes. En relación a ellas, se debería de evitar entre otras cosas, los problemas vinculados a la eliminación de las fronteras del trabajo y a la transferencia de riesgos empresariales a los empleados.

De la misma manera inquieta la tendencia, cada vez mayor, de la subcontratación o externalización transnacional o transfronteriza de tareas o micro tareas, que no se fundamentan en una mayor eficiencia sino en la reducción de costes y la maximización de beneficios empresariales. Especialmente la que se produce a través de plataformas digitales o Crowdsourcing, en las que “no existe” relación laboral entre la plataforma y la empresa, por una parte y el prestatario, por otra. Conjuntamente, esta forma de organizar el trabajo, que se basa en el trabajo atípico y la ausencia de una relación laboral, preocupa no sólo por su efecto en la reducción de los salarios, la polarización del mercado de trabajo o la devaluación de la calidad del trabajo, sino también por las derivaciones que ello tiene en el mantenimiento de una fiscalidad adecuada y una Seguridad Social y Servicios Sociales con recursos suficientes. La destrucción de empleo, la polarización del mercado de trabajo y la devaluación de los salarios que derivan de la revolución tecnológica, casi con toda probabilidad en el corto plazo, junto con la ausencia de legislación laboral aplicable en los nuevos modelos de negocio que surgen de la economía digital, configuran un desafío para las políticas públicas sociales y de seguridad social.

#### 4.6. El trabajo del futuro: características del trabajo en la economía digital

Por trabajo del futuro entendemos las diversas formas de actividad laboral desarrollada por las personas en el marco de la economía digital, las que pueden ser bajo relación de dependencia, para-dependencia o autonomía. De las consideraciones que venimos exponiendo podemos delinear las siguientes características que harán del trabajo digital el trabajo del futuro: trabajo basado en talento; trabajo cambiante; conectividad; trabajo competitivo; entorno digital; trabajo inteligente y flexible; trabajo medido en resultados<sup>40</sup>.

##### *Trabajo basado en talento*

El trabajo del futuro prescindirá de títulos, diplomas, o trayectorias acumuladas. Lo único que cuenta a los efectos de asegurar empleabilidad es el talento del individuo, medido por su capacidad de hacer, de crear, de innovar y de adaptarse a los requerimientos de las nuevas formas de trabajar. Esta situación es consecuencia necesaria de los cambios que se han venido produciendo en el mundo del trabajo a partir del nuevo entorno digital. Como bien afirma Thomson estamos asistiendo a una revolución de la información que nos enfrenta a cambios profundos en nuestra manera de vivir y de trabajar, a ritmos vertiginosos<sup>41</sup>. En efecto, la revolución en curso ha puesto en una sola década, tantos cambios, como la revolución industrial a lo largo de un siglo. Hace 20 años, la web no existía. Hace 10 años las redes sociales tampoco existían. Y hace tan solo 5 años no teníamos smartphones, ni tablets, ni *big data*, ni posibilidades de conectividad similares. Todo esto ha generado la aparición de puestos de trabajo que antes no existían, y que se sustentan pura y exclusivamente en un trabajo basado en el puro talento.

##### *Trabajo cambiante*

Es innegable que todo el desarrollo argumental de esta ponencia se articula sobre la idea de cambio. El trabajo del futuro entonces no podrá ser sino cambiante. Como la evolución tecnológica no se detiene, los contenidos de las tareas serán permanentemente cambiantes.

---

<sup>40</sup> Ver G. CEDROLA SPREMOLLA, *El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales*, en *esta Revista*, 2017, n. 1.

<sup>41</sup> P. THOMSON, *Nuevas formas de trabajar en la empresa del futuro*, en OPENMIND, BBVA, *Reinventar la empresa en la era digital*, 2015.

### *Conectividad*

El trabajo del futuro es un trabajo que se realiza en conexión con las demás personas que trabaja en la empresa, sin importar el lugar o el espacio físico desde el cual trabajen. En un mundo cada vez es más hiperconectado y con alta intensidad digital, la integración de equipos de trabajo supondrá conectividad, el desarrollo de proyectos transversales se realiza en forma de interconexión y en definitiva el tipo de trabajo colaborativo que supone el trabajo del futuro, configura una modalidad de trabajo de imperiosa necesidad de hiperconectividad.

### *Trabajo competitivo*

Que el trabajo del futuro sea competitivo significa que los mercados se expanden simplemente porque caen las fronteras y las empresas puedan contratar servicios de personas que puedan prestar sus tareas sin necesidad de estar en plantilla y sin siquiera estar presente en la ubicación geográfica donde se encuentra la empresa que demanda el servicio.

### *Entorno digital*

El trabajo del futuro, así como la vida social del futuro deberá tener la capacidad de interactuar digitalmente por la sencilla razón que cada vez más vivimos en un entorno digital.

### *Trabajo inteligente y flexible*

Este nuevo enfoque del trabajo supone una transferencia del control desde la empresa al empleado. En la era del trabajo digital e inteligente, los empleados son los dueños de su tiempo. Deciden cuando y donde trabajar, disponen de mayor libertad para conciliar su vida personal con la laboral.

### *Flexibilidad espacial y temporal en el trabajo*

La digitalización y la transformación digital de las empresas reafirman la tendencia a la flexibilización del horario de trabajo y a la descentralización del lugar de trabajo. A partir de la Internet de banda ancha, las tecnologías de red, los dispositivos móviles, los objetos y contenidos del ámbito laboral se encuentran disponibles en cualquier sitio y en cualquier momento. De esta manera, la digitalización puede posibilitar e intensificar la flexibilidad

en ambas direcciones según las necesidades empresariales.

La tendencia a la flexibilidad temporal y espacial en el trabajo, que se ve acentuada por la digitalización, ofrece la posibilidad de alcanzar una mayor autonomía laboral y delinea nuevas soluciones de compatibilidad y un abandono de la cultura presencial. Sin embargo, en un marco caracterizado por el home office, el horario de trabajo basado en la confianza y una accesibilidad potencialmente permanente, estos aspectos positivos van acompañados de una “eliminación de las fronteras” del trabajo.

Dado que las necesidades de flexibilidad de las empresas y los empleados no se superponen, hay que hallar un equilibrio adecuado entre ellas. Para las empresas no sólo son importantes la satisfacción de los trabajadores y el posicionamiento como agentes empleadores atractivos, sino también la eficiencia en términos de trabajo y de costos, la labor de coordinación, la calidad del servicio y la disponibilidad de personal. Desde el punto de vista de los empleados, se valora mucho la mayor autonomía para organizar el horario y la compatibilidad entre la profesión y la familia, es decir, la posibilidad de contar con una mayor flexibilidad y colaboración para la distribución de tareas familiares. Dentro de este marco, un mejor equilibrio entre la profesión y la vida privada también puede repercutir favorablemente en la salud. De esta forma, la transformación digital, y su proyección sobre el tiempo de trabajo, es innegable.

Progresivamente los cambios en los sistemas productivos, también a causa del poder de las tecnologías digitales, ha hecho aparecer nuevos problemas en materia de tiempo de trabajo que reflejan en la realidad socio-laboral una variedad de situaciones que no se corresponden ya con el modelo típico de jornada ordinaria a tiempo completo y con distribución regular (8x8x8). Se han roto las coordenadas de tiempo y lugar de la prestación de trabajo subordinado y por cuenta ajena. Los aspectos cuantitativos y, señaladamente, cualitativos del tiempo de trabajo constituyen uno de los grandes ejes sobre los que bascula la puesta en funcionamiento de las formas de organización flexible del trabajo. Las nuevas técnicas de ordenación del tiempo de trabajo tienden a facilitar su ajuste a las necesidades de las empresas mediante una organización del trabajo menos rígida y más adaptable, mejorando también – se dice – los niveles de empleo en aras del incremento de su productividad y competitividad<sup>42</sup>.

El crecimiento exponencial de las variedades de jornada de trabajo y la transformación digital han supuesto modificaciones en los modos sociales

---

<sup>42</sup> Ver G. CEDROLA, *Trabajo, Organización del Trabajo, Representación de los Trabajadores y Regulación laboral en el mundo de la Gig Economy*, exposición presentada en el X Congreso Internacional ADAPT, “Labour Is Not a Commodity” Today. *The Value of Work and its Rules between Innovation and Tradition*, Bérgamo, 28-30 noviembre 2019.

y de vida, menos ordenados que en el pasado, al abandonarse el paradigma de la jornada de trabajo semanal o diaria rígidas, aunque la jornada de cinco días ordinaria no haya desaparecido. Han surgido tipos extraordinariamente variados de tiempo de trabajo “atípico” o flexible, distintos del ordinario a tiempo completo, que incluso han dado lugar a contratos atípicos: los bancos de horas, el trabajo de fin de semana, los trabajos marginales o mini trabajos, el trabajo a convocatoria, el trabajo informal, o, incluso, el polémico contrato de cero horas. El tiempo de trabajo en la economía digitalizada es un tiempo en ocasiones de difícil formalización o delimitación, sin substrato físico, comparable a un tiempo de puesta a disposición o de disponibilidad, que, indebidamente, no lleva aparejada la retribución, ni protección de un contrato tradicional de trabajo. Entre estas particularidades, se discute que cualquier conexión con el centro empresarial o plataforma digital, por débil que sea, es tiempo de trabajo y las consecuencias de ello. De esta forma uno de los aspectos más controvertidos en el trabajo digital es el tiempo de trabajo y dentro de ello, la extensión de la jornada de trabajo. El trabajo a tiempo completo seguramente se reducirá y dará paso a jornadas variables, diseñadas en forma autónoma, con menos control, de la empresa y basadas en la evaluación de los resultados obtenidos por cada trabajador. Es obvio que ésta flexibilización del tiempo de trabajo requerirá según la realidad de cada legislación, una regulación especial ya que puede dificultar entre otras cosas, compatibilizar el trabajo con su vida familiar.

Por todas estas cuestiones, es innegable que los conceptos tradicionales de jornada de trabajo, horas de trabajo y lugar de trabajo, deben ser revisados, de forma de posibilitar una puesta al día a las circunstancias que manifestamos. Es necesario discutir entonces sobre estas situaciones, estableciendo marcos jurídicos que contemplen las nuevas formas de trabajo y procure su regulación equilibrada, de modo que se protejan y reconozcan derechos a los trabajadores sometidos a esas fórmulas nuevas de ordenación del tiempo de trabajo, sin desconocer las necesidades o requerimientos de las empresas.

### *Trabajo medido en resultados*

Esta situación tiene que ver con la creación o aportación de valor para la empresa: el trabajo empieza a ser diferenciado según tareas que aporten valor y tareas que no lo aportan. De esta manera comienzan a adquirir mayor importancia los esquemas y políticas de recursos humanos que priorizan las remuneraciones variables, los salarios diferenciados y las pagas extraordinarias, no ya por las tareas de una categoría laboral, sino por la

importancia y el resultado de cada puesto, tanto en el desempeño individual de su ocupante, cuanto en la aportación que tal trabajo tiene para la cuenta de resultado de la compañía. Esto evidentemente repercute sobre el mudo de los salarios y es fuente de políticas salariales impregnadas por una mayor búsqueda de flexibilidad.

### **5. Valoración de los enfoques teóricos a la luz de los cambios comentados**

Los estudios teóricos en relaciones industriales, como hemos visto, han adoptado diversas formas de articulación conceptual. Así, algunos simplemente pretenden configurar un instrumento más o menos acabado de análisis de la realidad. Otros, por el contrario, aspiran a construir una visión más abstracta, de menor vocación explicativa, capaz de articular un modelo de estudio. Finalmente, algunas de las propuestas conceptuales aspiran a convertirse en teorías científicas, quedando entonces a discusión su verificabilidad empírica y su capacidad para adquirir el rango de teoría. Estos diversos enfoques teóricos – de alguna manera u otra – permiten concluir en una cierta vigencia del concepto de sistema de relaciones industriales en tanto útil de análisis, reformulado a la luz de las diversas críticas que se le han realizado. Sin embargo, cabe preguntarse si de tal conclusión, puede desprenderse una eficaz capacidad de análisis de las relaciones industriales de cualquier sistema que se considere.

En otros términos, ¿las diferentes conceptualizaciones teóricas desarrolladas en el ámbito de las relaciones industriales permiten explicar los cambios que se vienen desarrollando en el mundo del trabajo actualmente? ¿Pueden aplicarse tales conceptualizaciones sin ninguna modificación al análisis de las relaciones laborales o, por el contrario, se requieren ajustes que supongan una nueva re-conceptualización teórica?

Los enfoques surgidos en los países desarrollados a los efectos de estudiar las relaciones industriales se dirigieron a analizar un conjunto de relaciones sociales que se enmarcan en estructuras sociales que presentan menor heterogeneidad que las latinoamericanas; procesos de acumulación diferentes a los de esta región, y estructuras productivas también muy distintas a los del sub-continente.

Tal situación no es de menor importancia, por cuanto ella genera impactos en la constitución de los actores sociales. De esta forma, los análisis clásicos que buscaban vincular los procesos de industrialización con la conformación de un sistema de relaciones industriales admitían desde un comienzo que tal enfoque podía presentar dificultades de aplicación a la

realidad de los países subdesarrollados. Así, estos autores, entendían que el análisis “industrializador/sistémico” de las relaciones industriales encontraba en tales países los siguientes inconvenientes que la quitaban capacidad explicativa: el estancamiento rural, el crecimiento desordenado de las clases urbanas, modelos de enseñanza no orientados hacia las necesidades del desarrollo; fallas de organización en las burocracias locales; altas tasas de crecimiento demográfico; problemas en la elite encargada de conducir el proceso de industrialización<sup>43</sup>.

Estos inconvenientes, mirados a través de los cambios que viene experimentando el mundo del trabajo y que hemos querido exponer sintéticamente en el capítulo anterior, nos obligan a reconsiderar tal alternativa teórica. De esta manera la cuestión a resolver es si la conceptualización actual de las relaciones laborales como disciplina académica requiere de adaptaciones, modificaciones o si por el contrario requiere de ser sustituida por un nuevo marco de conceptualización teórica. Los enfoques sistémicos clásicos priorizan un conjunto de reglas como resultado de los entendimientos entre los actores del sistema. En tal perspectiva – y como fruto obvio del paradigma funcionalista que sustenta tal visión – se desprende una finalidad eminentemente regulatoria que enfatiza el consenso social y los valores comunes como premisas básicas del sistema. Es claro que tal perspectiva no es lo suficientemente ajustada para explicar algunos de los cambios comentados, no obstante lo cual alguien podría pensar que se trata simplemente de cambios de contexto que indudablemente producirán cambios en el comportamiento de los actores sociales, razón por la cual, el enfoque sistémico podría continuar funcionando aún con sus limitaciones tradicionales.

Los enfoques pluralistas han puesto su acento en la pluralidad de grupos enfrentados a partir de la defensa de intereses antagónicos, pero poniendo énfasis en lo que a las relaciones industriales se refiere, en los procesos de negociación entre tales grupos. De igual modo, esta conceptualización no nos permite profundizar mayormente en la explicación de los cambios que hemos mencionado, pero permite una base de análisis dentro de la cual, es perfectamente posible analizar los mismos, como una consecuencia en las prioridades e intereses de los actores sociales.

Los enfoques inspirados en el marxismo si bien pueden ser cuestionados por cierto reduccionismo económico tampoco parecen ser una herramienta capaz de explicarnos totalmente el nuevo funcionamiento de las relaciones

---

<sup>43</sup> Ver al respecto C. KERR, J.T. DUNLOP, F.H. HARBISON, C.A. MYERS, *Industrialism and Industrial Man. The Problems of Labor and Management in Economic Growth*, Heinemann, 1962; C. KERR, *Labor and Management in Industrial Society*, Doubleday Anchor, 1964.



laborales, y de igual modo que en los enfoques vistos anteriormente, pueden seguir siendo un marco dentro del cual intentar ubicar y encontrar una base de análisis para los comportamientos de los actores sociales.

Finalmente, los enfoques que priorizan la dimensión estratégica del accionar de los actores, si bien permiten configurar un marco altamente eficaz para analizar el funcionamiento y la dinámica de los actores sociales, requieren de una mayor elaboración en la explicación, adaptación y análisis de algunas de las cuestiones que hemos señalado en este artículo y que pueden ir mucho más allá, como factor explicativo, de las propias estrategias desarrolladas por los actores sociales.

De conformidad con estas ideas se desprende, entonces, que una perspectiva teórica que busque lograr una correcta explicación del funcionamiento de los sistemas de relaciones industriales debe partir, ante todo, por entender los cambios que actualmente presenta el mundo del trabajo, y apreciar las respuestas que ante ellos vienen desarrollándose por cada uno de los actores sociales.

De esta manera, deberán de empezar a analizarse las políticas laborales, la regulación laboral, las políticas de empresas, en especial las políticas de gestión de los recursos humanos, la negociación colectiva y la canalización y desarrollo de conflictos de trabajo, mediante herramientas conceptuales, que más allá de sus componentes puntuales, reconozcan la nueva realidad del mundo del trabajo y sea capaces de posibilitar formas de adaptación que al mismo tiempo permitan seguir siendo eficientes a la hora de articular el funcionamiento de los sistemas de relaciones laborales, con marcos de análisis capaces de explicar las interacciones y los resultados de los mismos. En suma: no pensamos en que la elaboración teórica desarrollada en el ámbito de las relaciones laborales haya perdido o pierda importancia a la luz de los cambios apuntados en el mundo del trabajo. Tal elaboración ha cumplido y cumple todavía un importante rol en la enseñanza, investigación, explicación y debate de las relaciones laborales, situación que no puede ser desconocida. Pero la crisis que de alguna manera comentaba Kaufman de alguna manera se viene agudizando.

No obstante ello, cualquier elaboración teórica debe acompañar los cambios experimentados en aquellos fenómenos a cuyo análisis está destinada, razón por la cual, surge razonable y de toda necesidad, la adaptación de los componentes del análisis, de forma seguir posibilitando una utilidad de los enfoques y reflexiones teóricas comentados. Y en especial dentro del ámbito de las relaciones laborales, pensamos que aun guardan vigencia las opiniones de Kaufman, quien desde hace ya tiempo ha venido insistiendo en la necesidad de una reconsideración teórica que, aplicada al análisis de las relaciones laborales, permita al mismo tiempo,

desarrollar análisis y métodos; dar solución a problemas laborales concretos; y dar congruencia y sustento entre los análisis de las relaciones laborales y sus contextos económicos y tecnológicos<sup>44</sup>.

## 6. Conclusiones

De los argumentos expuestos en este documento pueden desprenderse las siguientes conclusiones:

- la reflexión teórica en relaciones laborales resulta clave para el desarrollo de la disciplina. Tal reflexión teórica no está cerrada ni terminada y los enfoques conceptuales desarrollados se encuentran actualmente sometidos y desafiados por los permanentes cambios que se vienen desarrollando en el mundo del trabajo;
- tal situación en modo alguno significa, desconocer ni desmerecer la importancia que el desarrollo teórico ha tenido, en sus distintas modalidades, en el ámbito académico de las relaciones laborales;
- no obstante ello, se impone un ejercicio de re-conceptualización y/o adaptación del marco teórico conceptual capaz de dotar de nuevos elementos, destinados a explicar, comprender e intervenir correcta y eficazmente sobre las nuevas realidades laborales que se vienen presentando en el mundo del trabajo, de forma de posibilitar que la nueva estructuración originada por tales cambios no sea perjudicial para los derechos y perspectivas de los actores sociales;
- la dinámica tradicional de las relaciones laborales en las que se ha reconocido como algo natural y normal, las diversas contradicciones e intereses que posibilitan el desarrollo de los conflictos de trabajo, merece seguir siendo considerada, bajo el entendido que el conflicto laboral es algo natural y no patológico, pero adicionando en su consideración, las causas que actualmente puedan estar influyendo en la generación de nuevas situaciones de conflicto, emergentes de los cambios que hemos apuntados.

Esta re-conceptualización y/o adaptación teórica puede además jugar un rol importante en la reconsideración de las relaciones laborales, como disciplina académica, o campo de investigación, capaz de permitir una nueva etapa destinada a profundizar instancias de diálogo con disciplinas conexas tales como la sociología del trabajo, el derecho, la economía y la

---

<sup>44</sup> Ver B.E. KAUFMAN, *The global evolution of industrial relations. Events, ideas and the IIRA*, OIT, 2004. Así también B.E. KAUFMAN (ed.), *Theoretical Perspectives on Work and the Employment Relationship*, IRRRA, 2004.

gestión de las empresas, dada la atención inter-disciplinaria que presentan los cambios que viene experimentado el mundo del trabajo y que hemos comentado en este documento.

## 7. Bibliografía

- ABBOT K. (2006), [\*A Review of Employment Relations Theory and Their Application\*](#), en [\*Problems and Perspectives in Management\*](#), vol. 4, n. 1, pp. 187-199
- BELLEMARE G., BRIAND L. (2006), [\*Transformations du travail/transmutations des frontières des «systèmes» de relations industrielles\*](#), CRISES Etudes théoriques, n. ET0606
- BLAIN A.N.J. (1972), *Pilots and Management: industrial relations in the United Kingdom airlines*, Allen and Unwin
- BLAIN A.N.J., GENNARD J. (1970), *Industrial Relations Theory – A Critical Review*, en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 8, n. 3, pp. 389-407
- BRAVERMAN H. (1974), *Labor and Monopoly Capital. The Degradation of Work in the Twentieth Century*, Monthly Review Press
- CEDROLA G. (2019), *Trabajo, Organización del Trabajo, Representación de los Trabajadores y Regulación laboral en el mundo de la Gig Economy*, exposición presentada en el X Congreso Internacional ADAPT, “Labour Is Not a Commodity” Today. *The Value of Work and its Rules between Innovation and Tradition*, Bèrgamo, 28-30 noviembre
- CEDROLA SPREMOLLA G. (2017), [\*El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales\*](#), en [\*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo\*](#), n. 1, pp. 8-37
- CEDROLA SPREMOLLA G. (1994), *Los enfoques teóricos en relaciones industriales*, en *Relasur*, n. 2
- CIPD (2008), [\*Smart working. The impact of work organisation and job design\*](#)
- CLEGG H.A. (1975), *Pluralism in Industrial Relations*, en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 13, n. 3, pp. 309-316
- CÓRDOVA E. (dir.) (1981), [\*Las relaciones colectivas de trabajo en América latina\*](#), OIT
- CRAIG A.W.J. (1988), *Les relations industrielles au Canada*, en G. HEBERT, H.C. JAIN, N.M. MELTZ (eds.), *L'état de la discipline en relations industrielles au Canada*, École de Relations Industrielles
- DEGRYSE C. (2016), [\*Digitalisation of the economy and its impact on labour markets\*](#), ETUI Working Paper, n. 2
- DICKENS L. (2003), [\*Changing Contours of the Employment Relationship and New Models of Labour Regulation\*](#), paper presentado en el [\*13<sup>th</sup> IIRA World Congress\*](#), Berlín, 8-12 septiembre

- DION G. (1986), *Dictionnaire canadienne des relations du travail*, Presses de l'Université de Laval
- DOELLGAST V., BIDWELL M., COLVIN A.J.S. (2021), *New Directions in Employment Relations Theory: Understanding Fragmentation, Identity, and Legitimacy*, en *ILR Review*, vol. 74, n. 3, Special Issue on *New Theories in Employment Relations*, pp. 555-579
- DRAHOKOUPIL J., FABO B. (2016), [\*The platform economy and the disruption of the employment relationship\*](#), ETUI Policy Brief, n. 5
- DUNLOP J.T. (1958), *Industrial Relations Systems*, Harvard University Press
- FARNHAM D., PIMLOTT J. (1988), *Understanding Industrial Relations*, Cassell
- FLANDERS A. (1972), *Management and Unions. The Theory and Reform of Industrial Relations*, Faber and Faber
- FLANDERS A. (1965), *Industrial Relations: What is Wrong with the System? An Essay on Its Theory and Future*, Faber and Faber
- FOX A. (1974), *Beyond Contract: Work, Power and Trust Relations*, Faber and Faber
- FOX A. (1974), *Man Mismanagement*, Hutchinson
- FOX A. (1971), *A Sociology of Work in Industry*, Collier-Macmillan
- HAMEED S.M.A. (1982), *A Critique of Industrial Relations Theory*, en *Relations Industrielles*, n. 1, pp. 15-31
- HOLLEY W.H., JENNINGS K.M. (1980), *The Labor Relations Process*, Dryden Press
- HYMAN R. (1979), [\*La théorie des relations industrielles: une analyse matérialiste\*](#), en *Sociologie du Travail*, n. 4, pp. 418-438
- HYMAN R. (1978), *Pluralism, Procedural Consensus and Collective Bargaining*, en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 16, n. 1, pp. 16-40
- HYMAN R. (1975), *Industrial Relations. A Marxist Introduction*, Macmillan
- JACKSON M.P. (1977), *Industrial Relations. A Textbook*, Croom Helm
- JONES S. (2004), *Towards a Theory of Industrial Relations for a Knowledge Economy*, en *Industrielle Beziehungen*, vol. 11, n.1-2, pp. 15-26
- KAUFMAN B.E. (2010), *The Theoretical Foundation of Industrial Relations and Its Implications for Labor Economics and Human Resource Management*, en *IRL Review*, vol. 64, n. 1, pp. 74-108
- KAUFMAN B.E. (2004), [\*The global evolution of industrial relations. Events, ideas and the IIRA\*](#), OIT
- KAUFMAN B.E. (ed.) (2004), *Theoretical Perspectives on Work and the Employment Relationship*, IIRA
- KERR C. (1964), *Labor and Management in Industrial Society*, Doubleday Anchor

- KERR C., DUNLOP J.T., HARBISON F.H., MYERS C.A. (1962), *Industrialism and Industrial Man. The Problems of Labor and Management in Economic Growth*, Heinemann
- KOCHAN T.A. (1980), *Collective Bargaining and Industrial Relations. From Theory to Policy and Practice*, Irwin
- KOCHAN T.A., MCKERSIE R.B., CAPPELLI P. (1984), *Strategic Choice and Industrial Relations Theory*, en *Industrial Relations*, vol. 23, n. 1, pp. 16-39
- LUCENA H. (1989), *Papel del Estado en las relaciones industriales en América Latina*, en *Relations Industrielles*, n. 1, pp. 249-282
- MANDL I., CURTARELLI M., RISO S., VARGAS LLAVE O., GEROGIANNIS E. (2015), *News forms of employment*, Eurofound
- MANZANO SANTAMARÍA N. (2018), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*, NTP INSSBT, n. 1.122
- MARGERISON C.J. (1969), *What Do We Mean by Industrial Relations? A Behavioural Science Approach*, en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 7, n. 2, pp. 273-286
- MOLITOR M. (1993), *Relations Industrielles*, Université Catholique de Louvain
- PARSONS T. (1951), *The Social System*, Free Press
- POOLE M. (1989), *Theories of Trade Unionism. A Sociology of Industrial Relations*, Routledge & Kegan Paul
- POOLE M. (1987), *Industrial Relations. Origins and Patterns of National Diversity*, Routledge & Kegan Paul
- SALAMON M. (1988), *Industrial Relations. Theory and Practice*, Prentice Hall
- SCHIENSTOCK G. (1981), *Towards a Theory of Industrial Relations*, en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 19, n. 2, pp. 170-189
- SETHI A.S., DIMMOCK S.J. (1987), *Un modèle transactionnel de relations industrielles*, en *Travail et Société*, n. 2, pp. 345-362
- SINGH R. (1976), *Systems theory in the study of industrial relations: time for a reappraisal?*, en *Industrial Relations Journal*, vol. 7, n. 3, pp. 59-71
- SORGE A. (1976), *The Evolution of Industrial Democracy in the Countries of the European Community*, en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 14, n. 3, pp. 274-294
- TAPSCOTT D. (1994), *The Digital Economy. Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*, McGraw-Hill
- THOMSON P. (2015), *Nuevas formas de trabajar en la empresa del futuro*, en OPENMIND, BBVA, *Reinventar la empresa en la era digital*
- VENDRAMIN P., VALENDUC G. (2016), *Le travail virtuel. Nouvelles formes de travail et d'emploi dans l'économie digitale*, Fondation Travail-Université

WALKER K.F. (1977), *Towards useful theorising about industrial relations*, en *British Journal of Industrial Relations*, vol 15, n. 3, pp. 307-316

WEBB S., WEBB B. (1902), *The History of Trade Unionism*, Longmans, Green and Co.

WEBB S., WEBB B. (1897), *Industrial Democracy*, Longmans, Green and Co.

# Nuevas herramientas para el diálogo, negociación colectiva y resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales

Gabriela BERTOLDO\*  
Ana Rita TAGLIAVINI\*\*

---

**RESUMEN:** Este trabajo realiza un abordaje de herramientas de Programación Neuro-Lingüística (PNL), Inteligencia Emocional (IE) y Psicología Positiva para establecer si su utilización permite facilitar el diálogo para la resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales. La propuesta deviene de la comprobación de los efectos favorables en negociaciones en otros ámbitos. Postulamos que si existen herramientas, que nos permiten modificar pensamientos y emociones, y a partir de allí cambiar nuestros comportamientos, este trabajo puede contribuir a evitar conflictos o resolverlos de manera más asertiva y eficaz para todas las partes, logrando acuerdos sostenibles y duraderos.

**Palabras clave:** Negociación colectiva, resolución de conflictos, programación neuro-lingüística, psicología positiva, relaciones laborales.

**SUMARIO:** 1. Preliminares. 2. Introducción. 3. Negociación colectiva en Argentina. 3.1. Diálogo y negociación colectiva. 4. Herramientas propuestas. 4.1. PNL. 4.2. IE. 4.3. Psicología Positiva. 5. Encuestas y conclusiones. 6. Bibliografía.

---

\* Abogada; Magíster en Dirección de Empresas; Coach Internacional Neurobiológico; Diplomada en Neurociencias para Docentes y en Innovación Educativa; Consultora en Coaching Laboral y Organizacional; Profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Seminario de Práctica Profesional de Relaciones Laborales, Negociación, en carreras de grado y posgrado y Directora de Proyecto de Investigación, Universidad Siglo 21 (Argentina).

\*\* Abogada litigante; Magíster en Derecho Procesal; Adscripta Docente, Decanato de Derecho, Universidad Siglo 21 (Argentina), y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

## **New Tools for Dialogue, Collective Bargaining and Conflict Resolution in the field of Labour Relations**

---

**ABSTRACT:** This work carries out an approach of Neuro-Linguistic Programming (NLP), Emotional Intelligence (EI) and Positive Psychology tools to establish if their use facilitates dialogue for the resolution of conflicts in the field of labour relations. The proposal comes from the verification of the favourable effects in negotiations in other areas. We postulate that if there are tools that allow us to modify thoughts and emotions, and from there change our behaviours, this work can contribute to avoiding conflicts or resolving them in a more assertive and effective way for all parties, achieving sustainable and lasting agreements.

*Key Words:* Collective bargaining, conflict resolution, neuro-linguistic programming, positive psychology, labour relations.



## 1. Preliminares

Este trabajo es fruto de un proyecto de investigación interdisciplinario que llevamos adelante en la Universidad Siglo 21, habiéndonos introducido en el análisis de las disciplinas de Programación Neuro-Lingüística (PNL), Inteligencia Emocional (IE) y Psicología Positiva como herramientas de resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales. Nuestro proyecto tiene entre sus objetivos: a) determinar cómo un enfoque más humano en el mundo del trabajo, contribuye a la resolución de conflictos en dicho ámbito; b) describir de qué manera el buen manejo de la IE contribuye a mejorar el clima laboral y la salud mental en el trabajo previniendo conflictos; c) analizar en qué medida la PNL y la Psicología Positiva pueden colaborar en la prevención y solución de conflictos.

Esta temática dentro del eje en el que pretendemos ingresar nuestro trabajo se conecta íntimamente con las orientaciones evolutivas en materia de negociación colectiva y en las relaciones entre empresas y trabajadores, porque lo que se pretende es atenuar los efectos disvaliosos de los conflictos, ya sea dentro de la empresa, o a nivel colectivo, con impacto de manera directa en la empresa y sus trabajadores.

La propuesta de utilización de estas herramientas deviene de la comprobación de los efectos favorables en las negociaciones o resolución de conflictos en otros ámbitos.

Dentro del marco de nuestro trabajo, para poder establecer sobre qué plataforma de utilización de herramientas de negociación y resolución de conflictos nos encontrábamos, elaboramos encuestas destinadas principalmente a empresas. Estas encuestas tuvieron como objetivo verificar, a grandes rasgos, si las empresas le daban especial atención a la negociación y resolución de conflictos, si contaban con un área específica, si tenían formación para ello, si era uno de los temas considerados de importancia, y también qué valor le otorgaban al bienestar subjetivo de sus dependientes. Dicho relevamiento fue contrastado con resultados de encuestas realizadas también a psicólogos organizacionales y trabajadores en relación de dependencia.

## 2. Introducción

Las relaciones que se presentan en el mundo del trabajo, en nuestro país, desde hace varios años, evidencian conflictos que entendemos innecesarios. En todo conflicto generalmente cada parte asume posiciones que la llevan a condicionar sus pensamientos en una postura rígida, lo que habitualmente

transforma la negociación en una especie de subasta económica que dificulta lograr acuerdos efectivos y sostenibles.

Esta situación se profundiza cada vez más, ya que el mundo del trabajo es un ámbito dinámico, que se vuelve cada vez más cambiante a partir de la evolución tecnológica que lo atraviesa, pero también por la dinámica de la realidad que generan circunstancias no previstas, tales como el contexto económico o situaciones excepcionales como el arribo de la pandemia por SARS-CoV-2. Esta última trajo consigo cambios de emergencia en las modalidades de las relaciones de trabajo y en las formas de las prestaciones con la introducción por ejemplo del teletrabajo o modalidades híbridas que se fueron incorporando.

La legislación base del derecho del trabajo, los principios que lo conforman y las convenciones colectivas de trabajo, han priorizado en su desarrollo, las condiciones que más aseguren al trabajador el bienestar en su trabajo. También las normas legales y convencionales dentro de sus postulados plantean el diálogo como medio para la resolución de conflictos y de priorizar las fuentes de trabajo y la paz social. Sin embargo no han aportado herramientas propias que realmente aseguren poder lograr dicho objetivo.

Esto nos lleva a la búsqueda de herramientas que, dentro de dicho dinamismo, faciliten obtener lineamientos para preservar el bienestar, promover el desarrollo de habilidades enfocadas en lo humano y de esa forma evitar conflictos o facilitar el diálogo para resolverlos de manera asertiva minimizando sus efectos.

### 3. Negociación colectiva en Argentina

En Argentina, la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales regula el funcionamiento de las Asociaciones Sindicales y recepta el modelo de unicidad/unidad sindical, que implica que cada actividad podrá tener como representante un único sindicato. La jerarquización de las Asociaciones Sindicales, también receptada en esta norma diseña un modelo de grados, estando en primer grado los Sindicatos o las Uniones, que son las asociaciones de base, aquéllas con las que las empresas en la conflictividad diaria tienen sus relaciones (ya que en las de segundo y tercer grado confluyen las Asociaciones Sindicales de grados menores).

En nuestro sistema legal, se le otorga la legitimación para intervenir en la negociación colectiva a las Asociaciones Sindicales que tienen personería gremial, que es un *status* que obtiene aquella que mayor representatividad ostenta (en la actividad, oficio o profesión de trabajadores que nuclea). Esa legitimación, entre otras cosas, le otorga a la Asociación Sindical la potestad

de poder representarla en la negociación de los Convenios Colectivos de Trabajo, y en las negociaciones más usuales que se suscitan entre las Asociaciones Sindicales y los empleadores del sector o el propio Estado. Esas negociaciones usuales tienen que ver en gran medida con condiciones salariales y condiciones de trabajo.

En ese sentido, es que en el relevamiento que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina realizó en el segundo semestre de 2021 en Argentina, las cláusulas con mayor relevancia en el trimestre fueron las vinculadas a relaciones laborales, acordadas en el 73% de los acuerdos y convenios, mientras que las salariales tuvieron una incidencia de 37%, lo que tuvo igual impacto en el primer semestre de 2021. A *prima facie* podemos señalar que es consecuencia de las vicisitudes propias de la emergencia por la pandemia por SARS-CoV-2 y que pusieron en la cima la necesidad de rediseñar formas y condiciones de trabajo.

En el mismo año, se homologaron 518 acuerdos y convenios que se distribuyeron, conforme al ámbito de aplicación, en 339 de empresa (66%) y en 179 de actividad (34%).

Tomando en consideración este dato, podemos destacar que la negociación entre la empresa y las Asociaciones Sindicales, ha tomado trascendencia por sobre la que se suscita entre las Asociaciones Sindicales y las cámaras o agrupaciones de empleadores.

La negociación directa de la empresa, a lo largo del tiempo ha ido tomando un mayor protagonismo y más aún si tomamos en consideración que las cláusulas más negociables han sido las condiciones laborales. Es la empresa quien directamente se ve involucrada en las necesidades de sus trabajadores y en las suyas propias, encontrándose en una posición más cercana a las condiciones que han sido objeto de negociación.

### 3.1. Diálogo y negociación colectiva

La OIT como organismo madre en recomendaciones sobre relaciones laborales, realiza informes y efectúa recomendaciones tendientes a tutelar de manera integral los derechos laborales.

En materia de derecho colectivo, y teniendo como norte la protección de la libertad sindical y procurando una mayor progresividad en la tutela efectiva de los derechos del trabajo, es que efectúa informes y confecciona guías que permiten a los actores sociales intervinientes en esas relaciones, tener un cómo y hacia dónde ir en este ámbito.

En esta línea de trabajo, y puntualmente sobre negociación colectiva, reconoce la OIT en su reciente informe sobre diálogo social que,

Mientras que en ocasiones el proceso de negociación puede caracterizarse por una notable oposición, con el tiempo, la formulación repetida de compromisos de las partes puede contribuir gradualmente a generar confianza, estabilidad y paz laboral<sup>1</sup>.

También, destaca la importancia de la instancia de negociación colectiva como modo de brindar respuestas más mediatas y acordes a la dinámica de las relaciones laborales actuales y cómo es posible que ésta apunte a la sostenibilidad de las empresas, máxime en tiempos de emergencia como los vividos en la pandemia y post pandemia, pero que además permita la recuperación ante esa emergencia.

En este informe, la OIT al reseñar sobre la negociación y su directa implicación con el diálogo social, señala que el proceso de negociación puede ser, de tipo distributivo en el que cada parte concurre a la negociación con su posición y lo que una obtenga es a expensas de la otra, o de tipo integrador, con la finalidad de acercar posiciones sin que impliquen ganar/perder y destaca que,

Aunque el proceso de negociación se vea a veces envuelto en una gran conflictividad, la estructuración e institucionalización de las concesiones recíprocas de las partes pueden contribuir gradualmente a generar confianza, estabilidad y paz laboral. Tras haber acordado soluciones a través de un proceso de negociación y resolución conjunta de problemas, las partes convienen en no adoptar medidas conflictivas y costosas como huelgas y cierres patronales<sup>2</sup>.

Este reconocimiento a la negociación colectiva como herramienta de acercamiento de posiciones, de receptora de la dinámica laboral, de fuente de otorgamiento de mejores beneficios para los trabajadores y de detección de necesidades de producción de las empresas, implica poner un mayor foco en su proceso. Este foco tiene por objeto que los procesos de negociación resulten lo menos costosos posibles y no sólo en lo económico-financiero, sino principalmente en costo humano.

En los procesos de negociación colectiva, nos encontramos con conflictos que muchas veces exceden los meros intereses de sus actores directos (sindicatos y agrupaciones de empresas), teniendo en cuenta en gran medida circunstancias que les son ajenas a su poder de decisión y que tienen que ver con avatares económicos, emergencias sociales, decisiones legislativas

---

<sup>1</sup> OIT, *Informe sobre el Diálogo Social 2022. La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenible y resiliente*, 2022, p. 16.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 35.

que modifican regímenes de trabajo y tantos otros factores de tipo más macro, pero que tienen directa incidencia en esa negociación.

Sin embargo y pese a la injerencia de esos factores, no resulta improbable la aplicación de herramientas de negociación que sean de tipo no confrontativas y que tengan un acento puesto más en las personas que en el conflicto.

Asimismo la OIT reconoce que

Es inevitable que los empleadores, sus organizaciones y los sindicatos acudan a la mesa de negociación con intereses diferentes. Los servicios de prevención de conflictos permiten a las partes identificar y resolver sus diferencias. La prevención de conflictos implica el diálogo preventivo para que los conflictos se puedan abordar de manera rápida, justa, pacífica y ordenada. Aún en el contexto de recursos financieros y humanos limitados, la adopción de medidas preventivas es una buena inversión si se considera el costo potencial de los conflictos laborales recurrentes, no solo para los empleadores y los trabajadores sino también para toda la sociedad<sup>3</sup>.

De ese modo, expresamente se registra como primordial el diálogo como factor preventivo de conflictos, la detección temprana de situaciones que puedan desencadenarlos y la mirada más humana para acceder a ello. Es por ello que entendemos que las herramientas que evaluamos en nuestra investigación tienen una posible aplicación en la negociación colectiva, que permita mitigar los costos de la misma, haciendo posible avanzar hacia procesos más integradores.

Las herramientas sobre las que hemos trabajado son traídas desde otras disciplinas distintas al Derecho, pero esa mirada interdisciplinaria es la que le puede brindar al conflicto un marco de prevención y gestión menos costoso.

Con ese ángulo, la misma OIT, ha desarrollado una serie de recomendaciones a las autoridades públicas en torno a la negociación y sus aristas, en las que señala como medidas preventivas para estimular las relaciones laborales cooperativas, al «Ofrecer formación sobre técnicas de negociación colectiva a empleadores y sindicatos, o apoyar sus esfuerzos para desarrollar estas competencias», como modo de promover la efectividad en la conciliación y señala de manera directa que quienes intervengan en la negociación, además de formación técnica en el objeto de negociación (condiciones laborales o salariales y marco jurídico de ellas), debiera tener formación en técnicas de negociación<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> OIT, *Negociación colectiva. Guía de Políticas*, 2016, p. 57.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 58.

Es en esa línea que – reiteramos – entendemos que las herramientas que analizamos a continuación, permitirán obtener resultados más eficaces en la negociación laboral.

#### 4. Herramientas propuestas

Entendemos que el amalgamar conceptos propios de la aplicación de la PNL, la IE y la Psicología Positiva, puede brindar una nueva forma de solucionar y evitar conflictos en las relaciones de trabajo. Reseñamos en el presente una aproximación a la realidad de las relaciones laborales y la negociación colectiva en Argentina, para entender la necesidad de introducir en el mundo del trabajo herramientas que faciliten el diálogo y la comunicación asertiva para prevenir conflictos, resolverlos o reducir – cuanto más sea posible – sus consecuencias negativas.

La íntima vinculación entre los conflictos individuales y el conflicto colectivo dentro del ámbito de las empresas permite conectar la utilización de estas herramientas en ambos casos.

##### 4.1. PNL

La PNL, desarrollada por John Grinder y Richard Bandler, es un conjunto de herramientas y técnicas que permite entender cómo las personas interpretan la información que reciben del entorno, en función de sus modelos mentales. Las personas piensan, actúan y se comunican con los demás en función de esa interpretación y la PNL nos propone estrategias para desarrollar habilidades cognitivas que nos permitan generar cambios en nuestra forma de pensar, sentir y actuar; para mejorar nuestras relaciones y calidad de vida.

Para poder cambiar es necesario primero tener claro cuál es nuestro estado actual y a dónde queremos llegar<sup>5</sup>. Sin embargo, nuestro estado interno puede llegar a bloquear la posibilidad de cambio. El estado interno involucra nuestras creencias y estados emocionales, que se encuentran totalmente relacionados, ya que lo que pensamos dispara nuestras emociones y éstas desencadenan determinados comportamientos, los que a su vez refuerzan esas creencias y nuevamente las mismas emociones.

Las creencias tienen que ver con la forma en que percibimos el mundo que

---

<sup>5</sup> Vid. R. DILTS, T. HALLBOM, S. SMITH, *PNL. Identificación y cambio de creencias. Un camino hacia la salud y el bienestar*, Urano, 1998.

nos rodea y que se encuentra condicionada por nuestros *modelos mentales*. ¿A qué hacemos referencia? Las personas percibimos lo externo a nosotros a través de nuestros canales sensoriales o sentidos, pero al hacerlo aplicamos lo que se denominan filtros perceptuales que se encuentran relacionados con diversas variables: la familia en la que nacimos, la educación que recibimos, nuestras amistades, las experiencias que vamos teniendo, nuestros valores, la cultura a la cual pertenecemos, etc. Estos filtros condicionan la conformación de nuestro modelo mental y por lo tanto nuestras creencias y la forma de ver el mundo. Es por eso que cada individuo puede reaccionar de manera diferente ante la misma situación, porque la percibe de una manera distinta, de acuerdo a su modelo mental. Según Valledor Duco<sup>6</sup>

La mayoría de la gente, ante una emoción negativa, como el miedo, la tristeza, la duda, la angustia, la frustración, desencadena un diálogo interno negativo que limita su capacidad de acción. El resultado de la acción suele no ser satisfactorio y el círculo se refuerza.

Nuestros estados internos resultan entonces más que importantes ya que determinan nuestras acciones y por lo tanto los resultados que podemos obtener. Es decir que debemos sintonizar el estado interno que nos permita llegar al resultado que queremos obtener.

¿Cómo funciona nuestro cerebro? Cuando un pensamiento aparece, se dispara en el cerebro una tormenta de infoenergía y una experiencia interna en forma de emoción sucede en nuestro cuerpo<sup>7</sup>. Cuando repetimos ese pensamiento, se repiten los estados emocionales y esas emociones se van afianzando en el cerebro, haciéndonos “adictos” a ese patrón. Así creamos un sistema de atracción de determinadas situaciones, ya que nos disparan las emociones que forman parte de dicho patrón.

La PNL también estudia la comunicación entre las personas y plantea que el efecto del mensaje depende además de factores ajenos al mismo. Aquí entran a jugar también los estados internos del emisor y del receptor así como su forma de receptar y procesar la información. Cuando recibimos información, realizamos una selección de esos estímulos – muchas veces de manera inconsciente – y la interpretamos de acuerdo a nuestro modelo mental. Pero en esa selección también influye el canal sensorial que privilegiamos sobre el resto, por eso es importante reconocer cuál es ese

---

<sup>6</sup> J.M. VALLEDOR DUCO, *Cómo usar la PNL para ser más efectivo en su trabajo*, Master en Dirección de Empresas, Universidad del CEMA, 2001, p. 25.

<sup>7</sup> *Vid.* el material de clases del Diplomado en *Coaching Neurobiológico* de 2019 de la Escuela Americana de Coaching Neurobiológico.

canal para entender la forma que tenemos de procesar la información. Las personas utilizamos uno de estos tres canales o a veces la combinación de más de uno:

- *visual*. La persona piensa o recuerda con imágenes. Por tal motivo presta más atención a las formas, los colores, paisajes y detalles que se visualizan. Tal vez no recuerde precisamente una conversación pero sí a la persona con quien la tuvo;
- *auditivo*. La persona piensa o recuerda con sonidos. Se presta atención o se recuerda la voz de una persona y lo que dijo, algún sonido ambiental o de la naturaleza, ruidos, etc.;
- *kinestésico*. Es el que procesa la información a través de sensaciones físicas como las percibidas a través del tacto, gusto y olfato. O también a través de sensaciones internas. Por eso estas personas se expresan mucho con el cuerpo o buscan el contacto físico al saludar con un abrazo o apretón de manos.

Por ello aprender a modelar la comunicación, da lugar al tipo de vínculos que establecemos con los demás. Parafraseando a Chantal<sup>8</sup>, no podemos modificar la forma que tiene nuestro interlocutor de percibir o procesar la información, pero sí la forma de nuestro mensaje para lograr el efecto buscado, es decir que el otro perciba lo que queremos transmitir.

Los seres humanos habitamos en un mundo que es netamente lingüístico y todos sabemos que el lenguaje es la herramienta que utilizan las personas para comunicarse. Los componentes de este mundo del lenguaje son lo que denominamos palabras. Más allá de la interrelación social que connota, el lenguaje es algo mucho más poderoso. Las palabras nos permiten definir objetos, describir situaciones, anunciar acciones, establecer acuerdos, explicar sentimientos y manifestar discrepancias; en definitiva nos permite conectarnos con el mundo y establecer distinciones.

Pero, a pesar de ser el lenguaje una herramienta que no podemos obviar en nuestra vida, no siempre la utilizamos de manera correcta. Si no, basta con pensar cuántos malentendidos se dan en el marco de la comunicación verbal.

¿Por qué sucede esto? Las causas son múltiples: hablamos en base a nuestro modelo mental, habitualmente emitimos juicios y también solemos omitir información. Las sub-modalidades junto con nuestras creencias determinan la forma de comunicarnos. Desde la PNL se plantea que el lenguaje tiene una estructura superficial, que es lo que se dice, y una estructura profunda alojada en el inconsciente. A fin de poder identificar los patrones de lenguaje John Grinder y Richard Bandler desarrollaron una herramienta

---

<sup>8</sup> S. CHANTAL, *La PNL aplicada a la Negociación*, Granica, 1997.



para poder comprender lo que la gente dice: el Metamodelo del Lenguaje. Esta herramienta, nos permite – a partir de preguntas de puntualización – desentrañar estas distorsiones y reunir toda la información necesaria para interpretar correctamente lo dicho.

¿Para qué nos sirve el poder interpretar el sentido de las palabras? Nos permite comprender cabalmente lo que el otro nos dice, nos permite identificar creencias limitantes para lograr acuerdos o solucionar conflictos que se generan a través de malos entendidos. También nos da la posibilidad de ayudar a otros a revisar sus creencias, establecer empatía y por qué no, abrir nuevas posibilidades.

Sin embargo, en la comunicación debemos tener en cuenta otros aspectos, ya que en realidad no se produce únicamente a través del lenguaje. De hecho, de acuerdo a las investigaciones de Albert Mehrabian, comunicamos solamente un 7% de nuestro mensaje a través del lenguaje; mientras que un 38% lo hacemos a través de las características vocales y un 55% por medio de los gestos. La correspondencia entre lo que se dice, cómo se dice y con qué gestos se acompaña, es lo que otorga coherencia al mensaje. Dentro de la comunicación no verbal encontramos la técnica del *rapport*. La misma implica el manejo del lenguaje corporal junto con el verbal y se utiliza para generar un clima de confianza. El *rapport* consiste en acompasarse con el otro, tratando de igualar la respiración y tono de voz, reflejar su postura y utilizar los mismos parámetros lingüísticos. A través de esta técnica se logra establecer sintonía con el otro con el objetivo de entenderlo mejor y que nos entienda.

Pero no debemos olvidar que en la comunicación no solamente transmitimos información sino también la recibimos. Y es donde adquiere vital importancia el concepto de la *escucha*. Habitualmente escuchamos en función del contexto de la conversación, pero también de nuestros modelos mentales y las creencias limitantes. Es así que los autores coinciden en que escuchar no es oír y que el acto de escuchar involucra comprensión y por lo tanto interpretación. Allí es donde reside el aspecto activo de la escucha. La práctica de la escucha activa de manera consciente nos permite la apertura hacia el otro y por lo tanto su aceptación como ser humano.

La escucha colabora en entender el estado emocional del otro y poder enfocarnos en sus intereses y abrir la comprensión al para qué de su pretensión. Cuando somos capaces de entender ese “para qué” abrimos la posibilidad de encontrar un punto en común que colabore en la resolución del conflicto.

## 4.2. IE

La IE se refiere a las aptitudes para reconocer y regular las emociones en nosotros mismos y en los demás. Puede considerarse que se asienta sobre distintos componentes: autoconocimiento (conocimiento de cómo nos sentimos), autogestión (capacidad para regular influencias inquietantes, como ansiedad e ira, y para inhibir la impulsividad emocional), automotivación (habilidad para realizar las cosas por sí mismo), conciencia social (o habilidades sociales), empatía (capacidad de ponerse en el lugar de la otra persona), asertividad (defender las propias ideas, aceptar y enfrentar los conflictos), proactividad, creatividad y gestión de las relaciones<sup>9</sup>.

En esa línea, una competencia emocional puede entenderse como «capacidad adquirida basada en la inteligencia emocional que da lugar a un desempeño laboral sobresaliente»<sup>10</sup>.

Las competencias emocionales son aptitudes que se aprenden y aprehenden, porque además de conocerlas, las incorporamos y las entrenamos.

Frente a los conflictos que puedan suscitarse o los cambios que se generan en el ámbito de la empresa, las herramientas sobre las que hemos desarrollado el presente trabajo, nos permiten tomar contacto con la necesidad de que todos, quienes se desenvuelven en el ámbito de las relaciones del trabajo, posean habilidades más allá de las técnicas y adquieran mayor contacto con sus propias emociones y necesidades. Por ello se ha señalado que resulta primordial que las personas puedan ser conscientes y manejar sus propias sensaciones de ansiedad e incerteza frente a diversas situaciones que en dicho ámbito se les puedan presentar<sup>11</sup>, pero además deben ser conscientes de las reacciones emocionales de otros miembros de la organización y actuar para ayudar a la gente a lidiar con dichas reacciones.

Goleman y Cherniss<sup>12</sup> efectúan un desarrollo de cómo la IE en los líderes de las organizaciones tiene especial importancia en la eficacia organizacional, así es que han señalado que «la inteligencia emocional les permite afinar las intuiciones más acertadas y útiles a la hora de tomar decisiones difíciles» y que ello tiene injerencia en distintas etapas de las

---

<sup>9</sup> Vid. M. GARCÍA-FERNÁNDEZ, S.I. GIMÉNEZ-MAS, [La inteligencia emocional y sus principales modelos: propuesta de un modelo integrador](#), en *Espiral*, 2010, n. 6.

<sup>10</sup> D. GOLEMAN, *La práctica de la inteligencia emocional*, Kairós, 1998, p. 33.

<sup>11</sup> Vid. K.A. BUNKER, *The power of vulnerability in contemporary leadership*, en *Consulting Psychology Journal*, 1997, vol. 49, n. 2.

<sup>12</sup> D. GOLEMAN, C. CHERNISS, *Inteligencia emocional en el trabajo. Cómo seleccionar y mejorar la inteligencia emocional en individuos, grupos y organizaciones*, Kairós, 2001, p. 42.

relaciones laborales y de tipo humano que se generan a consecuencia de ello.

Algunas situaciones de conflicto que se presentan en el ámbito del trabajo son resultado de la implicancia de las emociones y su manejo inadecuado desde lo personal y lo intrapersonal<sup>13</sup>, por ello es que la IE y sus dimensiones permiten a las partes involucradas poder sortear esos conflictos o al menos poder manejarlos de la manera menos perjudicial posible.

La PNL también realiza su aporte para la consecución de la IE. Citando a Chantal:

Antes de construir nuestra respuesta, nuestro cerebro está estimulado por una infinidad de micro informaciones que engendran sensaciones positivas o negativas (Ei+ o Ei-), que a su vez provocan pensamientos, procesos mentales internos, positivos o negativos (Pi+ o Pi-), los cuales desencadenan nuestros comportamientos. Es entonces importante poder actuar sobre nuestros estados internos ya que el tratamiento que nuestro cerebro hace de la información depende de la calidad de esos mismos estados internos<sup>14</sup>.

Por ello es importante incorporar la habilidad de desarrollar estados internos positivos que nos permitan un manejo inteligente de las emociones y la generación de creencias positivas que promuevan acciones en el mismo sentido, reforzando así un círculo virtuoso que promueve un cambio positivo.

### 4.3. Psicología Positiva

La Psicología Positiva emerge como una corriente con el foco en la incorporación de emociones positivas como la base del bienestar.

Ha sido Seligman quien ha efectuado el mayor desarrollo de ella, expresando que «La ampliación y el desarrollo positivo son las características básicas de un encuentro de victoria-victoria»<sup>15</sup>. El encuentro victoria-victoria de Seligman resulta similar al ganar-ganar perseguido en toda negociación, donde el objetivo es que a partir de resultados positivos para todas las partes, se logren acuerdos efectivos y sostenibles en el tiempo.

---

<sup>13</sup> Vid. Á. SOLANO GÓMEZ, *Inteligencia emocional en el trabajo: sus implicaciones y el rol de la psicología laboral*, en *Humanitas*, 2013, n. 10.

<sup>14</sup> S. CHANTAL, *op. cit.*, p. 5.

<sup>15</sup> M.E.P. SELIGMAN, *La auténtica felicidad*, Vergara, 2006, p. 68.

Allí es donde entendemos realiza su aporte el modelo PERMA de Seligman al incorporar en las organizaciones la aplicación de los cinco ejes del modelo: *Positive emotions* (emociones positivas), *Engagement* (compromiso), *Relationship* (relaciones), *Meaning* (sentido) y *Accomplishment* (logros).

### *Positive emotions (emociones positivas)*

Sabemos que las emociones son señales que nos permiten realizar un proceso adaptativo cuyo fin principal es la supervivencia. Las emociones impactan en nuestro sistema celular pudiendo modificarlo y por lo tanto las emociones positivas mejoran nuestros recursos al generar estados subjetivos agradables y ampliando nuestra capacidad de atención y recursos cognitivos. Desde este modelo se plantea que no es lo mismo reducir emociones desagradables o gestionarlas para minimizar su impacto, que experimentar emociones positivas que permiten ampliar nuestra conciencia y experimentar bienestar. Consideramos que este eje plantea un valor agregado complementando la PNL y la IE para poder avanzar en un paso más que facilite la generación de entendimiento entre las partes a partir de la mejora de sus recursos internos.

### *Engagement (compromiso)*

Desde esta disciplina lo que caracteriza al *engagement* es el estado de *flow* o fluir. Al mismo se llega cuando el individuo se encuentra absorto en lo que realiza, con un alto nivel de concentración. Y este estado se caracteriza por el hecho que para quien lo experimenta desaparece el tiempo y se diluye el yo. Todo lo cual potencia las habilidades en la actividad que se está llevando a cabo y favorece un rendimiento óptimo. Si en las organizaciones logramos este fluir en los individuos, consideramos es una forma más de generar un entorno propicio para el desarrollo positivo en el ámbito del trabajo, lo cual favorece el buen clima laboral.

### *Relationship (relaciones)*

Los seres humanos somos seres sociales y por naturaleza no nacimos para estar aislados, por ello las relaciones son necesarias para el bienestar. Desde este modelo, se plantea la necesidad de vínculos y relaciones positivas, lo cual tiene estrecha relación con nuestro desarrollo. A su vez, para generar relaciones positivas necesitamos poder gestionar nuestras emociones, pero también poder hacer foco en nuestras conversaciones, activar la escucha y poder ser empáticos con los demás. Si logramos construir relaciones

positivas desde el diálogo y el entendimiento, éstas pueden resultar un insumo positivo para que en el ámbito de la negociación logremos mejores resultados.

### *Meaning (sentido)*

Cuando el individuo puede otorgar sentido a lo que hace, se genera la sensación de trascendencia. El sentido permite plantearse un propósito, sentir la conexión con algo superior y darle valor a la vida. Por eso este eje está íntimamente ligado al siguiente.

### *Accomplishment (logros)*

Cuando las personas pueden alcanzar sus metas, sienten satisfacción. Pero en muchos casos también ese logro convalida el propósito que abrazaron y eso le otorga sentido a lo que hacen. Sentido y logro promueven bienestar y retroalimentan el compromiso.

Ningún elemento define por sí solo el bienestar, pero cada uno de ellos contribuye a alcanzarlo<sup>16</sup>.

En este sentido, incorporar prácticas para promover el bienestar de las personas en las organizaciones, se ha comprobado que tiene numerosos beneficios como: disminución del estrés y enfermedades en general, mayor compromiso, mejores resultados y sentido de pertenencia, entre otros. Y experimentar emociones positivas no solamente resulta más agradable sino que mejora en las personas la forma de relacionarse – y aquí conectamos con el eje de relaciones positivas –, lo cual podría plantearse como un factor capaz de resolver y también disminuir conflictos. El *engagement* o compromiso se relaciona con el bienestar de la persona pero también con su rendimiento. Y cuando las personas encuentran sentido a lo que hacen, se generan sensaciones de trascendencia y logro, lo cual impacta directamente en su bienestar.

La aplicación de estos principios en las organizaciones y en la relación de éstas con sus integrantes, promueve la calidad de vida y el bienestar en el trabajo, lo cual claramente puede impactar de forma directa en la prevención de los conflictos o en un camino más fácil para resolver los que se presentan y negociar colectivamente con un objetivo superador, en la búsqueda de ese ganar-ganar que favorezca a todas las partes involucradas.

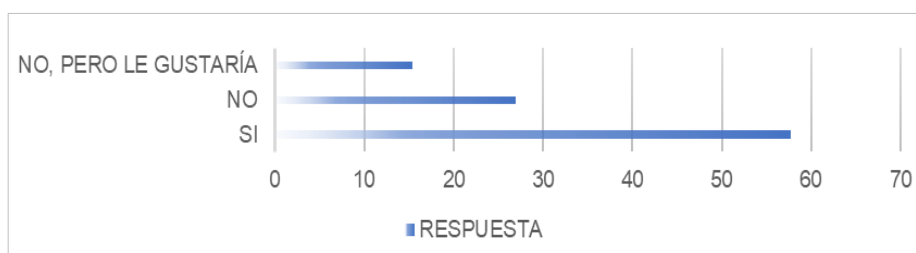
---

<sup>16</sup> M.E.P. SELIGMAN, *Florecer. La nueva psicología positiva y la búsqueda de bienestar*, Océano, 2014, p. 101.

## 5. Encuestas y conclusiones

Las encuestas realizadas como parte de nuestro trabajo de campo en la verificación de la praxis empresarial sobre la cual comenzamos a trabajar, nos permitieron tomar contacto con la realidad de empresas situadas en Argentina. La primera etapa arrojó como resultado que el 42% de las empresas cuenta con un área de resolución de conflictos, y el 55% recurre al diálogo como primera medida; lo cual, si bien muestra una brecha que todavía es necesario trabajar, marca una tendencia en el desarrollo de competencias que promuevan la mejor solución de conflictos.

**Gráfico 1** – Área de resolución de conflictos



Sin embargo, esta realidad en Argentina encuentra disímil recepción según la actividad de la empresa y sus modalidades de trabajo. Así es que las empresas que sostienen modos de trabajo más conservadores (horarios fijos, licencias sólo de tipo legal, beneficios correspondientes sólo a disposiciones convencionales o legales del trabajo), son las que menor atención ponen en la resolución de conflictos; mientras que aquellas que otorgan mayor flexibilidad (de jornada, modalidad de trabajo, otorgamiento de licencias extras, premios, beneficios adicionales, etc.) son las que mayor atención ponen a la negociación y a la formación de su propio personal en herramientas para mejorar la comunicación.

Esta modalidad de gestionar las relaciones intra-empresariales, se refleja en el modo en que tanto la empresa como sus dependientes se presentan ante el conflicto de tipo colectivo. Por caso, las empresas que mayor flexibilidad tienen en sus estructuras de trabajo y mayor énfasis ponen en el bienestar de sus dependientes y en la resolución de sus conflictos, son las que a priori, forman parte de las actividades que menor conflictividad tienen a nivel colectivo. Por mencionar un supuesto, la actividad de programación y desarrollo de software en la Argentina no se encuentra sindicalizada per se,

sino que sus dependientes se encuentran en lo que llamamos “fuera de convenio”, con una casi nula participación en conflictos colectivos; y son las que en general otorgan mayores flexibilizaciones de horario, lugar físico de trabajo y beneficios.

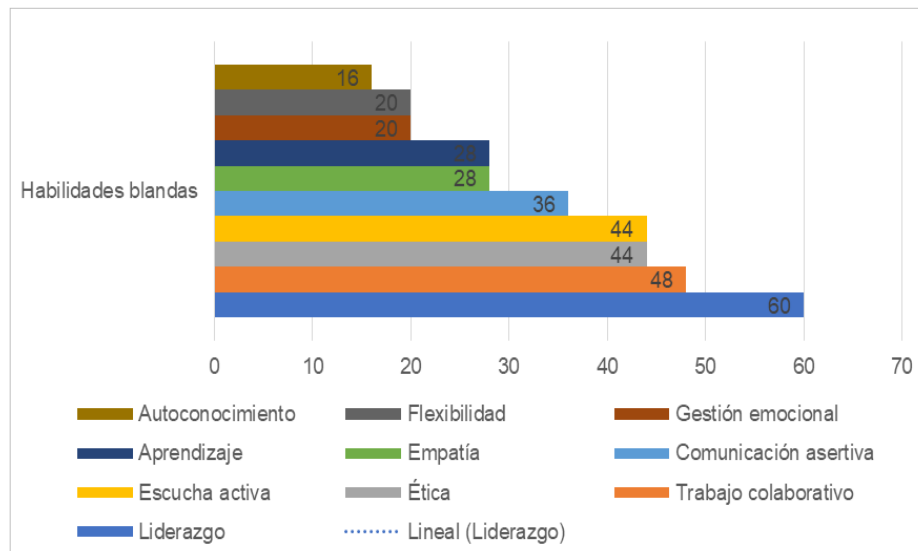
Lo cierto, es que desde el inicio de la pandemia por SARS-CoV-2 muchas empresas mutaron su modalidad de trabajo al home office o modalidad mixta, advirtiendo los beneficios de dicha modalidad y de la flexibilización de horarios de trabajo. Sin embargo, antes de esta situación, algunas empresas de tecnología ya aplicaban dichas modalidades y hacían foco en el bienestar subjetivo de sus dependientes, lo que las llevó a disminuir sustancialmente los conflictos intra-empresariales y también a nivel colectivo. Este ejemplo nos lleva a poder conectar con la idea de cómo la utilización de herramientas de negociación de tipo positivas, con el foco en la prevención dentro del ámbito de las empresas, permite transpolar ese concepto a las negociaciones laborales que se suscitan a nivel colectivo.

Es importante destacar, que de las empresas que hasta el momento no priorizaban el bienestar de sus empleados, la mayoría sin embargo reconoce que el malestar de los trabajadores se encuentra directamente relacionado con la promoción de conflictos laborales. En el mismo sentido, de las empresas que no cuentan con un área de resolución de conflictos, casi la mitad lo considera necesario.

Consultadas las empresas sobre si consideran que los acuerdos a los que llegan tienen efectos duraderos, el 80% señaló que sí y preguntados, sobre las razones, surgieron respuestas como “se piensa en términos de sustentabilidad en todas las relaciones con los *stakeholders* y bajo una mirada de colaboración y de co-construcción de acuerdos”, “porque generalmente se trata de conciliar intereses, no posiciones”, “porque se pone foco en las personas y sus necesidades buscando un punto de encuentro”.

Por otra parte, ante la consulta de ¿qué consideran prioritario atender ante un conflicto? la mayoría de las respuestas apuntaron a la causa, las personas involucradas y los intereses de las partes. Estas respuestas se encuentran en consonancia con las que surgen cuando se consulta qué otras habilidades buscan que tenga su personal además de las competencias técnicas y en cuáles las capacitan. Destacamos que las respuestas se concentraron en liderazgo, trabajo colaborativo, ética, escucha activa y comunicación asertiva.

**Gráfico 2** – Habilidades blandas



Todas habilidades que permiten ir más allá del conflicto en sí mismo y poder penetrar en las personas involucradas, sus intereses, sus posiciones. La mayoría de las empresas coincidieron que el malestar personal de sus trabajadores provoca situaciones de conflicto en el ámbito laboral, incluso cuando éstos tengan como fundamento y/o base un problema familiar o ajeno al ambiente de trabajo. Y consultadas sobre qué estrategia toma la empresa ante un conflicto, el 80% de las empresas encuestadas refirió que se busca “escuchar a la otra parte”.

Respecto a cómo creen las empresas que la gestión emocional para la resolución de conflictos incide en los mismos, algunas empresas destacaron que ello ayuda para desactivar conflictos, para lograr una solución duradera y aceptada, que otorga un marco para escuchar a la otra parte, generando espacios de reflexión y de aprendizaje, ayudando a las personas a manejar sus emociones.

Frente a la pregunta “¿se aplican los conceptos de escucha activa, gestión emocional y Psicología Positiva en las relaciones sindicales?”, el 32% contestó que sí, mientras que el 68% contestó que no. A las empresas que se manifestaron en sentido negativo se les realizó la pregunta “¿considera que sería importante introducir su aplicación?”, a lo que el 78,3% respondió afirmativamente.

También consultamos a psicólogos organizacionales con experiencia en participación en conflictos y el 58% de los encuestados plantearon como causas de conflictos los determinantes psicológicos. Por otra parte, el 98%



consideró que las posiciones rígidas y autoritarias, las fallas en la comunicación y las emociones negativas son variables que inciden directamente de manera negativa en la resolución de los conflictos.

Por último, más de la mitad de los encuestados sostuvo que la IE y mantener relaciones positivas, colabora en la resolución de los conflictos.

Lo visto hasta aquí también se encuentra en consonancia con lo que indicaron los trabajadores encuestados, ya que más del 60% afirmó que las emociones positivas mejoran el ambiente laboral. Y ya indicamos que un buen clima laboral previene conflictos o colabora más fácilmente en la resolución de los mismos.

Si a los resultados analizados sumamos que casi el 100% de las empresas encuestadas consideran que la IE y las emociones positivas pueden aportar valor agregado en la resolución de conflictos en el ámbito laboral, podemos afirmar que estamos en el camino correcto para trabajar sobre la brecha existente entre las negociaciones colectivas que se vienen desarrollando de manera tradicional y las negociaciones colectivas que son necesarias en el mundo actual. Necesidad inclusive planteada de alguna manera por la OIT en su propuesta de lograr una negociación de tipo integradora.

Ello nos lleva a plantear la necesaria transformación de un enfoque reactivo/defensivo a uno preventivo/proyectual, y de métodos conflictivos a otros más participativos que generen beneficios para todas las partes (ganar-ganar), como una evolución imprescindible de la negociación colectiva en un mundo laboral moderno y dinámico.

Si las personas podemos modificar nuestros pensamientos y emociones que nos permitan llevar adelante acciones para evitar o resolver conflictos, esto nos permitirá en un ámbito de negociación, el logro de acuerdos más efectivos y duraderos.

Tal vez para lograrlo, deberíamos plantearnos algunos interrogantes:

- ¿cómo podríamos promover una mayor utilización de estas herramientas de manera directa en la negociación colectiva?;
- ¿sería viable rediseñar el procedimiento de resolución de conflictos incorporando en la legislación de base una instancia de negociación que incluya las herramientas propuestas?;
- ¿tendrían que integrarse los organismos intervinientes en conflictos colectivos (autoridades administrativas, poder judicial, por caso) de manera multidisciplinaria?;
- ¿tendría que complementarse la formación de operadores jurídicos con estas nuevas herramientas?

Más allá de estos interrogantes, estamos convencidas que este es un camino que puede contribuir a humanizar el mundo del trabajo y acercar a las partes previniendo y resolviendo conflictos, para lograr acuerdos efectivos y

sostenibles. Por lo que también consideramos puede resultar un aporte para trabajar en la construcción de una sociedad más equilibrada y más pacífica donde sea posible el consenso.

## 6. Bibliografía

- BIEDMA-FERRER J.M. (2021), *Inteligencia emocional: influencia en la gestión de los recursos humanos en las organizaciones*, en *Revista GEON*, n. 1, pp. 1-17
- BRONSTEIN A.S. (2018), *Elementos estratégicos de la negociación colectiva: un panorama comparativo*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, n. 1
- BUNKER K.A. (1997), *The power of vulnerability in contemporary leadership*, en *Consulting Psychology Journal*, vol. 49, n. 2, pp. 122-136
- CHANTAL S. (1997), *La PNL aplicada a la Negociación*, Granica
- CORBERA E., BATLLÓ M. (2014), *Tratado en bioneuroemoción. Bases biológicas para el cambio de consciencia*, El Grano de Mostaza
- CUADRA H., FLORENZANO R. (2003), *El Bienestar Subjetivo: Hacia una Psicología Positiva*, en *Revista de Psicología*, n. 1, pp. 83-96
- DILTS R., HALLBOM T., SMITH S. (1998), *PNL. Identificación y cambio de creencias. Un camino hacia la salud y el bienestar*, Urano
- FIENCO VALENICA G., ITÚRBURO SALAZAR J. (2012), *La inteligencia emocional en el éxito empresarial. Potenciación del proceso supply chain*, Universidad Politécnica Salesiana
- FIERRO ULLOA I.J. (2013), *Comportamiento Organizacional Positivo: Implicaciones Para La Organización Actual*, en *Saber. Ciencia y Libertad*, n. 2, pp. 103-111
- GABINI S. (2018), *Felicidad en el trabajo: breve actualización desde la psicología positiva*, en *Revista de Psicología*, n. 27, pp. 69-75
- GARCÍA-FERNÁNDEZ M., GIMÉNEZ-MAS S.I. (2010), *La inteligencia emocional y sus principales modelos: propuesta de un modelo integrador*, en *Espiral*, n. 6, pp. 43-52
- GOLEMAN D. (1998), *La práctica de la inteligencia emocional*, Kairós
- GOLEMAN D. (1995), *La inteligencia emocional*, Kairós
- GOLEMAN D., CHERNISS C. (2001), *Inteligencia emocional en el trabajo. Cómo seleccionar y mejorar la inteligencia emocional en individuos, grupos y organizaciones*, Kairós
- GONZÁLEZ ZÚÑIGA GODOY C. (2004), *La psicología positiva: un cambio en nuestro enfoque patológico clásico*, en *Liberabit*, n. 10, pp. 82-88
- MARSOLIER R., APARICIO M. (2011), *El bienestar psicológico en el trabajo y su vinculación con el afrontamiento en situaciones conflictivas*, en *Psicoperspectivas*, n. 1, pp. 209-220

- MAYER J.D., SALOVEY P., CARUSO D. (2000), *Models of Emotional Intelligence*, en R.J. STERNBERG (ed.), *Handbook of Intelligence*, Cambridge University Press
- MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2021), [\*Estado de la negociación colectiva. Segundo Trimestre de 2021\*](#)
- OIT (2022), [\*Informe sobre el Diálogo Social 2022. La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenible y resiliente\*](#)
- OIT (2016), [\*Negociación colectiva. Guía de Políticas\*](#)
- RICO RICO C.A. (2002), [\*La inteligencia emocional en el trabajo. De Hendrie Weisinger\*](#), en *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, n. 2, pp. 101-104
- RYBACK D. (1998), *Trabaje con su inteligencia. Los factores emocionales al servicio de la gestión empresarial y el liderazgo efectivo*, Edaf
- SELIGMAN M.E.P. (2014), *Florecer. La nueva psicología positiva y la búsqueda de bienestar*, Océano
- SELIGMAN M.E.P. (2006), *La auténtica felicidad*, Vergara
- SOLANO GÓMEZ Á. (2013), [\*Inteligencia emocional en el trabajo: sus implicaciones y el rol de la psicología laboral\*](#), en *Humanitas*, n. 10, pp. 201-214
- VALLEDOR DUCO J.M. (2001), [\*Cómo usar la PNL para ser más efectivo en su trabajo\*](#), Master en Dirección de Empresas, Universidad del CEMA
- WEISINGER H. (1998), *Emotional Intelligence at Work. The Untapped Edge for Success*, Jossey-Bass

# El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales

Lucía ARAGÜEZ VALENZUELA\*

---

**RESUMEN:** Los algoritmos digitales corresponden a una realidad cada vez más asentada a nivel empresarial en el ordenamiento jurídico español. Esto nos hace reflexionar acerca de los posibles vacíos o lagunas existentes en aras de proteger jurídicamente a la persona trabajadora y, sobre todo, al papel de los representantes de los trabajadores en la materia, siendo necesario el fomento e impulso de la negociación colectiva para evitar la aparición de posibles situaciones discriminatorias en el entorno de trabajo ante la toma automatizada de decisiones empresariales. Por consiguiente, en el presente trabajo reflexionaremos sobre estos extremos, detectando así los nuevos retos existentes en el Derecho del Trabajo y el impulso que debiera tener la negociación colectiva y el dialogo social en la materia para garantizar los derechos más básicos de las personas trabajadoras.

*Palabras clave:* Algoritmos, justicia, discriminación, información, representantes de los trabajadores, negociación colectiva.

**SUMARIO:** 1. La aplicabilidad de los algoritmos digitales en el mundo del trabajo. 2. El insuficiente reforzamiento normativo en el ordenamiento jurídico español. 3. Los representantes de los trabajadores y la necesidad de potenciar la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones. 4. Reflexiones finales. 5. Bibliografía.

---

\* Profesora Ayudante Doctora, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

## The Role of Workers' Representatives and Collective Bargaining in the Face of Automated Corporate Decision Making Through Digital Algorithms

---

**ABSTRACT:** Digital algorithms correspond to an increasingly established reality at the corporate level in the Spanish legal system. This makes us reflect on the possible loopholes in existing justice in order to legally protect the worker and, above all, the role of workers' representatives in the matter, being necessary to promote and encourage collective bargaining to avoid the emergence of possible discriminatory situations in the work environment in the face of automated business decision-making. Consequently, in this paper we will reflect on these points, thus detecting the new challenges existing in Labour Law and the impulse that collective bargaining and social dialogue should have in this area in order to guarantee the most basic rights of workers.

*Key Words:* Algorithms, justice, discrimination, information, workers' representatives, collective bargaining.

## 1. La aplicabilidad de los algoritmos digitales en el mundo del trabajo

Las tecnologías de la información y de la comunicación es una realidad cada vez más fomentado en el ámbito empresarial, puesto que ello hace que las empresas sean consideradas más competitivas. Así, la incorporación del factor tecnológico ha conllevado la aparición de nuevas formas de trabajo y de relacionarse, creando espacios virtuales de comunicación y de prestación del trabajo. Resultan ser así diversos los instrumentos utilizados a nivel empresarial para el desempeño de la actividad laboral, pero concretamente debemos hacer una especial referencia a la denominada inteligencia artificial (IA) y los algoritmos digitales aplicados en el mundo del trabajo.

Ambas tecnologías (IA y algoritmos digitales) resultan ser ciertamente novedosas, habiéndose incorporado al mundo del trabajo de manera irreversible. Y, en vista de mejorar la comprensión de ambos instrumentos, resulta necesario efectuar una especial reflexión a estas herramientas ya que, más allá de la escasa normativa existente en la materia, resulta inquietante para la doctrina laboralista los nuevos escenarios que la aplicación de esta tecnología genera en el Derecho del Trabajo y, más concretamente, a lo que se refiere a garantizar la protección jurídica de las personas trabajadoras.

Podemos decir que la IA es la disciplina que trata de crear sistemas capaces de aprender y razonar como si de un ser humano se tratase, debido a un proceso de aprendizaje de la maquinaria que se caracteriza por la experiencia en el procesamiento de datos y el contraste de cierta información mediante estudios estadísticos y probabilidades. Con ello, se pretende la simulación de la inteligencia humana por parte de las máquinas, ofreciéndoles capacidad de razonamiento ante posibles preguntas planteadas por la propia empresa. Por otro lado, el algoritmo es considerado un procedimiento sistemático y efectivo para resolver un problema planteado por la empresa mediante la composición de una serie de números basados en el procesamiento de datos – de carácter personal o no – de las personas trabajadoras. Para ello se requiere que la empresa indique claramente unas instrucciones que deben estar bien definidas para operar sobre un tipo concreto de datos que aportan una solución – generalmente matemática – a todos los casos analizados<sup>1</sup>. De esta manera, el algoritmo consiste en la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, procedentes de diferentes fuentes con el fin de generar correlaciones,

---

<sup>1</sup> Vid. L. BENÍTEZ EYZAGUIRRE, *Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género*, en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 2019, n. 3.

tendencias y patrones<sup>2</sup>.

El uso de esta tecnología se realiza a través del *big data*, donde las empresas pretenden cotejar una serie de datos de las personas trabajadoras para crear un “perfil virtualizado” de los mismos que los “encasille” en un lugar u otro atendiendo a su comportamiento y el procesamiento de los datos por parte de la maquinaria.

En concreto, la [\*Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral\*](#) del Ministerio de Trabajo define los algoritmos como un «conjunto ordenado y finito de operaciones o reglas que permite hallar la solución de un problema, que puede implementarse o no a través de programas informáticos»; y los sistemas de decisión automatizada como un «proceso automatizado mediante el uso de datos y algoritmos para optimizar la toma de una decisión» (§ 2.1). Con ello, podemos decir que la misión del algoritmo no es el cálculo de una solución exacta o precisa, sobre todo porque se puede convertir en inalcanzable en muchos casos; sino que está más próxima a facilitar una respuesta a las empresas atendiendo a las probabilidades establecidas en el proceso de aprendizaje.

Las empresas utilizan estos algoritmos digitales para tomar ciertas decisiones – más o menos relevantes –, que pueden afectar – de manera directa o indirecta – a la persona trabajadora. Algunas de estas decisiones pueden consistir en determinar qué trabajador es el más efectivo (en el caso de que la empresa se esté cuestionando, por ejemplo, realizar un ascenso), cuál de todos ellos tiene un rendimiento menor (cuando la empresa pretenda reducir costes y despedir a una parte de la mano de obra), qué perfil es el más idóneo atendiendo a las necesidades empresariales contratar (en el supuesto de iniciar la empresa un proceso de selección), entre otros aspectos. De tal manera, cada vez resulta más habitual que las empresas recurran esta tecnología para controlar las actitudes de las personas trabajadoras y tomar decisiones de una manera “más objetiva”, aún cuando ello pudiera conllevar a criterios como la arbitrariedad<sup>3</sup>.

En principio, centrándonos así en el papel de los algoritmos digitales en el mercado de trabajo, podemos decir que el mismo trata de aportar, en principio, una información “objetiva” al empresario sobre un hecho concreto. De tal manera, es cierto que antes nos encontrábamos con un control más personal, donde era necesaria la presencia física del empresario para vigilar y controlar el comportamiento de las personas trabajadoras. Sin

<sup>2</sup> Vid. J. BECERRA (dir.), [\*Derecho y big data\*](#), Universidad Católica de Colombia, 2018, p. 39.

<sup>3</sup> Vid. M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA, [\*El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores\*](#), en [\*Revista Jurídica de Castilla y León\*](#), 2004, n. 2, p. 179.

embargo, ahora, con la incorporación del elemento tecnológico, este control se ha visto sustituido por la maquinaria, la cual puede pasar más desapercibida para la propia persona trabajadora. Estas modificaciones en la manera de vigilar implican en cualquier caso un control empresarial más incisivo<sup>4</sup>.

De hecho, la empresa puede tomar decisiones disciplinarias ante las respuestas procesadas por el algoritmo atendiendo a los datos recabados, aunque siempre será necesaria cierta intervención humana. Ello nos hace reflexionar no sólo sobre la relevancia de este proceso de aprendizaje del algoritmo, sino sobre todo en la manera en la que ahora parece que se formulan las relaciones interpersonales de índole laboral. Y es que anteriormente nos encontrábamos ante un control más personal, donde se requería una mayor confianza en la persona contratada<sup>5</sup> y en su comportamiento en el desempeño de la actividad laboral; sin embargo, ahora parece que la empresa delega esta confianza no tanto en la persona contratada, sino en los datos recabados a través de una maquinaria (el algoritmo), sin ni siquiera plantearse la empresa posibles errores técnicos o de procesamiento. Así, más allá de la necesidad de una adecuada formulación del algoritmo, es decir, que en ese proceso de aprendizaje se cuiden en exceso los datos introducidos y, sobre todo, que no se introduzcan los mismos bajo parámetros sesgados; parece haberse mermado en cierta medida la confianza depositada hacia la persona trabajadora.

En este punto cabría preguntarse si verdaderamente resulta necesario este exceso de control por parte del empresario hacia la persona trabajadora en la prestación de los servicios. Y es que, además de la importancia que reviste para la formulación del algoritmo el mantenimiento de ciertos aspectos éticos y sociales para su buen funcionamiento, se provocan cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de las personas trabajadoras, derivados de lo que un objeto inanimado indique.

Bajo las consideraciones anteriormente señaladas, debemos indicar que los algoritmos digitales aplicados al mundo del trabajo resultan ser una realidad empresarial cada vez más asentada y que, aunque no pretendamos mantener una visión pesimista de su uso, puesto que resulta evidente la utilidad que de ello se deriva, es necesario reflexionar de una manera más profunda

---

<sup>4</sup> Vid. C. SÁEZ LARA, *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empresario a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, p. 186.

<sup>5</sup> Vid. E. IBÁÑEZ LOZANO, *Manual de Derecho del Trabajo*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, 2006, n. 68, sección *Recensiones*, p. 296.



acerca de su formulación, los retos que pueden presentar en el Derecho del Trabajo y, en general, de la necesidad de potenciar el papel de los representantes para proteger jurídicamente a las personas trabajadoras.

## **2. El insuficiente reforzamiento normativo en el ordenamiento jurídico español**

El uso de algoritmos digitales en el mercado del trabajo implica de una manera u otra el uso y procesamiento por parte de las empresas de datos masivos de las personas trabajadoras. Estos datos están cargados de poder para las empresas, revelando información no sólo de la propia persona trabajadora, sino también de su prestación de trabajo. Con estos datos, las empresas realmente lo que pretenden es crear un perfil de la persona trabajadora y, en su caso, tomar decisiones que, de manera directa o indirecta, afecten a sus condiciones de trabajo.

Por estas razones, los algoritmos digitales se encuentran intrínsecamente relacionados con la protección de datos y toda la normativa que a ello concierne. En este sentido, es necesario realizar una especial mención al Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD) y a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), que la complementa a nivel nacional.

En concreto, el art. 22.1 RGPD establece una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, así «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». Se entiende por tal, conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 RGPD, «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física». No obstante, el apartado 2º del art. 22 señala una serie de excepciones a esta norma. En lo que aquí concierne, se señala expresamente que no se aplicará esta previsión en el caso de que la decisión sea para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, o bien cuando se basa en el consentimiento explícito del interesado. Estas excepciones dejan un amplio

espacio a la implementación de las técnicas y métodos de IA o los algoritmos digitales en el ámbito de la toma de decisiones en la gestión laboral ordinaria o en materia de recursos humanos.

Teniendo muy presente este peligroso escenario, es necesario igualmente señalar el Considerando 63 del RGPD que expresamente indica que «todo interesado debe, por tanto, tener el derecho a conocer y a que se le comuniquen, en particular, los fines para los que se tratan los datos personales, su plazo de tratamiento, sus destinatarios, la lógica implícita en todo tratamiento automático de datos personales y, por lo menos cuando se base en la elaboración de perfiles, las consecuencias de dicho tratamiento». De tal modo, se establecen una serie de garantías que las empresas deben cumplir como, entre otros aspectos, salvaguardar los derechos, libertades y los intereses legítimos del interesado, así como mantener un mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresa su punto de vista y a impugnar la decisión (art. 22.3).

Con anterioridad a la actual normativa laboral que hace referencia a los algoritmos digitales – la cual comentaremos más adelante –, la doctrina laboralista ya venía interpretando en base al RGPD que la empresa, cuando tome decisiones automatizadas, deberá informar sobre los parámetros ha utilizado para alcanzar dicha resolución (art. 5 RGPD) para así mantener un procesamiento de datos legal, justo y transparente<sup>6</sup>. También, los arts. 13.2.f y 14.2.g exigen que cuando el sujeto es objeto de decisiones automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles, el responsable de datos deberá entregar información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

En definitiva, si estamos ante decisiones únicamente automatizadas habrá de garantizarse al interesado el derecho a obtener una intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar su decisión. Y, en este mismo sentido, se pronuncia el art. 64 ET – el cual ha sido recientemente modificado – el cual reconoce el deber de información a los representantes de los trabajadores cuando la empresa establezca «parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». De esta manera, se pretende

---

<sup>6</sup> Vid. R. FERNÁNDEZ VILLARINO, *El derecho ante la inteligencia artificial. A propósito de lo dispuesto en el art. 80.5 del Convenio Colectivo Nacional de la Banca*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2021, n. 4.

dotar de una mayor protección jurídica a la persona trabajadora, siendo necesario, al menos, una mínima intervención humana.

Parece que este derecho de información, que se reconoce a los órganos de representación electivos y unitarios y, por extensión, también a las secciones sindicales representativas y a los delegados sindicales en las grandes empresas, supone un deber correlativo de transparencia algorítmica que pone de manifiesto un control colectivo tanto previo como posterior a su adopción por la empresa para la selección de personal, evaluación del desempeño o determinación de las condiciones de trabajo y su repercusión en la remuneración o en la distribución del tiempo de trabajo<sup>7</sup>.

A título ilustrativo, podemos decir que forma parte de este deber de información toda decisión organizativa o de dirección que implique de alguna manera el uso de estas tecnologías. Del mismo modo se deberá informar de todo ejercicio del poder disciplinario del empleador con uso de estas tecnologías, con independencia de que vaya a recaer o no una infracción muy grave; de los criterios selectivos de contratación y de los correspondientes perfiles que se estructuren en estas tecnologías (aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 64.3 ET)); de la movilidad funcional de la persona trabajadora en tareas inferiores o superiores (art. 39.2 ET); se deberá informar de los criterios de selección a efectos de promoción profesional o de atribución de encargos de trabajo; de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por despidos objetivos cuando no se superen los umbrales que requieren tramitarlos como despidos colectivos; o sanciones impuestas a los trabajadores por faltas muy graves (art. 64.4 ET). También podemos mencionar que se extiende este deber de información en aquellas decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa; eventuales medidas preventivas; reestructuraciones de plantilla; reducciones de jornada; procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que pueda afectar al volumen de empleo; planes de formación profesional; implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo (art. 64.5 ET); elaboración y modificación del registro salarial relativo a la igualdad entre mujeres y hombres; promoción de los trabajadores, entre otros.

Hoy en día, con este reconocimiento del deber de información, parece que

---

<sup>7</sup> Vid. A. BAYLOS GRAU, *L'accidentato viaggio dei riders in Spagna. Analisi della legge 12/2021*, en *Labour & Law Issues*, 2022, n. 1, C., [versión en español](#), p. 12.

se pretenden garantizar los derechos más básicos de las personas trabajadoras; sin embargo, en la práctica, uno de los primeros vacíos de justicia que se presentan es una cierta ineficacia de la norma, puesto que algunas empresas consideran justificada la no información a los representantes de los trabajadores por encontrarnos ante posibles secretos industriales, financieros o comerciales. Sin embargo, lo cierto es que la no revelación de esta información es considerada un verdadero incumplimiento de la empresa, ya que, en realidad, esta información no obstaculiza el funcionamiento de esta.

Parece claro que este argumento empresarial relativo al secreto profesional no es consistente, ya que las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo – incluida la elaboración de perfiles –, no puede afectar al uso de los algoritmos o sistemas de IA que pudieran referir exclusivamente a lo comercial o financiero. Y es que verdaderamente esta información parece conectarse verdaderamente más en lo laboral en el sentido amplio del término, no permitiéndose la negación de esta información a los representantes de los trabajadores.

En este sentido, como puede observarse, aunque verdaderamente la norma pretenda una información clara sobre la gestión algorítmica empresarial, en la práctica, esto puede ocasionar ciertas controversias en el equilibrio de derechos.

Por otro lado, la normativa no resulta ser lo suficientemente clara en lo que respecta a este deber de información empresarial. Y es que, aunque si se evidencia la importancia en informar a los representantes de los trabajadores sobre parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos, no se indica ninguna cuestión adicional en lo que respecta a cómo debiera cumplirse con este deber. En este sentido nos referimos a si la empresa debe comunicar la mera intención de instalar este tipo de tecnología para controlar el comportamiento de los trabajadores o hasta qué punto debiera extenderse esta información (por ejemplo, si debiera comunicarse el código fuente del algoritmo). En este sentido parece que la intención del artículo no consiste únicamente en la obligatoriedad de informar sobre lo decidido por parte de la empresa, sino también en cierta manera de que se expliquen de algún modo las razones a través de las cuales el empresario intelectualmente ha llegado a adoptar esa decisión de controlar el comportamiento de los trabajadores a través de algoritmos. Y es que cuando la norma hace referencia a «los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan» tales procedimientos parece que lo que realmente pretende es que se informe de los criterios acogidos de la empresa y las razones por las que ha decidido llevarlos a cabo, aunque verdaderamente los representantes no formen parte de esa decisión definitiva adoptada. Sin embargo, no dejan de

ser esto meras interpretaciones del precepto normativo, ya que no se considera del todo claro.

Cabría igualmente preguntarse si esta información sólo se ciñe una vez que la decisión ha sido finalmente adoptada o pudiera igualmente extenderse a las fases previas de la decisión definitiva. En este sentido, aunque la norma no lo clarifica, entendemos que los representantes de los trabajadores debieran estar igualmente informados de este periodo inicial más genérico. Y es que en realidad es en esta fase inicial donde se gestan los criterios básicos que podrán ser determinantes, garantizando así la verdadera efectividad de la norma atribuida a los representantes de los trabajadores.

De tal manera, parece que la norma pretende atribuir un derecho de información de carácter omnicomprensivo que podría dar a pensar que abarca a todo; sin embargo, verdaderamente deja algunos aspectos sin precisar suficientemente, lo que podría constituir espacios de concreción sucesiva por parte de la negociación colectiva (sobre estas cuestiones reflexionaremos en el siguiente apartado).

Otra cuestión relacionada con este deber de información pudiera centrarse en qué ocurriría si las empresas deciden encomendar esta fase previa de tratamiento de datos mediante algoritmos digitales y, por ende, de creación de este, a empresas externas para ser posteriormente implementadas (mecanismo de descentralización productiva). En este sentido parece que, si no se informa igualmente a los representantes de los trabajadores de este tipo de cuestiones, se estaría mermando el sentido del precepto normativo. Por tanto, en este caso entendemos que se debiera extender esta información previa también a los representantes de los trabajadores y es que, tal y como se encuentra redactado el precepto, parece que este deber es genérico, sin exigir que la gestión de tales tecnologías sea realizada de manera directa por el propio empleador.

Dicho lo cual, se considera fundamental que los interlocutores sociales, junto a las personas trabajadoras y sus representantes, adopten ciertas estrategias centradas en la protección jurídica de los trabajadores cuando se incorpore el elemento digital en el ámbito del trabajo y, más concretamente, en relación con los algoritmos digitales. De tal modo, podríamos hablar de la existencia de una verdadera protección estructural a los trabajadores.

Por otro lado, la normativa parece reconocer el derecho de las personas trabajadoras a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos que le produzca efectos jurídicos o le afecte significativamente de modo similar (art. 22 RGPD). Ello queda justificado por cuanto que preocupa que el uso de esas técnicas de automatización en la adopción de decisiones empresariales pueda esconder determinados sesgos, que impliquen tratamientos discriminatorios (este

aspecto lo abordaremos en el próximo capítulo). Por tanto, esta información requiere de una verdadera transparencia algorítmica, lo que supone el cuestionamiento de la neutralidad de estos parámetros que pueden ser discriminatorios o impeditivos del ejercicio de derechos fundamentales<sup>8</sup>. Sin embargo, la práctica nos señala que muchas empresas que utilizan algoritmos digitales tratan de establecer situaciones injustas y discriminatorias encubiertas, esto es, pasando desapercibido por diversas razones (género, etnia, estatus social, etc.)<sup>9</sup>. Esta situación, la cual también es reflejo de la ineficacia normativa, genera una evidente desprotección hacia las personas trabajadoras.

Debido a estos vacíos normativos y la incongruencia de la norma, recientemente el Ministerio de Trabajo y Economía Social ha elaborado la Guía anteriormente citada, la cual no tiene eficacia normativa, pero pretende esclarecer estas lagunas normativas detectadas por el momento en lo que respecta a esta información previa. En este sentido es necesario reflexionar sobre la necesidad de elaborar esta Guía, puesto que esto nos hace evidenciar la incapacidad de la normativa vigente en dar respuesta a ciertas cuestiones consideradas relevantes para la protección jurídica de las personas trabajadoras. Dicho lo cual, esta Guía recoge las obligaciones y derechos existentes en materia de información algorítmica, lo cual implica una cierta tendencia hacia una mayor regulación. Con relación a esta previsión por parte del Ministerio profundizaremos en el siguiente apartado. Una vez señalados algunas de las lagunas apreciadas en la propia norma, es necesario indicar igualmente algunas cuestiones que directamente hacen plantearnos la importancia de ahondar de una manera más profunda en otros aspectos relevantes derivados de la incorporación de los algoritmos en el mercado de trabajo. En este caso, poniendo el foco en el comportamiento de los sujetos intervinientes en la relación jurídico-laboral, se pueden detectar ciertos vacíos de justicia. El primero de ellos hace referencia a la intencionalidad de la empresa a la hora de implementar los algoritmos digitales en el trabajo, siendo este un aspecto que sobrepasa verdaderamente la esfera de control de los representantes de los trabajadores o las propias personas trabajadoras. Ante esta situación solamente nos queda recurrir a la buena fe empresarial y la confianza de que verdaderamente la incorporación de los algoritmos se ha implementado bajo parámetros justos y no pretenden, en principio o, al menos, de manera intencionada, establecer discriminaciones entre las personas trabajadoras.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>9</sup> Vid. L. ARAGÜEZ VALENZUELA, *Los algoritmos digitales en el trabajo. Brechas y sesgos*, en *esta Revista*, 2021, n. 4, pp. 137-142.

Sin embargo, esta capacidad de confianza hacia la empresa resulta ciertamente complicada, puesto que el proceso de aprendizaje del algoritmo es complejo y, además, aunque ello dependa de los datos introducidos a la maquinaria, junto a los posibles testeos que pudieran producirse, en la mayoría de las ocasiones su formulación queda relegado a empresas externas (terceros ajenos a la propia relación de trabajo). De este modo, en lo que a la intencionalidad se refiere, la confianza depositada por parte de las personas trabajadoras a la empresa resulta muy complicada, y es que no únicamente deben mantener esta fe en la actuación empresarial, sino también en aquellas terceras empresas en las que se les haya encomendado su formulación.

En estas mismas líneas, como comentábamos anteriormente, la creación del algoritmo es un proceso dificultoso en el que, si no se produce una honesta y transparente incorporación de los datos orientados hacia lo justo y, sobre todo, los correspondientes testeos de esta tecnología, es muy posible que las irregularidades provoquen situaciones injustas ante la toma automatizada de decisiones dentro de la propia empresa. Esto nos hace preguntarnos de qué manera se puede controlar que el comportamiento empresarial se base en parámetros justos o, al menos, tendentes a la consecución de la buena fe en la relación de trabajo.

Una de las maneras para poder prevenir esta situación, más allá del reforzamiento normativo en este deber de información previa, consiste en que haya un verdadero control tanto en la fase previa de la configuración del algoritmo como, sobre todo, posteriormente. Esta vigilancia empresarial, ya sea a través de algún organismo interno de la propia empresa o de otra manera, donde verdaderamente se controle y verifique que las decisiones adoptadas por la maquinaria son ciertamente idóneas, implicaría, por un lado, no dejar en manos del algoritmo la toma automatizada de ciertas decisiones que directa o indirectamente afectan a las personas trabajadoras y, de otro, una demostración más clara de la honesta intencionalidad de la empresa.

Sea de una manera u otra, la socialidad, esto es, los valores de grupo o la cultura también resulta ser una dimensión esencial en el estudio. En este caso no únicamente nos estamos refiriendo al entorno estrictamente de trabajo, pues esto haría limitarlo en su concepción, sino, en general, a la propia sociedad. Hasta el momento, se han detectado numerosas situaciones injustas caracterizadas por establecerse discriminaciones en las decisiones empresariales derivadas del uso de algoritmos digitales. Esto es debido a que, aunque la maquinaria pretenda dar una respuesta objetiva, lo cierto es que también se encuentra subjetivada atendiendo a los propios sesgos existentes en la vida en sociedad.

Estos sesgos sociales – y de trabajo – parecen encontrarse perfectamente reflejados en la creación de los algoritmos, puesto que la toma automatizada de ciertas decisiones por parte de las empresas no se ajusta, en algunos casos, hacia la concepción de la justicia ya que, aunque se pretendan adoptar respuestas ciertamente objetivas, la configuración propia del algoritmo mantiene los sesgos existentes en la vida en sociedad. Por tanto, no estamos hablando de un problema estrictamente laboral, sino social.

Atendiendo a estas consideraciones, se ha evidenciado la necesidad de reajustar los parámetros existentes en lo que respecta a la incorporación de los algoritmos digitales al mercado de trabajo atendiendo a tres dimensiones claramente diferenciadas. La primera de ellas hace referencia a la normativa propiamente dicha, donde se han evidenciado algunas incongruencias normativas las cuales, más allá de la propia Guía del Ministerio de Trabajo, entendemos que debieran ser complementadas por la propia negociación colectiva. La segunda hace referencia a la necesidad de que el comportamiento empresarial se encuentre orientado hacia lo justo, esto es, hacia el principio de buena fe en la propia relación jurídica. Y, en tercer y último lugar, a uno de los aspectos esenciales para valorar si un algoritmo es justo o no; esto es, si se mantienen – o no – los sesgos ya existentes a nivel social en la configuración de este, no aportando una respuesta ciertamente objetiva y honesta, sino asentando decisiones basadas en la injusticia.

### **3. Los representantes de los trabajadores y la necesidad de potenciar la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones**

Los representantes de los trabajadores mantienen un papel esencial en el ámbito de la digitalización y la protección jurídica de la persona trabajadora, por lo que merecen un impulso considerable en el debate general existente sobre los algoritmos digitales aplicado al mundo del trabajo.

Podría pensarse que la protección de los datos corresponde a personas individuales, sin embargo, lo cierto es que centrarse en personas individualizadas no resulta suficiente por razones prácticas y económicas. Debemos considerar que nos encontramos ante una asimetría de información y de poder que caracteriza la economía digital entre la dirección de la empresa y los trabajadores. Para corregir este desequilibrio se requiere de un sistema de gobernanza colectivo, donde los representantes de los trabajadores reciban información sobre las decisiones de la dirección y tengan capacidad para influir en ellas. Y es que no debemos olvidar que el



uso de algoritmos digitales por parte de las empresas verdaderamente viene a reforzar el poder de dirección y de control a través de instrumentos tecnológicos sofisticados de supervisión digital<sup>10</sup>.

Por tanto, no basta con estudiar la gobernanza de datos exclusivamente a través del prisma de la persona individual y la relación vertical entre la persona cuyos datos son tratados y la persona (jurídica) que realiza el tratamiento, esto es, la empresa. A ello se suma que los datos proporcionados individualmente por cada persona trabajadora – como pudiera ser de localización, de rendimiento o correos electrónicos – también pueden repercutir en otros compañeros de trabajo o incluso en sus familiares. Y es que verdaderamente nos encontramos ante relaciones horizontales que comparten información recíprocamente.

En este sentido, la socialidad es esencial en este tipo de prácticas empresariales destinadas a la recopilación de datos. Con ello, la negociación colectiva es considerada una de las herramientas más eficaces de los interlocutores sociales para velar por el cumplimiento de los derechos básicos de las personas trabajadoras y, por ende, protegerles jurídicamente ante este análisis de macro-datos. De forma más concreta, el art. 88 RGPD permite a los representantes de los trabajadores implicarse en cuestiones relacionadas con la protección de datos, instando a la necesidad de establecer normas específicas para garantizar su protección mediante convenios colectivos. Esta consideración por parte del legislador permite dejar a la negociación colectiva, a través de la elaboración de convenios, abordar de una forma más exhaustiva las reglas de gestión algorítmica y establecer normas que verdaderamente regulen con transparencia esta casuística.

Por consiguiente, parece que, aunque la reforma del ET únicamente haga referencia al comité de empresa – en este caso nos estamos refiriendo al art. 64 ET –, se mantiene el derecho de información a las personas trabajadoras individualmente consideradas en el caso de que no exista dicha representación. De este modo, el deber empresarial se extiende tanto en el plano individual como también en el colectivo.

Por otro lado, este deber de información en lo que a los representantes de los trabajadores se refiere resulta ampliada por la Guía desarrollada por el Ministerio de Trabajo anteriormente referenciada. En este sentido, nos señala que debe ser en relación con los siguientes parámetros.

---

<sup>10</sup> *Vid.* A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, p. 12.

*a) Sobre el uso de algoritmos o sistema de IA para tomar decisiones automatizadas, incluyendo el tipo de tecnología utilizada, software o producto utilizado*

En este sentido, existen ciertas dudas sobre si la empresa debiera o no informar acerca del código fuente utilizado para el desarrollo del algoritmo o si debiera mantenerse como parte del derecho empresarial y no ser objeto de revelación. Por el momento, ni la normativa vigente ni tampoco la Guía parecen dar respuesta a este tipo de cuestiones, por lo que parece que este deber de información no se extiende a este tipo de aspectos, a pesar de ser un aspecto esencial para que se valore la configuración del algoritmo, su proceso de aprendizaje y, de esta manera, valorar si resulta adecuado atendiendo al objetivo previsto y no ocasiona, por el contrario, posibles sesgos entre las personas trabajadoras.

Parece que el objetivo de la Guía es que se pueda informar sobre el tipo de tecnología utilizada por parte del algoritmo, esto es, si esta genera un algoritmo de “caja negra” (cuando los procedimientos, lógicas y variables no son inmediatamente evidentes o conocibles) o si se trata de un algoritmo de aprendizaje continuo, ya que ello puede implicar un mayor conocimiento en el caso de percepción de algún tipo de sesgo entre las personas trabajadoras. Del mismo modo, será importante informar sobre el concreto software o producto utilizado, entendiendo que se debiera poner en conocimiento de los trabajadores o sus representantes si cuenta con algún tipo de certificación, y, en su caso, el grado de intervención humana cualificada en las decisiones adoptadas. Y es que, en la mayoría de las ocasiones, las empresas suelen delegar este tipo de actuaciones a terceras empresas para el desarrollo y configuración del algoritmo. Por lo que con este tipo de información, se mantendría la importancia de informar de una manera transparente sobre la utilización de este tipo de tecnología.

*b) Sobre la lógica y funcionamiento del algoritmo, incluyendo las variables y parámetros utilizados, reglas e instrucciones, datos de entrenamiento, métricas de precisión o error, y auditorías o evaluaciones de impacto realizadas*

En este caso debiéramos preguntar a qué hace exactamente referencia la normativa y también la Guía cuando menciona aspectos como parámetros, reglas o instrucciones. Parece que está haciendo referencia al proceso de aprendizaje del algoritmo y, por tanto, a la necesidad de informar a los trabajadores (y a sus representantes) acerca de su configuración para así poder evaluar su impacto. Sin embargo, es cierto que la norma resulta ciertamente poco precisa.

En lo relativo a las variables y parámetros utilizados parece que la norma

hace referencia a la tipología de perfiles que elabora el algoritmo y las variables utilizadas por parte del algoritmo (la información o factores utilizados). En lo que respecta a los parámetros utilizados por parte del algoritmo para la toma de decisiones automatizadas, se debe entender como el grado de ponderación relativa de cada variable. Y, finalmente, en relación las reglas e instrucciones utilizadas por el algoritmo, parece referirse a las reglas de programación, los datos de entrenamiento, las métricas de precisión o error en las tareas automatizadas, y las posibles auditorías o la evaluación de impacto realizadas por parte de la empresa.

*c) Sobre las consecuencias que puedan derivarse de las decisiones adoptadas mediante el uso de algoritmos o sistemas de decisión automatizada*

Este último aspecto parece hacer referencia a las posibles medidas disciplinarias que la empresa pudiera adoptar atendiendo a posibles incumplimientos por parte de las personas trabajadoras de sus obligaciones laborales. Esta vigilancia, la cual pasa de manera casi inadvertida por parte de las personas trabajadoras, parece que se refiere a aquellos métodos de control mediante algoritmos que se refieran de algún modo a la valoración del rendimiento o la verificación de que la persona trabajadora está cumpliendo con sus deberes en el trabajo.

La Guía igualmente recuerda que este derecho de información no implica una obligación de negociar con los representantes de los trabajadores en relación a la incorporación de esta tecnología en el mercado de trabajo, salvo que así se haya pactado en negociación colectiva (siendo prácticamente inexistentes los convenios colectivos que abordan esta casuística), o cuando el uso del algoritmo o sistemas de decisión automatizada se produzca en el seno de medidas colectivas en materias en las que exista una obligación legal de negociar con los representantes de los trabajadores (despidos colectivos, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, movilidades geográficas o ERTE).

De la misma manera, la Guía recuerda que este deber de información no hace referencia a que exista una obligación de consulta a la representación legal del personal, salvo que las decisiones derivadas de los algoritmos o sistemas automatizados puedan provocar cambios relevantes en la organización del trabajo y en los contratos, llegando incluso a conferirle el derecho a emitir informe no vinculante cuando la decisión verse sobre la implantación y revisión de los sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo (art. 64.5 ET).

En base a esta información suministrada, debemos tener claro los siguientes puntos:

- a. la importancia en la información, consulta y participación de los representantes de los trabajadores a lo largo del proceso de implementación de los algoritmos digitales, siendo necesario una revisión sólida de las partes intervinientes;
- b. la necesidad de verificar posibles prejuicios y situaciones de discriminación desarrolladas por parte de los algoritmos. Para ello, se requiere una visión amplia y una verificación adecuada de la toma automatizada de decisiones;
- c. se debiera igualmente tener muy presente el procesamiento de los datos y el diseño del algoritmo mediante un reforzamiento de la norma. Para ello el papel de los representantes de los trabajadores y de la negociación colectiva resulta necesaria. En este contexto se debiera analizar con detalle posibles riesgos de una monitorización excesiva por parte de las empresas y de la opacidad en los algoritmos digitales;
- d. los representantes deben estar informados de las condiciones y criterios de aplicación en las decisiones de procesos automatizados para garantizar que se respetan los derechos y condiciones laborales de las personas trabajadoras;
- e. del mismo modo, las personas trabajadoras tienen derecho a estar informadas para garantizar su derecho a la privacidad y la dignidad. Con ello se pretende que, aun sabiendo que existe un control empresarial por parte de la IA y los algoritmos, nos centremos en el elemento humano y la protección jurídica de las personas trabajadoras.

En vistas a lo anteriormente planteado, se considera fundamental que los representantes de los trabajadores junto a la empresa pudieran complementar la normativa actualmente vigente mediante la negociación colectiva, con el fin último de proteger jurídicamente a las personas trabajadoras y mantener un equilibrio entre ambos intereses. En este sentido, y ante los escasos convenios colectivos que abordan dicha temática, se hace necesario preguntarnos por las posibles materias que pudieran estar incluidas en la negociación colectiva.

En la actualidad, la mayoría de los convenios colectivos se limitan únicamente a la protección de datos personales (RGPD), y no incluyen más normas sobre el uso o control de las herramientas de la gestión algorítmica por parte de las empresas<sup>11</sup>. Uno de los aspectos esenciales que debieran incluirse en la negociación colectiva hace referencia a la transparencia en la

---

<sup>11</sup> Vid. B. HOLUBOVÁ, *Gestión algorítmica. Conocimiento, riesgos y respuesta de los interlocutores sociales*, Friedrich Ebert-Stiftung, 2022, p. 8.

recopilación de datos por parte de las empresas, esto es, si los mismos son recabados – o no – para fines disciplinarios y la confidencialidad de estos. Además, esta transparencia se relaciona de la misma manera con la información honesta a las personas trabajadoras y sus representantes. De hecho, es posible que la negociación colectiva incluya la obligación por parte de la empresa de informar a los representantes antes de la puesta en marcha de cualquier herramienta de gestión algorítmica, formándoles en su caso sobre estas nuevas herramientas o cambios empresariales por si fuese necesario realizar por su parte algún tipo de reclamación.

Por otro lado, se puede incluir en los convenios colectivos la posibilidad de que se rechace el uso de los algoritmos en el caso de que ello implique un impacto negativo en las personas trabajadoras, ofreciendo así cierta capacidad de codecisión entre los representantes de los trabajadores y la propia empresa. De la misma manera, se puede incluir en la negociación posibles riesgos existentes en el ámbito de la gestión algorítmica. En este sentido principalmente nos referimos a riesgos en la salud de las personas trabajadoras a los que pudieran estar sometidos; y es que situaciones como el estrés laboral resultan ser ciertamente habituales mediante el control por parte de la persona trabajadora de su rendimiento en el trabajo. En este contexto, resulta fundamental que se adopten en la negociación colectiva ciertas medidas para preservar la salud física y mental de las personas trabajadoras que se encuentran sometidos a esta gestión algorítmica.

Relacionada con esa prevención de la salud de las personas trabajadoras, debemos considerar que la incorporación del elemento algorítmico como forma de trabajo o control empresarial no debiera suponer una mayor complicación añadida en la forma de realizar el trabajo, sino en todo caso una manera “omnipresente” de controlar el comportamiento de las personas trabajadoras mediante el estudio de patrones de comportamiento almacenados por el cotejo de ciertos datos.

De la misma manera, las empresas debieran no dejar en manos de la gestión algorítmica la toma automatizada de las decisiones. Sobre todo, en el caso de que las mismas pudieran afectar negativamente al desarrollo de la persona trabajadora en el entorno de trabajo. Así, resulta fundamental que en la negociación colectiva pudiera incluirse un cierto testeo por parte de la empresa de las respuestas ofrecidas por el algoritmo digital, con el objetivo último de que se realice una supervisión más personal y humana de las respuestas obtenidas. De tal modo, no se dejaría exclusivamente en manos del factor digitalizado la adopción de ciertas decisiones, sino que con un control más humano por parte de las empresas ofrecerían un sistema de cotejo más personal y adecuado, evitándose así posibles sesgos en el entorno de trabajo. En definitiva, si estamos ante decisiones únicamente

automatizadas (aunque sean parciales), habrá de garantizarse al interesado el derecho a obtener una intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar su decisión<sup>12</sup>.

Por parte de algunos sindicatos, como es el caso de CC.OO. han elaborado una Guía<sup>13</sup>, con la finalidad de aportar transparencia y una mayor protección a las personas trabajadoras en materia de algoritmos, decisiones automatizadas e IA. En la misma se indica expresamente que, a raíz de la promulgación de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, se permiten los siguientes aspectos esenciales en relación con la representación de los trabajadores:

- a. el deber empresarial de proporcionar a los representantes de los trabajadores de una información escrita sobre la naturaleza de los algoritmos, así como de los factores económicos, financieros o técnicos que justifiquen su uso. En este sentido, parece que la Guía recuerda la importancia del principio de proporcionalidad en la materia. Además, se debe informar expresamente a los representantes de la naturaleza de las consecuencias sociales de esta tecnología y los períodos de aplicación. Por consiguiente, parece necesario limitar el uso de los algoritmos digitales por parte de los convenios colectivos, donde se especifique en este caso algún tipo de periodicidad;
- b. igualmente señala la Guía la importancia en crear un registro de algoritmos donde se especifiquen sus usos, funciones y repercusiones laborales. De esta manera, los representantes de los trabajadores estarían informados de una manera más transparente sobre la implantación de este tipo de tecnología en el centro de trabajo, justificándose no solo su uso, sino también su periodicidad. En el caso de que se produjesen cambios en este registro de diversa índole, la Guía indica la importancia de informar a los representantes de los trabajadores y la necesidad de que se pudieran incluir en los convenios colectivos este tipo de previsiones;
- c. se debiera introducir igualmente en los convenios colectivos que, por la propia naturaleza del trabajo así se considere, un deber de consulta – y no de decisión – a los representantes de los trabajadores en relación con la incorporación de esta tecnología algorítmica en la empresa. Con ello se permitiría una mayor transparencia;

---

<sup>12</sup> *Vid.* R. FERNÁNDEZ VILLARINO, *op. cit.*, p. 154.

<sup>13</sup> M. JALIL NAJI, A.B. MUÑOZ RUIZ, A. TODOLÍ SIGNES, *Guía para la negociación colectiva en materia de derechos digitales de CCOO*, CCOO, 2021, pp. 33-36.

- d. en la negociación colectiva también debiera tenerse en cuenta la posibilidad de limitar la propia gestión empresarial por parte de los algoritmos. En este sentido se pretende que no cualquier empresa, por el mero hecho de serlo y atendiendo a su capacidad de dirección, incorpore el uso de algoritmos digitales de manera absoluta, sino que, atendiendo al principio de proporcionalidad, su implantación debiera justificarse atendiendo a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, la Guía señala la posibilidad de que en la negociación colectiva se utilice la robótica para cuestionarnos si la incorporación de los algoritmos digitales verdaderamente mejoraría las condiciones de trabajo o, en su caso, la satisfacción de los consumidores de una forma ética y transparente. Esto es, realizando un test de estudio del algoritmo para valorar no sólo su efectividad, sino la necesidad y las repercusiones que pudiera tener para el entorno de trabajo, ya sean positivas o negativas;
- e. del mismo modo, la Guía recuerda la importancia existente en no dejar en manos de la máquina, siendo en este caso el algoritmo, la toma automatizada de decisiones con cierta repercusión en las personas trabajadoras. Para ello sería interesante que en la propia negociación colectiva se garantice de alguna manera la supervisión humana (si bien el art. 22 RGPD reconoce este derecho con carácter general para los ciudadanos cuando son objeto de decisiones automatizadas, sería conveniente la adaptación de este derecho en el ámbito laboral). Por ejemplo, si se adoptasen algún tipo de decisiones mediante el algoritmo, sería oportuno recibir una respuesta razonada por parte de la empresa sobre dicha decisión a los trabajadores, o sus representantes. Ello justificaría que, tras la decisión adoptada por la máquina, la empresa ha realizado en cierta medida un estudio más humano, subjetivo y personal hasta llegar a la misma conclusión. Así, se garantizaría que la persona trabajadora reciba una respuesta razonada por parte de la empresa sobre las decisiones algorítmicas que tengan repercusión laboral;
- f. sería interesante que en la negociación colectiva se pudiera hacer alguna referencia en materia de evaluación de riesgos laborales ante la incorporación de los algoritmos en el ámbito del trabajo, ya que ello pudiera ocasionar riesgos emergentes que directamente pudieran afectar a las personas trabajadoras, fundamentalmente en relación con los riesgos de índole psicosocial;
- g. otro de los aspectos que la negociación colectiva debiera incluir es en materia de formación, tanto a las personas trabajadoras como también a sus representantes. Y es que los algoritmos digitales y, en general, la digitalización del trabajo, es algo ciertamente complejo que en numerosas

ocasiones requiere de ciertos conocimientos técnicos para una mejor interiorización. A raíz de ello, debiera incluirse en los convenios colectivos la necesidad de formar de manera teórica y práctica atendiendo al puesto de trabajo concreto y las necesidades de las personas trabajadoras que vayan ocupando el mismo. En este sentido, se pueden establecer que procesos de automatización en la empresa vayan acompañados de un plan social que se dirija a identificar nuevas tareas para las personas trabajadoras e impartirles formación específica para su adaptación;

- h. finalmente, aunque pudieran incluirse mucho otros, la Guía señala la importancia de evaluar este tipo de tecnología en el centro de trabajo. Por consiguiente, señala la importancia de analizar los posibles riesgos relacionados con los principios éticos y los derechos relativos a la IA y en particular la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta, con especial atención a los derechos de conciliación.

Como se puede observar, esta Guía amplía notablemente lo establecido en la normativa en relación con la aplicabilidad de los algoritmos digitales en el mercado de trabajo. Sin embargo, es necesario mencionar ahora las verdaderas previsiones que se han recogido por parte de los convenios colectivos en la materia. Dicho lo cual, y teniendo muy presente la insuficiencia por parte de la negociación colectiva en regular los algoritmos digitales en el mercado de trabajo, es necesario mencionar algunos acuerdos. En primer lugar, podemos destacar el sector de la banca (Convenio Colectivo Nacional de la Banca), el cual ha resultado pionero en su negociación. Este convenio regula en su art. 80 los derechos digitales, entre los que se incluyen: derecho a la desconexión digital y laboral (apartado 3º); derecho a la intimidad y al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (apartado 2º), derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia, grabación de sonidos y geolocalización (apartado 3º); derecho a la educación digital (apartado 4º); derecho ante la IA (apartado 5º). Resulta curioso como en los derechos anteriormente referenciados, el convenio colectivo relaciona ciertos aspectos digitales con los derechos básicos de las personas trabajadoras, principalmente en lo que respecta al derecho a la desconexión digital y a la intimidad. Sin embargo, con relación a la IA, no se relaciona con ningún derecho en concreto, sino que lo denomina expresamente como «derecho *ante* la inteligencia artificial». Esto nos hace cuestionarnos sobre los derechos que la norma ha tenido presente para proteger jurídicamente a la persona trabajadora. En este sentido entendemos que, como no podría ser de otra manera, se relaciona con aquellos relativos a la protección de datos, la privacidad y la intimidad.



Analizando el articulado, se menciona expresamente que la banca va a adoptar el uso de algoritmos digitales para aportar de valor una gestión más eficiente de las empresas, siendo esta la justificación para la incorporación de los algoritmos digitales a dicho sector. Del mismo modo, el precepto tiene presente la diferenciación entre el uso de algoritmos digitales para cuestiones relativas a la propia empresa y aquellos otros específicos en el trato más humano y personal, es decir, los relativos a cuando se incluye en el campo de afectación de la norma a las personas trabajadoras. De tal manera, se indica expresamente la necesidad de una tecnología que requiere de «una implantación cuidadosa». Resulta curioso como en la negociación se muestra una especial atención a la toma automatizada de ciertas decisiones cuando recaigan exclusivamente en las personas trabajadoras, mostrando un deber de cuidado reforzado.

En este sentido, continúa indicando la normativa que las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la ley. Esto implica un doble control y una mayor diligencia cuando el factor algorítmico se encuentre incorporado en la toma de ciertas decisiones de la empresa. Hacemos referencia fundamentalmente al control por parte del algoritmo digital y, posteriormente, también por parte de la propia empresa, maniéndose así la parte más subjetiva de las relaciones de trabajo.

De la misma manera, continúa indicando el precepto la necesidad de fortalecer ciertos aspectos que directamente afectan a las personas trabajadoras, como es el derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos. En este sentido, el convenio colectivo prevé la posibilidad de solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la empresa en caso de discrepancia. Así, parece que la normativa prevé en cierta manera un control más reforzado en la protección jurídica de la persona trabajadora, con el objetivo de que se eviten posibles supuestos de sesgos de diversa índole en el entorno de trabajo mediante la implantación de algoritmos digitales. En el precepto parece que se pretende que la persona trabajadora no se encuentre discriminada o, en cierta medida, afectada negativamente sobre aquellas decisiones basadas en variables automatizadas. La empresa, no solo porque así lo indique el convenio colectivo del sector de la banca, sino también la normativa vigente, debe rendir cuentas a la persona trabajadora cuando las decisiones adoptadas se basen en el uso de algoritmos o, aunque no se tome ninguna de las decisiones, de alguna manera se utilice este tipo de inteligencia para vigilar a su persona.

Finalmente, el articulado establece la obligación por parte de las empresas de informar a los representantes de los trabajadores «sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados».

La normativa, entre otros aspectos, parece que extiende la información previa no sólo en relación con los datos que van a ser analizados, sino también al funcionamiento del algoritmo (sin concretar si es necesario o no revelar el código fuente de programación de este) y la manera en la que la empresa va a evaluar los resultados obtenidos a lo largo de todo el proceso de almacenamiento, cotejo y procesamiento de datos. Con ello, en términos generales, se prevé una información lo suficientemente amplia con relación a la incorporación de este tipo de tecnologías en el sector de la banca.

En la actualidad existen otros ejemplos que, de alguna manera, tratan de regular esta cuestión. Sin embargo, debemos poner de manifiesto que las referencias a la incorporación de algoritmos digitales y, en general, a este tipo de herramientas tecnológicas resulta deficiente. En cualquier caso, es preciso destacar el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de los años 2015-2017, el cual se encuentra actualmente prorrogado por el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, con el objeto de impulsar el empleo de calidad y con derechos. En el presente Acuerdo se señala la necesidad de que se indiquen las incidencias de las tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito de las relaciones laborales y en materia de seguridad y salud en el trabajo. Como se puede observar, muestra de una manera ciertamente sucinta la importancia en la incorporación de las tecnologías en el entorno de trabajo; sin embargo, no concreta cómo deben comunicarse estas incidencias ni tampoco ningún aspecto relacionado con los algoritmos digitales de una manera clara y expresa.

De la misma manera podemos destacar el convenio colectivo de grandes almacenes (periodo 2021-2022), el cual, en su DT 11<sup>a</sup>, aborda los compromisos para el gobierno de la transición digital y organizativa del sector. En concreto se indica la creación del Observatorio sectorial «como foro estable de diálogo social y concertación colectiva sobre aquellas materias de interés común». De tal manera, el objetivo del convenio es crear un Observatorio Sectorial desde el que los interlocutores sociales firmantes del presente realicen «los correspondientes análisis conjuntos de la realidad sectorial, de los cambios que la digitalización y las tendencias de consumo

produzcan en la misma, de la competitividad y su evolución, del posicionamiento de las empresas en el mercado, la mejora de las condiciones laborales y de la calidad en el empleo, la formación y la igualdad de oportunidades a partir de la diversidad de entidades incluidas en su ámbito de aplicación». En este sentido, parece que el principal objetivo del Observatorio, entre otros, es tener muy presente los posibles cambios que pueden producirse en el entorno de trabajo debido a la inclusión del elemento tecnológico, mostrando una especial referencia a que dicho cambio no suponga una afectación en las condiciones de trabajo ni en la calidad del empleo. De la misma manera, muestra una especial importancia a la necesidad de formar a las personas trabajadoras y de mantener una igualdad de oportunidades.

De hecho, el Observatorio va a permitir, según se señala expresamente en el apartado 2º, ciertos Protocolos para la transición digital y los cambios organizativos que pudieran tener lugar en la empresa. Se prevé así la posibilidad de realizar una serie de planes de formación que prevean la adquisición de ciertas competencias digitales y empleabilidad de las plantillas en los nuevos puestos de trabajo que se creen en las empresas. Igualmente se señala la importancia de que esta formación sea adecuada y permanente en el uso de las tecnologías. En este sentido, muestra una especial referencia a la utilización de algoritmos digitales en el ámbito laboral, señalando que el Observatorio deberá prestar atención a la utilización de este tipo de tecnologías que, de alguna manera, incidan en las condiciones de trabajo.

El Acuerdo lo que pretende en cierta medida es delegar al Observatorio de un control reforzado en el caso de que el centro de trabajo utilice los algoritmos digitales y ello pudiera afectar de alguna forma a las personas trabajadoras. Por ende, se pretende un reforzamiento en el control del Observatorio en la adopción de este tipo de medidas por parte de la empresa, lo que garantizaría de una forma más clara la protección jurídica de la persona trabajadora. Sin embargo, es cierto que el Acuerdo no señala de qué manera la empresa debe informar al Observatorio para la adopción de este tipo de medidas ni la manera en la que debiera actual el mismo en el caso de que considere que, de alguna forma, se atenta con los derechos más básicos de las personas trabajadoras. Es decir, parece que la normativa tampoco ofrece una respuesta muy clara ante la casuística existente con la incorporación de los algoritmos en el ámbito del trabajo. Consideramos por tanto que debiera ser la normativa básica la que resulte de aplicación, la cual, como hemos indicado anteriormente, resulta ser insuficiente para garantizar una verdadera protección jurídica hacia la persona trabajadora.

En cualquier caso, el hecho de delegar parte del control en la aplicabilidad de los algoritmos en el entorno de trabajo al Observatorio resulta ser un

acierto, y es que esto permite encomendar cierta competencia a un órgano, independiente de la propia empresa, para incidir en el uso de los algoritmos en el entorno de trabajo pero teniendo siempre muy presente el elemento humano y la custodia de los derechos más básicos de los trabajadores, lo que sirve como tutela jurídica en el ámbito de la aplicabilidad de los algoritmos digitales.

#### 4. Reflexiones finales

Atendiendo al estudio referido a la incorporación de los algoritmos digitales en el trabajo y el papel de los representantes de los trabajadores es necesario señalar aquí algunas reflexiones finales.

1. Los algoritmos digitales se han incorporado en el ámbito empresarial de una forma cada vez más frecuente. Resultan ser numerosas las empresas que recurren a este tipo de tecnología para agilizar ciertos procesos y, por supuesto, para vigilar y controlar el comportamiento de las personas trabajadoras. La maquinaria tiende a ofrecer una respuesta más o menos objetiva – atendiendo a la manera en la que se introducen los datos en el proceso de aprendizaje del algoritmo – dando respuesta a ciertas cuestiones planteadas previamente por la empresa. Esto hace que, de una forma u otra, se ofrezca un resultado sin intervención humana atendiendo a la manera en la que se ha producido la configuración de este.
2. Sin embargo, el proceso de aprendizaje del algoritmo resulta ser ciertamente complejo, no sólo por el tipo de datos que se recaban, sino por el cotejo y el proceso interno que paulatinamente se viene produciendo. Este proceso de aprendizaje presenta evidentes dificultades que pueden determinar la creación de un tipo de maquinaria con cierta tendencia a establecer sesgos en el entorno de trabajo. La primera de ellas hace referencia a la recapitulación de datos que se introducen, ya que si los mismos presentan algún tipo de diferenciación entre las personas trabajadoras (más datos masculinos que femeninos, o de personas nacionales en relación con inmigrantes, etc.), casi de manera automática el algoritmo va a procesar los mismos con ciertos sesgos. En segundo lugar que, aunque se traten de introducir los datos de una manera honesta, con cierta conciencia social en evitar la configuración del mismo en base a parámetros discriminatorios, el procesamiento de estos datos y su cotejo sobrepasa la esfera estrictamente humana, siendo datos procesados por la propia maquinaria y estableciendo tendencias y estadísticas conforme a su cotejo que pudieran estar – o no – basados en términos discriminatorios. Y, en último lugar que, a pesar de las dificultades planteadas, en muchas

ocasiones la configuración del algoritmo no es desarrollado por la propia empresa, sino delegada a una empresa externa la cual es considerada experta en la materia. Esta tercera empresa, ajena a la propia relación laboral y al entorno empresarial existente, es la encargada de la configuración de este, por lo que ello puede conllevar a que se acentúen situaciones poco justas entre las personas trabajadoras.

3. Teniendo muy presente las dificultades indicadas a lo largo del estudio, es necesario igualmente puntualizar que la aplicabilidad de los algoritmos digitales en el trabajo es un aspecto ciertamente novedoso por lo que, a pesar de tener una referencia normativa en el ordenamiento jurídico español (art. 64 ET) que clarifica el deber empresarial de información ante la incorporación de este elemento tecnológico en la empresa, se evidencia la necesidad de fortalecer la norma en sentido estricto y, por supuesto, el papel de los representantes de los trabajadores mediante la negociación colectiva, ya que resultan ser prácticamente inexistentes los convenios que realizan alguna referencia en este sentido.

4. También se ha evidenciado que, más allá de reforzar la norma, es necesario tener en cuenta el comportamiento de las partes en la relación jurídica y, sobre todo, de la propia empresa atendiendo a si actúa conforme a la buena fe o no. En este sentido, habría que tener presente si se ha informado de manera honesta a las personas trabajadoras – y/o sus representantes – sobre la incorporación de los algoritmos digitales en el trabajo y, además, de qué manera se ha procedido con esta información. Igualmente es necesario valorar si la propia empresa ha realizado pruebas o testeos de los algoritmos para evitar que se produzca cualquier situación injusta en la relación de trabajo. Y, de la misma manera, si, a pesar de la respuesta válida del algoritmo, ha habido un posterior control humano que verifique la información aportada por esta tecnología, con el fin último de no dejar en manos de la maquinaria la adopción de decisiones relevantes en el trabajo.

5. Por otro lado, es necesario tener muy presente que, en la mayoría de los casos, la configuración propia del algoritmo presenta cierta tendencia a establecer desigualdades en el entorno de trabajo porque parte de una realidad social en el que se asientan también presenta brechas de diversa índole (por razón de género, origen racial o étnico, por aspectos religiosos o de clase social, entre otros). Esto nos hace reflexionar acerca de que la configuración del algoritmo responde a una realidad mucho más amplia que se corresponde con los propios valores de grupo, esto es, la cultura.

6. Atendiendo a estas consideraciones, una de las reflexiones más destacadas del presente trabajo consiste en el fomento del papel de los representantes de los trabajadores en la materia, los cuales debieran ser más conscientes de

los desafíos que la incorporación de este tipo de tecnología supone en el mercado de trabajo. De tal manera, debieran mantener una mayor iniciativa en impulsar el diálogo social en la materia con el fin último de proteger jurídicamente a las personas trabajadoras.

## 5. Bibliografía

- ARAGÜEZ VALENZUELA L. (2021), *Los algoritmos digitales en el trabajo. Brechas y sesgos*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 120-146
- BAYLOS GRAU A. (2022), *L'accidentato viaggio dei riders in Spagna. Analisi della legge 12/2021*, en *Labour & Law Issues*, n. 1, C., versión en español, pp. 1-19
- BECERRA J. (dir.), *Derecho y big data*, Universidad Católica de Colombia, 2018
- BENÍTEZ EYZAGUIRRE L. (2019), *Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género*, en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, n. 3, pp. 1307-1320
- FERNÁNDEZ VILLARINO R. (2021), *El derecho ante la inteligencia artificial. A propósito de lo dispuesto en el art. 80.5 del Convenio Colectivo Nacional de la Banca*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 4, pp. 141-163
- HOLUBOVÁ B. (2022), *Gestión algorítmica. Conocimiento, riesgos y respuesta de los interlocutores sociales*, Friedrich Ebert-Stiftung
- IBÁÑEZ LOZANO E. (2006), *Manual de Derecho del Trabajo*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 68, sección *Recensiones*, pp. 296-297
- JALIL NAJI M., MUÑOZ RUIZ A.B., TODOLÍ SIGNES A. (2021), *Guía para la negociación colectiva en materia de derechos digitales de CCOO*, CCOO
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*
- SÁEZ LARA C. (2017), *Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empresario a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, en *Temas Laborales*, n. 138, pp. 185-221
- SEGOVIANO ASTABURUAGA M.L. (2004), *El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 2, pp. 147-190

# Teletrabajo y negociación colectiva en Cuba: mitos y realidades\*

Yuzhina FUENTES SÁNCHEZ\*\*  
Zaida VALDÉS ESTRADA\*\*\*

---

**RESUMEN:** Se analiza el marco regulatorio del teletrabajo en Cuba con énfasis en la negociación colectiva evidenciando aciertos e insuficiencias. Se reconoce el papel de los sindicatos, actor necesario para promover el perfeccionamiento del orden jurídico. En la experiencia cubana se evoluciona, localizándose puntos de encuentro y desencuentro con realidades de otros esquemas jurídicos y procesos de negociación colectiva foráneos. El legislador cubano adopta medidas para extender el teletrabajo, sin embargo, las normas jurídicas emitidas son aun perfectibles. Esto exige esfuerzos reguladores adicionales en atención a sus especiales características. Aquí la presencia sindical cubana, permite contribuir a la ordenación del teletrabajo en cada área o sector. Se precisa entonces un enfoque participativo unido al protagonismo del activismo sindical, de este modo, fortaleciendo la negociación colectiva en Cuba como fórmula para contribuir a la protección de los derechos de los trabajadores de la modalidad.

*Palabras clave:* Teletrabajo, régimen legal, Cuba, negociación colectiva.

**SUMARIO:** 1. Introducción necesaria. 2. Acercamiento conceptual del teletrabajo. 3. Teletrabajo en Cuba: de la anomia a la regulación expresa. 4. ¿Y la negociación colectiva cómo se visualiza? 5. ¿Cuál debe ser el papel de los sindicatos y de la negociación colectiva para proteger a los teletrabajadores? 6. A modo de conclusiones. 7. Bibliografía.

---

\* El artículo forma parte de la investigación doctoral sobre teletrabajo en Cuba, como parte del programa de Formación Doctoral *El Derecho y sus retos en el siglo XXI* de la Universidad de Oriente (Cuba).

\*\* Abogada; Asesora Jurídica en la Empresa de Tecnologías de la Información y la Automática (ATT) de la Unión Eléctrica; Profesora de Derecho Del Trabajo y la Seguridad Social a tiempo parcial, Universidad de Oriente (Cuba); Máster en Ciencias Especialista en Derecho Penal; Investigadora predoctoral en tema de teletrabajo desde el Derecho Laboral cubano; Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y de la Sociedad Cubana de Derecho e Informática.

\*\*\* Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Profesora Consultante y Profesora Emérita, se desempeñó como Rectora, Universidad de Oriente (Cuba); Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

## Telework and Collective Bargaining in Cuba: Myths and Realities

---

**ABSTRACT:** The regulatory framework of teleworking in Cuba is analysed with an emphasis on collective bargaining, evidencing successes and insufficiencies. It recognizes the role of trade union, a necessary actor to promote the improvement of the legal order. In the Cuban experience it evolves, locating points of encounter and disagreement with the realities of other legal schemes and foreign collective bargaining processes. The Cuban legislator adopts measures to extend teleworking, however the legal norms issued are still perfectible. This requires additional regulatory effort in view of its special characteristics. Here the Cuban trade union presence allows us to contribute to the organization of telework in each area or sector. A participatory approach is then required and a leading role of trade union activism too, in this way, strengthening collective bargaining in Cuba as a formula to contribute to the protection of the rights of workers in the modality.

*Key Words:* Telework, legal regime, Cuba, collective bargaining.



## 1. Introducción necesaria

El marco regulatorio del teletrabajo en Cuba exige a las entidades que se plasme en la negociación colectiva. Ello, en teoría apunta al papel de los sindicatos. Sin embargo, en no pocos se evidencian desaciertos en la normativa que prevé los aspectos relacionados con el teletrabajo, lo cual motiva estas líneas. Se intenta establecer las conexiones entre teletrabajo y negociación en la isla, desde una perspectiva jurídica y social, a fin de poner a descubierto incongruencias y falencias que este presenta y promover el perfeccionamiento del orden jurídico cubano.

A nivel internacional, según la Nota Técnica OIT denominada *Desafíos y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe*, desde que en Latinoamérica entraron en vigor las medidas de confinamiento y otras como consecuencia de la pandemia de la Covid-19, en el peor momento de la crisis (segundo trimestre de 2020), 23 millones de personas trabajaron desde sus domicilios (entre el 20 y el 30% de los asalariados). Antes de la pandemia esa cifra era muy inferior (en torno a un 3%).

La negociación colectiva se ha convertido en un eje fundamental para la transformación equilibrada de nuestro sistema de relaciones laborales, lo cual constituye una necesidad. La forma en la que la transformación digital ha impactado nuestras vidas es innegable. Esta, junto a la sostenibilidad ambiental del trabajo, se erigen en factores determinantes del modo en que vivimos y trabajamos.

Del mismo modo que al comienzo de la Revolución Industrial, la mayoría de la población vivía y desarrollaba su actividad en áreas rurales, y por tanto los cambios en la organización del trabajo derivados del desarrollo fabril supusieron la migración del campo a la ciudad para vivir cerca del nuevo lugar de trabajo; de ese mismo modo en la “sociedad de la información”, la mayoría de las tareas no están ya relacionadas con objetos físicos sino con el procesamiento de información, lo que supone que los trabajadores no se vean obligados a desplazarse a la fábrica o a la empresa para desempeñar su actividad profesional<sup>1</sup>. Se hace posible gracias a las modernas redes de telecomunicación que permiten transmitir esa información al lugar donde el trabajador quiera realizar su actividad laboral.

Esta es una de las razones que fundamenta la inclusión del teletrabajo como un nuevo contenido en los procesos de negociación colectiva. La misma contribuye tanto a la subsistencia de los nuevos puestos de trabajo como le

---

<sup>1</sup> Véase al respecto S. BOIAROV, *Meta 5 eLAC2007: Informe sobre legislación y normativa vinculada al teletrabajo en América Latina y el Caribe*, Documento de Grupo de Trabajo eLAC2007, 2008, p. 4.

contribuye a la creación de otros nuevos de igual valía, como efecto del consenso de los actores sociales, dígame los trabajadores y sus empleadores o empresarios, los sindicatos que los representan y por último el Estado. El presente artículo parte de una mirada teórica de la definición de teletrabajo, para reflejar el mismo con el prisma de la negociación colectiva que requiere ser elemento de regulación en cada entidad empleadora y considerando las particularidades de cada sector, sosteniendo que en la realidad cubana persisten insuficiencias, algunas de las cuales pueden resolverse con una negociación eficaz, para contribuir al perfeccionamiento de la legislación laboral y a la protección de los derechos de los trabajadores que se insertan en esta modalidad.

## 2. Acercamiento conceptual del teletrabajo

Antes de adentrarnos en el mundo del teletrabajo, es importante definirlo. En términos coloquiales, es el trabajo realizado a distancia utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) para vender productos y servicios al mundo. Desde el punto de vista etimológico, elaborar una definición de teletrabajo no es tarea fácil. El término Teletrabajo supone la unión entre *telou* (griego) y *tripaliare* (latín), que significan *lejos* y *trabajar* respectivamente. La palabra implica, por tanto, trabajo a distancia, pero eso no es, evidentemente, todo.

El concepto “a distancia” significa que se puede trabajar desde su casa, la de un familiar o amigo, un hotel, un restaurante, un ómnibus, un auto, un lugar con conexión conocido como ciber o cualquier otro lugar. Las TIC necesarias para estas tareas son básicamente computador personal (en lo subsiguiente PC), Internet, celular, teléfono y cámara digital, entre otras. Dentro de Internet se engloba principalmente la navegación web y el correo electrónico. Y, según el caso, blogs, sitios web, softwares de traducción, mensajería instantánea (chat) y telefonía IP (voIP).

La OIT<sup>2</sup> estableció que es una forma de trabajo se realiza plena o parcialmente en una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, y que la utilización de dispositivos electrónicos personales, como una computadora, una tableta o un teléfono móvil fijo debe constituir una parte fundamental del desempeño del trabajo. De esta suerte, el trabajador se separa del contacto personal con colegas de trabajo y la nueva tecnología hace posible esta separación facilitando la comunicación.

---

<sup>2</sup> OIT, *Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio*, Nota Técnica OIT, 2020.

En la revisión de la literatura sobre el tema se constata que, además de teletrabajo, se utilizan habitualmente otros términos<sup>3</sup>. Un abanico de definiciones ha florecido en los últimos dos años como consecuencia de la extensión tanto en cantidad como en calidad de esta modalidad de trabajo y forma de organizar el mismo.

En planos históricos, se afirma que el término teletrabajo apareció por primera vez en los Estados Unidos en 1973 de la mano de Jack Nilles, que lo definió como «enviar el trabajo al trabajador en lugar del trabajador al trabajo»<sup>4</sup>. Eran los tiempos de la crisis del petróleo y lo que se pretendía era evitar los desplazamientos para ahorrar consumo y reducir la contaminación.

Desde entonces varios estudiosos del tema, mencionan distintos elementos que identifican el teletrabajo, siendo así que tres de ellos se reiteran como claves en la mayoría de las definiciones, son: organización, localización y tecnología.

Los autores Gray, Hodson y Gordon<sup>5</sup> apuntan que el teletrabajo sustituye los desplazamientos relacionados con el trabajo, por ello alegan:

[el teletrabajo] es una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa.

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) firmado en Bruselas el 16 de julio de 2002 lo prevé como

una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular.

---

<sup>3</sup> Se reconocen varios tales como teledespazamiento (*telecommuting*), trabajo en red (*networking*), trabajo a distancia (*remote working*), trabajo flexible (*flexible working*), y trabajo en el domicilio (*homeworking*).

<sup>4</sup> J.M. NILLES, F.R. CARLSON JR., P. GRAY, G.J. HANNEMAN, *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow and Today*, JALA International, 1973 p. 3.

<sup>5</sup> M. GRAY, N. HODSON, G. GORDON, *El Teletrabajo. Aspectos generales*, Fundación Universidad-Empresa, 1995, p. 57.

Es precisamente el AMET una de las primeras fuentes normativas de reconocimiento de acuerdos colectivos, particularmente en lo relacionado con la visita al domicilio del trabajador.

Por su parte, Julián Arturo de Diego entiende que «El teletrabajo es un sistema por el cual las personas que tienen que prestar los servicios están conectadas por algún medio electrónico a fin de procesar y operar en algún servicio»<sup>6</sup>.

El teletrabajo presenta tanto ventajas como inconvenientes. Por lo que señalar las ventajas y desventajas de esta modalidad no es estéril. Como todo, se manejan luces y también sombras. Entre las desventajas se mencionan: dificultad para la desconexión psicológica del trabajo; para muchas personas, resulta costoso comprarse una computadora, un módem y un fax; una mayor tendencia al aislamiento; una menor integración en la empresa, lo que provoca la dificultad de controlar el trabajo; desarraigo y desinterés a la sindicalización.

De igual modo se consigna que todas las actividades laborales se pueden adaptar a esta nueva modalidad. Incluso aquellas que usted cree que se podría hacer en su casa, quizá podría realizarse mejor desde la oficina. En el mismo sentido se alega que las actividades que requieren creatividad y la intervención de más personas, así como aquellas que necesiten tareas en equipo, no son aconsejables para el teletrabajo. También que en ventas o en algunos servicios a clientes es incluso aconsejable tener espíritu de equipo y relaciones fluidas. Por último, se alude al conflicto de la conciliación de la vida laboral con la familiar.

Estos aspectos destacables en tanto generadores de conflictos, discordias y por ello merecen entonces la regulación expresa, la cual, más allá de la norma general contenida en alguna norma general como son códigos, o resoluciones. Debe estipularse taxativa y casuísticamente según sector, puesto de empleo y actividad, y una vía para la solución de ello es la negociación colectiva en aras de proteger los derechos de los trabajadores.

### **3. Teletrabajo en Cuba: de la anomia a la regulación expresa**

La regulación del teletrabajo en la experiencia cubana ha transitado por distintas etapas, con momentos de anomia, otros de regulación por interpretación analógica de la normativa general y más recientemente de regulación expresa, lo que se puede calificar como ascendente en lo

---

<sup>6</sup> J.A. DE DIEGO, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Abeledo Perrot, 2002, p. 56.

normativo. Las siguientes líneas evidencian esta afirmación.

En aras de analizar la factibilidad de la inclusión en nuestra legislación del teletrabajo como una nueva forma de trabajar, debe iniciarse el estudio de la Constitución de la República de Cuba<sup>7</sup>, para remitir a apreciaciones sobre el diseño de su incorporación en las normas laborales del país.

La Ley fundamental cubana, de 2019, no menciona expresamente el teletrabajo, mas reconoce como sus antecesoras, en su articulado los derechos al trabajo, a la remuneración, al descanso y otros relacionados<sup>8</sup>. Por tanto, al reconocer estos derechos, anclados en principios de igualdad y no discriminación, y en el sistema de garantías que ofrece, permite la consolidación del aparato normativo en función de regular realidades laborales como la que se establece por el teletrabajo.

Donde por primera vez se hizo mención del teletrabajo en las normativas patrias fue en el D-Ley 370/2018, de 17 diciembre, sobre la informatización de la sociedad en Cuba. En este se estableció en el art. 59, que los ministerios de Comunicaciones, de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con sus funciones, deben desarrollar acciones encaminadas a «desarrollar el teletrabajo, en coordinación con los demás órganos y organismos de la Administración Central del Estado».

El Código de Trabajo (Ley 116/2013, de 20 de diciembre), norma que consolida y perfecciona las regulaciones que garantizan la protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes, derivados de la relación jurídico-laboral establecida entre los trabajadores y los empleadores, al tiempo que fortalece los mecanismos para exigir una mayor disciplina y reafirma la autoridad y responsabilidad de la administración.

Dicho Código en el art. 24 describe lo referente a los contratos de trabajo y en su letra e indica: «lugar de trabajo acordado entre las partes, horario, duración de la jornada y el régimen de trabajo y descanso».

Llama la atención que, contrario a la tendencia mostrada por los países de la región latinoamericana, en Cuba no existía un régimen legal de teletrabajo. Se denotó, por tanto, una interpretación extensiva del art. 24, sobre el lugar del trabajo. Esta misma razón originaba la necesidad de ser objeto de inclusión en los procesos de negociación colectiva. Al no existir una regulación específica, se dispuso extender en aplicación todos los postulados de la norma legal y de su Reglamento el Decreto 326/2014, de

---

<sup>7</sup> Aprobada el 22 de diciembre de 2018; ratificada en referéndum el 24 de febrero de 2019 y promulgada el 10 de abril de 2019.

<sup>8</sup> La Constitución cubana es profusa en la protección de los derechos laborales, véase entre otros los arts. 64, derecho al trabajo, 65, derecho a la remuneración, 66, prohibición del trabajo infantil, 67, derecho al descanso, y 56, derechos de reunión manifestación y asociación con fines lícitos y pacíficos.

12 de junio, Reglamento del Código de Trabajo.

Si bien es una norma protectora al ser aplicable por interpretación extensiva, lo relativo a todas las normas contentivas derechos, deberes, de las partes, e incluso los principios y la igualdad en el trato a los trabajadores, cierto es que en la práctica cubana se apreciaron insuficiencias las cuales se hicieron más notorias a partir de la crisis energética que vivió el país en 2019.

Algo diferente aconteció desde entonces a la fecha, pues primero en el proceso interno de crisis energética en la isla, y posteriormente en la pandemia por Covid-19 se sentaron las bases de realidades sociales que definirían otros senderos a transitar para el teletrabajo en Cuba.

Podemos afirmar entonces que a partir de dicho año se impulsó la aplicación del teletrabajo en el país, motivado en la necesidad de disminuir los índices de consumo de electricidad. Esta etapa se caracterizó a nuestro juicio, por la aplicación de las normas contenidas en órdenes ministeriales de la titular del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en las que se ponía énfasis en usar el teletrabajo y el trabajo a distancia para continuar la vida productiva del país en la situación de crisis energética.

Según conferencia ofrecida por el Ministerio, en las condiciones de entonces fue necesario priorizar la utilización del trabajo a distancia y dentro de ello la modalidad del teletrabajo, en las actividades que así lo permitían. La Ministra de Trabajo y Seguridad Social emitió luego la Orden Ministerial 20 julio 2020, n. 778, en la que reconocía que el trabajo a distancia y particularmente el teletrabajo fue la medida de ahorro que más influyó en el distanciamiento social necesario para enfrentar la pandemia por Covid-19. Ya en plena crisis la cifra de teletrabajadores en Cuba ascendió a 600 mil trabajadores.

Su aplicación masiva, se utilizó como fórmula de solución que conciliara la continuidad de la producción y los servicios en el país, o en otras palabras la vida económica con el obligado confinamiento social que derivó de la pandemia. Fue entonces cuando se dictó la Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 12 agosto 2021, n. 71. En esta Resolución, se reconoce por vez primera al teletrabajo. Dicha norma define en su art. 6 el trabajo a distancia, luego en el siguiente conceptúa el teletrabajo<sup>9</sup>. Con ello,

---

<sup>9</sup> El art. 7 de la supramencionada Resolución dispone que «El Teletrabajo es una forma de organización del trabajo en la que el trabajador desempeña una actividad sin estar presente físicamente en la entidad; la comunicación y el intercambio de información necesaria para desarrollar su labor, depende de las tecnologías de la información y las comunicaciones mediante el uso del correo electrónico, redes sociales, mensajería instantánea y otros mecanismos de comunicación que garantiza el empleador, sin que se excluyan los encuentros presenciales».

además de reconocer y definir al teletrabajo, se dispuso incluirlo en los Convenios Colectivos de Trabajo (CCT).

Expresamente su art. 3.1 dispuso que el empleador de conjunto con el sindicato correspondiente, debían definir, a partir de la estructura y plantilla de cargos aprobada, cuales son las áreas de trabajo y cargos en los que se puede utilizar el trabajo a distancia y el teletrabajo, siempre que la naturaleza de la actividad lo permita, y que todo ello debe ser incluido en el CCT.

No obstante, de conformidad con la revisión efectuada<sup>10</sup> no se distingue en la mayoría de los Convenios revisados, la inclusión del teletrabajo en los procesos de negociación colectiva, por lo que se puso en riesgo la protección de los trabajadores que tuvieron que, en ocasiones de forma no precisamente voluntaria, laborar en esta modalidad.

Esto contradice la idea de que siendo el teletrabajo modalidad del trabajo a distancia que cada vez adquiere mayor relevancia, debe formar parte del contenido del CCT.

#### 4. ¿Y la negociación colectiva cómo se visualiza?

En un acercamiento normativo, se identifica a nivel internacional un marco regulatorio preciso sobre la negociación colectiva. Se regula en el Convenio OIT C154 adoptado en 1981. Este en su art. 2 considera como negociación colectiva

todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Por ello, en dependencia de la situación en que surja el Convenio (en condiciones normales o como consecuencia de un conflicto), se han establecido como vías de elaboración el acuerdo convencional, el acuerdo paritario, la conciliación y el arbitraje<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Fueron revisados 16 Convenios colectivos de sectores diversos: empresas de tecnología, del sector energético, empresas de minería y metalurgia, empresas de comercio, entre otras.

<sup>11</sup> Las dos primeras corresponden a situaciones normales, mientras que las segundas se

De conformidad con lo expresado por Valdés Estrada, el proceso de negociación colectiva está determinado por regularidades<sup>12</sup>, las cuales se resumen al respeto a los requisitos de forma que establecen en las normas; el comienzo del proceso con el ejercicio de la iniciativa de negociación; lo convenido por las partes en las cláusulas no puede conculcar la legislación vigente, so pena de nulidad; así como la determinación del ámbito funcional y subjetivo del Convenio, atendiéndose siempre a los principios de igualdad y no-discriminación que deben presidir la concertación del Convenio. Por último y no menos importante la fijación de la duración de éste.

En el plano nacional, la regulación jurídica del Convenio Colectivo en Cuba, hasta 1959, se caracterizó por la promulgación de una considerable cantidad de normas. Las mismas en su mayoría estaban dirigidas a la solución de los conflictos, con la intención principal del Estado de ejercer control a través de la legislación frenando así el empuje del movimiento obrero en su lucha. Los primeros años posteriores a la toma del poder por el pueblo, se mantuvieron las regulaciones sobre Convenios Colectivos, vigentes hasta ese momento.

Resultó ser una etapa signada además por la diversidad de legislaciones dictadas referente al proceso de concertación en la etapa prerrevolucionaria, no sólo se refirieron de forma general, sino que muchas iban dirigidas a sectores específicos.

Con posterioridad al triunfo revolucionario, en fecha 27 de abril de 1962 el Consejo de Ministros, mediante la Ley 1021/1962, dispuso una estructura orgánica para el Ministerio de Trabajo. Le confirió al Ministro de Trabajo la competencia expresa de resolver en cuanto a las normas generales que hubieren de observarse en la celebración de los colectivos de trabajo, y de regular lo relativo al sistema de control y registro de los que se pactaren de acuerdo a la legislación vigente en la materia.

La profusión legislativa de la etapa y posterior, solo ratifica la inclusión de la negociación colectiva como parte importante de los derechos de los trabajadores. La negociación colectiva toma fuerza con la promulgación del D-Ley 74/1983, de 9 de agosto, sobre los convenios colectivos de trabajo,

---

utilizan en presencia de conflictos. El acuerdo convencional es la vía más general de elaboración del convenio y se origina en la negociación espontánea de los empleadores y trabajadores. El acuerdo paritario (entendido en sentido estricto) tiene dos maneras de manifestarse, aquella donde quienes pactan no son los representantes de los trabajadores y empresarios, sino los llamados organismos paritarios que se crean para ello, en los que puede haber inclusive algún representante del gobierno, y la otra, en la cual se elige para la negociación a representantes de los diversos sindicatos de la misma rama o profesión.

<sup>12</sup> Z. VALDÉS ESTRADA, *Los convenios colectivos en Cuba*, Tesis en Opción al título de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2002, p. 19.



ya que anterior a esta fecha el mismo carecía de regulación jurídica. Este bosquejo nos ubica en la normativa contenida en el vigente Código de Trabajo, el cual en su disposición sobre los Convenios Colectivos estipula en su art. 3.f el derecho de los trabajadores a asociarse voluntariamente y constituir organizaciones sindicales. Luego el legislador dedica un capítulo a las organizaciones sindicales declarándoles su reconocimiento estatal y los derechos que le asisten. Asimismo, describe las funciones de dichas organizaciones. Salta a la vista el derecho que se expone en el art. 14.d de concertar con el empleador el CCT. Se deriva de esta regulación la necesidad de lograr procesos de negociación colectiva. A todo lo largo del código se mencionan las instituciones que por su magnitud deben quedar acordadas en el mismo.

De este modo se aprecia que la negociación colectiva y uno de sus principales actores, los sindicatos, encuentran fórmulas legales en las normas jurídicas del país para promover la protección de los trabajadores en general y en especial de los que nos ocupan: aquellos cuya prestación se realiza por el teletrabajo.

## **5. ¿Cuál debe ser el papel de los sindicatos y de la negociación colectiva para proteger a los teletrabajadores?**

A nivel mundial, la posición de los sindicatos no ha estado indiferente a esta modalidad de prestación de trabajo, siendo así que las posturas asumidas son disímiles<sup>13</sup>.

Una postura se posiciona en contra de la modalidad. Es aquella que se asumió en la primera etapa de implantación del teletrabajo. Los sindicalistas preocupados por el hecho de que el teletrabajo llevara a las masas trabajadoras a condiciones precarias del trabajo, además de que los procesos comunicativos entre los propios trabajadores se debilitarían. Estos fueron fundamentos utilizados por las agrupaciones sindicales.

Otra postura que se ha ido extendiendo es la relativa a que algunos sindicatos comprendan al teletrabajo como una evolución necesaria consecuencia de los avances tecnológicos, por lo que la mejor solución es

---

<sup>13</sup> En este particular son interesantes las reflexiones aportadas por Jordi Viñas, quien alude a que el teletrabajo sufre un estancamiento debido, entre otros, a la resistencia de las empresas y sindicatos, lo que comparte con Ortíz Chaparro. Otros como Rodríguez Piñero Royo y Calvo Gallego posteriormente reconocen, a partir de la década de los '90, la mayor aceptación del teletrabajo por los sindicatos. Para más información véase el amplio estudio de E.M. SIERRA BENÍTEZ, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, pp. 30-36.

aceptarlo y promover negociaciones para que la ejecución de la modalidad se cumpla de manera correcta que no atente contra los derechos de los trabajadores. Esta posición sostiene la necesidad de presentar proyectos que implementen de manera adecuada precisa y protectoria, la forma de ejecución de la modalidad a los empleadores.

Son los sindicatos el motor que, a nuestro juicio, debe impulsar la negociación colectiva para disminuir los excesos de los empleadores, por lo que tienen la responsabilidad de asumir la exigencia del cumplimiento de ciertas condiciones mínimas, que para el caso de los teletrabajadores son igualmente vitales.

Entre los aspectos que deberían estar en el centro de los procesos negociadores para la implementación del teletrabajo en condiciones seguras, se encuentran los siguientes.

La necesidad de definir que quien se encuentra laborando en condiciones de presencialidad, sea trasladado a la modalidad de teletrabajo. Este debe ser voluntaria salvo los casos de fuerza mayor de los cuales fue un triste ejemplo la pandemia por Covid-19. Es una decisión que tendrá que ser dispuesta mediante escrito, y que el trabajador tenga la posibilidad de revocarla en cualquier momento de la relación laboral sin menoscabo de sus derechos.

De ello se deduce que, en esta coyuntura, el empleador quede obligado a asignarle tareas como las que tenía antes de estar colocado en la modalidad de teletrabajo.

En este mismo hilo, debe quedar señalado que para los contratos de trabajo donde quede pactada la modalidad desde el comienzo de la relación, el modo y condiciones para el paso a la modalidad presencial o típica, según pautas que deriven de la negociación colectiva.

Otro elemento que merece regulación en los pactos colectivos son los derechos y deberes de las personas que trabajan en la modalidad de teletrabajo. Bajo el principio de igualdad y no discriminación, se debe dejar por escrito la declaración de que también tendrán derecho a una remuneración igual a las que percibían cuando estaban en la modalidad presencial.

El peliagudo tema de la desconexión es uno de los más importantes que exige la negociación y el señalamiento de reglas que para hacer efectivo el derecho a no ser contactado y a desconectarse de los dispositivos fuera de su jornada laboral. Igualmente, que quede por escrito que el empleador no puede plantear al trabajador la exigencia de tareas ni el envío de comunicaciones fuera de su horario de trabajo.

Un elemento interesante es el relativo al derecho a tener horarios compatibles con las tareas de cuidado. Algunos trabajadores tienen a su

cargo personas familiares (bien sean menores de edad o adultos mayores, por ejemplo) y que requieren asistencia específica.

Por tanto, en los Convenios debe pactarse que el empleador respete esos derechos, so pena de declararse discriminación. De igual modo el derecho a la compensación de gastos en conectividad o consumo de servicios. Se debe sumar lo relativo a la igualdad para el ejercicio de derechos colectivos. Otros elementos a considerar son la representación sindical y el de las prestaciones transnacionales, bastante complejo y que está oculto de la norma. Le suceden lo atinente a los sistemas de control se implementan y cómo conciliar esto con el derecho a la intimidad. Y por último, pero no menos importante, el conectado a la capacitación y desarrollo de competencias digitales.

En el caso cubano, la propia norma contenida en el Código dispone en varios de sus artículos, un conjunto de instituciones que requieren ser inscritas y acordadas en los CCT. Un paseo por el entramado de la Ley 116/2013 permite describir varios aspectos que de modo prescriptivo deben ir al contenido del CCT de cada entidad.

Algunas de ellas son: debe ser concertado; la regulación de la idoneidad demostrada; la modificación y suspensión de la relación de trabajo; el régimen de trabajo y descanso; las jornadas, horario, y pausas en el trabajo; los medios y garantías para el pago de salario, así como sus condiciones de pago; los casos en los que se justificase el doble turno o jornadas extraordinarias; como también la continuidad de las jornadas por imposibilidad de interrumpir ciertos flujos productivos y los argos que pueden someterse a ello.

Luego, de manera más amplia en el Capítulo XIV dedicado a los Convenios Colectivos, se establecen otros derechos y deberes (arts. 181-187) donde se dispone incluso el modo de resolver discrepancias. La norma cubana para el trabajo ofrece pistas para entender entonces que la modelación y organización del trabajo en condiciones de teletrabajo requiere un conjunto de particularidades merecedoras de regulación y protección.

## **6. A modo de conclusiones**

Los sindicatos, entonces, están llamados a promover el cambio, ser proactivos y lograr que sus Convenios incluyan a toda la masa trabajadores, que se protejan los derechos también de los que laboran bajo la modalidad de teletrabajo, pues así como en el surgimiento del movimiento obrero, este fue capaz de ser un motor impulsor de la defensa y las luchas de la clase trabajadora, en la Revolución Industrial de otrora; así también en esta etapa

deben mantener e incrementar su protagonismo.

Es que en la denominada Revolución 4.0 las realidades son otras, no menos preocupantes y necesitadas de protección. Los procesos de transformación digital con el incremento de la robotización, el internet de las cosas y automatización, pueden generar precariedad. Por ello, para romper los mitos asociados al teletrabajo urge la presencia sindical en verdaderos procesos negociadores en temas tales como la idea asociada a que el teletrabajo no requiere formación ni calificación. Para ello se deben describir y gestionar proyectos de certificar las competencias para teletrabajar. Ante la idea de que la Seguridad y Salud en el Trabajo de los teletrabajadores puede estar desprotegida se requiere la creación y o revisión de los manuales de prevención de riesgos en teletrabajo con sus particularidades. Ante la imagen de aislamiento se exige la planificación y ejecución de métodos de organización del trabajo como puede ser la posibilidad de hacer híbrido el teletrabajo, horas de la jornada semanal de combinación de lo presencial con lo remoto. Ante la mirada discriminatoria por edades o género, se deben ofrecer soluciones ya que el mismo puede ser utilizado como herramienta de acceso al empleo para sectores como son mayores de 45 años, personas con discapacidad y jóvenes vulnerables.

Por lo antes expuesto el diálogo social entre sindicatos, empresas y el Estado, constituye un aspecto clave en la implementación de teletrabajo. Los diseños de comunicación empresarial exigen para su eficacia amplios procesos previos de negociación entre las partes involucradas. Se requiere para que estos pasos y avances se hagan realidad y se perfeccionen, la existencia de comisiones de monitoreo y evaluación, donde juegan un papel importante los sindicatos y el estado.

¿Cuáles serían las líneas más trascendentales? Tocar de manera especial la inspección del teletrabajo en el domicilio o en el sitio donde se vaya a ejecutar la prestación. Redactar procedimientos de inspección con apoyo de múltiples especialidades. Difundir el teletrabajo a nivel local, municipal como mecanismo de inserción y reinserción laboral. Todas estas con contenidos precisos relativos a remuneración, jornada, derecho a la información, promoción profesional, capacitación y desarrollo de competencias digitales, formas de seguridad de la información y sistemas de control.

Frente a los desafíos que se nos imponen en la era post-Covid, y la necesidad de trabajar en la meta de la OIT relativa a la cobertura laboral universal, se requiere perfeccionar la normativa e incidir desde la negociación colectiva puesto que aun y cuando el Código de Trabajo y la Resolución n. 71/2021 establecen un marco jurídico para la negociación que protege a los que teletrabajan, se necesita un verdadero consenso sobre

este entre los actores del mismo: el estado, los trabajadores y sus representantes sindicales y los empleadores que se revierta en CCT protectorios de esta modalidad.

## 7. Bibliografía

BOIAROV S. (2008), [\*Meta 5 eLAC2007: Informe sobre legislación y normativa vinculada al teletrabajo en América Latina y el Caribe\*](#), Documento de Grupo de Trabajo eLAC2007

BÓSQUEZ REMACHE J.D., CAMPAÑA MUÑOZ L.C., CHICA LÓPEZ L.N. (2022), *El derecho a la desconexión digital en el contexto del teletrabajo, basado en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos*, en *Revista Conrado*, n. S2, pp. 477-488

DE DIEGO J.A. (2002), *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Abeledo Perrot

DI MARTINO V., WIRTH L. (1990), [\*Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida\*](#), en *Revista Internacional del Trabajo*, n. 4, pp. 469-497

KAHALE CARRILLO D.T. (2002), *El trabajador autónomo en el contenido de los convenios colectivos os servicios públicos de empleo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 235, pp. 61-86

LASTRA LASTRA J.M. (2003), [\*La fuerza de una relación jurídica débil\*](#), en P. KURCZYN VILLALOBOS, C.A. PUIG HERNÁNDEZ (coords.), [\*Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano\*](#), Universidad Nacional Autónoma de México

MAURIZIO R. (2021), [\*Desafíos y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe\*](#), Nota Técnica OIT

MOLINA NAVARRETE C. (2017), [\*Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso\*](#), en *Temas Laborales*, n. 138, pp. 249-283

NILLES J.M., CARLSON F.R. JR., GRAY P., HANNEMAN G.J. (1973), *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow and Today*, JALA International

OIT (2020), [\*Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio\*](#), Nota Técnica OIT

SIERRA BENÍTEZ E.M. (2011), [\*El contenido de la relación laboral en el teletrabajo\*](#), Consejo Económico y Social de Andalucía

VALDÉS ESTRADA Z. (2002), *Los convenios colectivos en Cuba*, Tesis en Opción al título de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente

*Normativa*

Constitución de la República de Cuba, en [\*Gaceta Oficial de la República de Cuba\*, 10 abril 2019, n. 5 Extra.](#)

Ley 116/2013, de 20 de diciembre, *Código de Trabajo*, en [\*Gaceta Oficial de la República de Cuba\*, 17 junio 2014, n. 29 Extra.](#)

Decreto-Ley 370/2018, de 17 de diciembre, sobre la informatización de la sociedad en Cuba, en [\*Gaceta Oficial de la República de Cuba\*, 4 julio 2019, n. 45 Ord.](#)

Decreto 326/2014, de 12 de junio, *Reglamento del Código de Trabajo*, en [\*Gaceta Oficial de la República de Cuba\*, 17 junio 2014, n. 29 Extra.](#)

Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 12 agosto 2021, n. 71, *Reglamento sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo*, en [\*Gaceta Oficial de la República de Cuba\*, 18 agosto 2021, n. 72 Extra.](#)

Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 20 julio 2020, n. 778

# La contratación laboral y el papel de la negociación colectiva en su regulación jurídica\*

Fernando ELORZA GUERRERO\*\*  
María del Pilar MORENO NAVARRO\*\*\*

---

**RESUMEN:** La reforma legal del 2021 es una reforma que se realiza desde la afirmación de la ley como institución jurídica llamada a establecer una suerte de nuevo Derecho de la contratación laboral que posibilite la recuperación de derechos de los trabajadores y su garantía. Cuál puede ser la aportación de la negociación colectiva a la construcción y gobernanza futura del mercado de trabajo español, desde la perspectiva del régimen contractual, es, por tanto, la cuestión principal a la que pretende dar respuesta este artículo. En este sentido, en el artículo se presta especial atención al replanteamiento realizado por la ley de los espacios donde podrá operar la negociación colectiva, así como el reto que, para ésta, va suponer la reducción de los ámbitos de temporalidad a través del establecimiento de medidas convencionales que favorezcan la estabilidad en el empleo de los trabajadores.

**Palabras clave:** Contratación laboral, negociación colectiva, estabilidad en el empleo, temporalidad.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Aproximación estadística a la situación del mercado de trabajo español desde la perspectiva de la contratación laboral. 3. El papel de la negociación colectiva en la regulación del contrato de trabajo. 3.1. El contrato de trabajo de duración determinada. 3.2. La regulación convencional de la contratación laboral en el sector de la construcción: del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. 3.3. Los contratos formativos y de relevo. 3.4. Los contratos de trabajo indefinidos: el contrato de trabajo fijo y fijo-discontinuo. 4. La reducción de la temporalidad como contenido negociador. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

---

\* El presente artículo forma parte de la labor investigadora que se viene desarrollando en el marco del Proyecto I+D UPO-1380994 FEDER-Junta de Andalucía, *Bases jurídicas para la mejora de la estabilidad en el empleo de los trabajadores mayores de 45 años*.

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

\*\*\* Profesora Titular de Estadística e Investigación Operativa, Universidad Pablo de Olavide (España).

## Collective Bargaining and the Role of Collective Negotiation in its Regulation

---

**ABSTRACT:** The legal reform of 2021 is a reform that is carried out from the affirmation of the law as a legal institution called to establish a kind of new Law of labour contracting that enables the recovery of workers' rights and their guarantee. What can be the contribution of collective bargaining to the construction and future governance of the Spanish labour market, from the perspective of the contractual regime, is, therefore, the main question that this article intends to answer. In this sense, the article pays special attention to the reconsideration carried out by the law of the spaces where collective bargaining can operate, as well as the challenge that, for it, will mean the reduction of temporality through the establishment of conventional measures that favour stability in the employment of workers.

*Key Words:* Collective bargaining, collective negotiation, employment stability, temporality.



## 1. Introducción

Uno de los aspectos que en España ha cobrado un especial protagonismo en el marco de la reforma laboral de finales de 2021 ha sido precisamente la reforma del régimen legal de la contratación laboral, y el interés por combatir la alta rotación de los trabajadores en el mercado laboral, que bien puede resumirse con el dato de que, mientras en la Unión Europea los trabajadores con contrato temporal suponían en 2020 un 13,6% del total de trabajadores contratados, en España la cifra se proyectaba hasta el 24%. En este sentido, y desde hace tiempo, las instituciones comunitarias, incluido el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, venían reclamando al Gobierno español una transposición más ajustada al espíritu de la norma comunitaria de los principios contenidos en la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

La reforma legal del 2021 es una reforma que se realiza desde la afirmación de la ley como institución jurídica llamada a establecer una suerte de nuevo Derecho de la contratación laboral que posibilite la recuperación de derechos de los trabajadores y su garantía. Ello se realiza, sobre todo, mediante el replanteamiento del régimen de la contratación laboral temporal – en el caso de los contratos formativos buscando mejorar la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, y en el caso de los contratos de duración determinada reducción drásticamente los supuestos legales en que dicha contratación puede tener lugar –, al tiempo que se induce la transformación de miles de contratos de temporales en contratos indefinidos no fijos, en cuanto modalidad contractual llamada a albergar, de forma estable, el vínculo jurídico a establecer entre trabajadores que trabajan sólo en determinados periodos del año y las empresas. En este sentido, y tras una aproximación estadística a la realidad contractual sobre la que la reforma legal va a proyectar sus efectos, y los indicadores estadísticos relativos a los primeros periodos de aplicación de la reforma – que arrojen datos sobre la situación del mercado de trabajo español desde la perspectiva de la contratación –, se propone realizar una reflexión sobre el futuro papel de la negociación colectiva en la ordenación de la gestión de la contratación laboral, tanto desde el punto de vista de la contratación laboral temporal, como desde el del contrato de trabajo fijo, y particularmente del contrato de trabajo fijo-discontinuo.

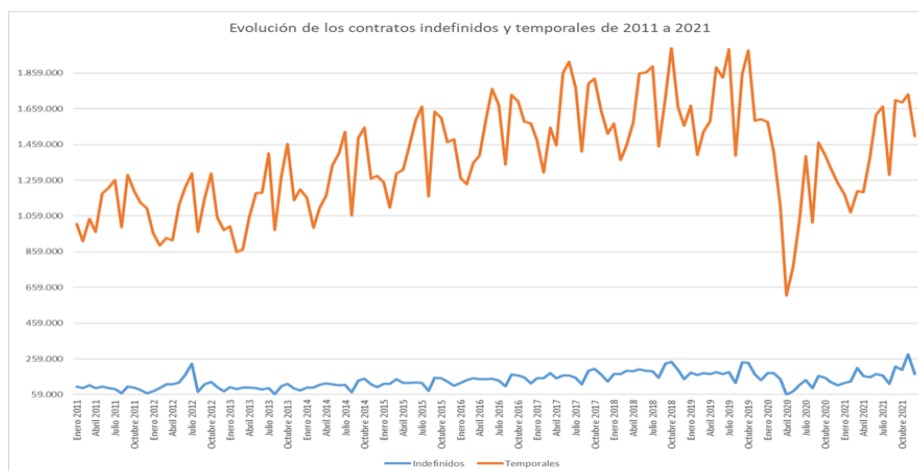
Cuál puede ser la aportación de la negociación colectiva a la construcción y gobernanza futura del mercado de trabajo español, desde la perspectiva del régimen contractual, es, por tanto, la cuestión principal a la que pretende dar respuesta este artículo, que, además, analizará particularmente dos aspectos de gran interés: a) por un lado, el recorrido que puede tener la

invocación legislativa a que por la autonomía colectiva se puedan establecer «planes de reducción de la temporalidad» (art. 15.1 ET), compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos indefinidos (art. 11.6 ET), o la constitución de bolsas sectoriales de empleo (art. 16.5 ET) que favorezcan la contratación y formación de los trabajadores fijos-discontinuos durante los periodos de inactividad; b) por otro, y dada la importancia del sector en el conjunto de la economía, la reformulación que, en sede del VI Convenio colectivo estatal de la construcción, se ha realizado del contrato fijo de obra, hoy día contrato indefinido adscrito a obra, y que se venía considerando en estos años como un factor que ha contribuido a fomentar la inestabilidad laboral en este sector, a contracorriente de los principios contenidos en la Directiva 1999/70/CE.

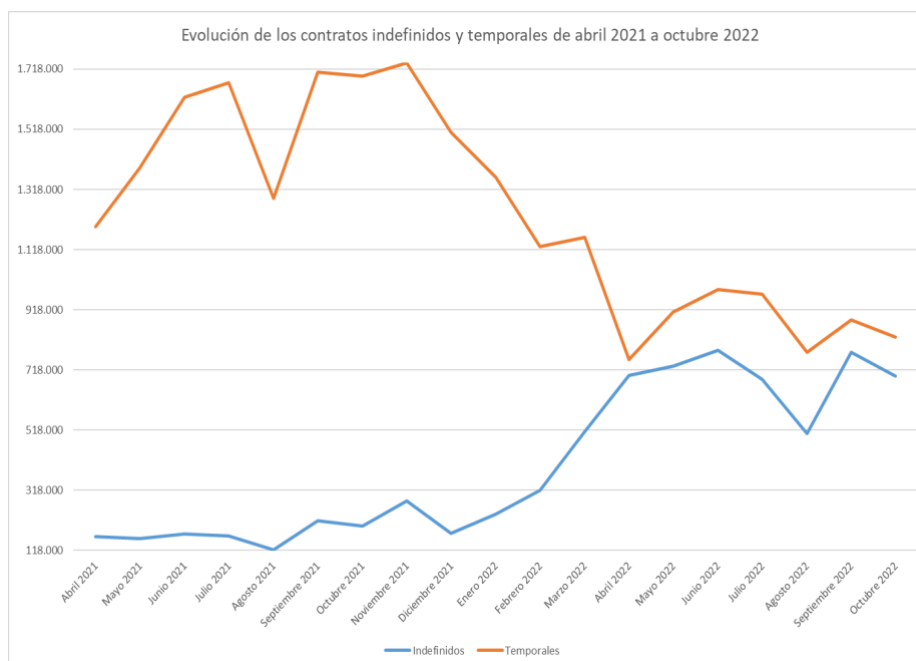
## **2. Aproximación estadística a la situación del mercado de trabajo español desde la perspectiva de la contratación laboral**

Antes de comenzar con el análisis jurídico de las implicaciones que el régimen legal vigente en España en materia de contratación tiene para la negociación colectiva, creemos oportuno efectuar una aproximación estadística a la realidad del mercado de trabajo español, pues ello sin duda resultará de utilidad para comprender los retos que ha de enfrentar la negociación colectiva en esta materia. Para ello, nos parece interesante proyectar en este texto lo que pueden considerarse como una suerte de instantáneas de la realidad de nuestro mercado laboral, que hemos elaborado a partir de los datos obtenidos de los servidores de acceso público del Servicio Público de Empleo Estatal del Ministerio de Trabajo y Economía Social del Gobierno de España.

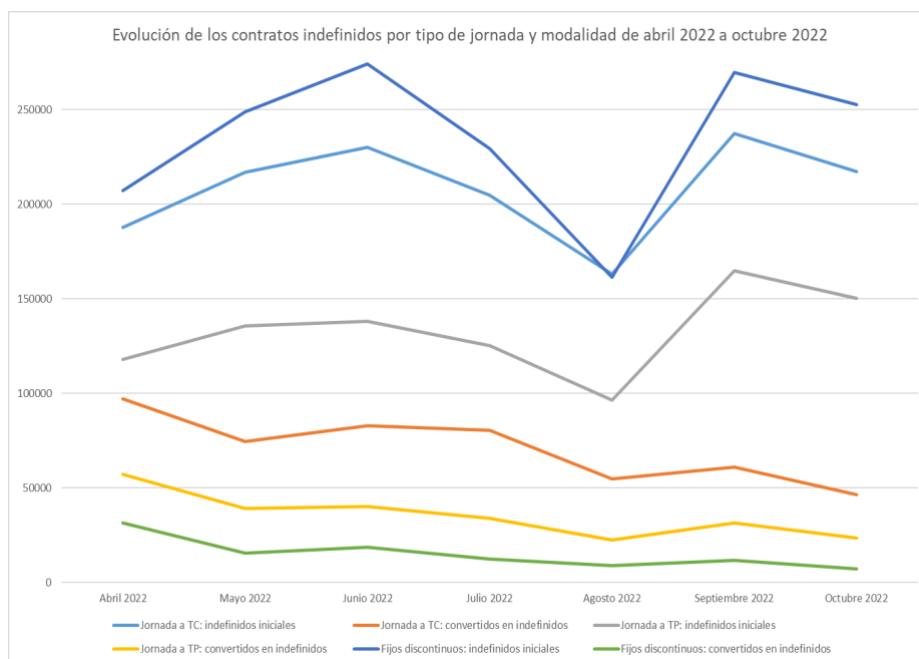
En este sentido, y en primer lugar, un primer aspecto a considerar es el que tiene que ver con la evolución de la contratación laboral en España en la década anterior a la reforma laboral que está en el origen de la normativa en materia de contratación laboral hoy día en vigor. De tal manera que, como se puede observar en la gráfica reflejada más abajo, el mercado de trabajo español tenía un muy significativo problema en su configuración, desde el momento en que las cifras de los contratos temporales celebrados en la década anterior a la reforma laboral de 2021 superaban con mucho a las que representaban los contratos de trabajo indefinidos.



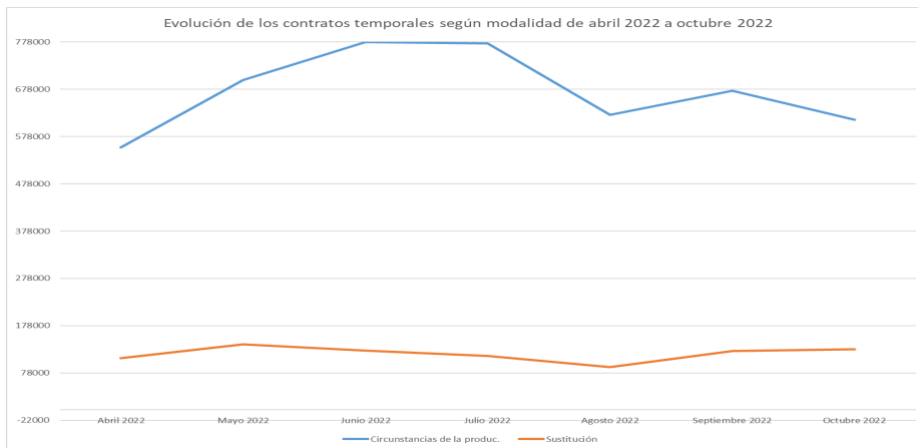
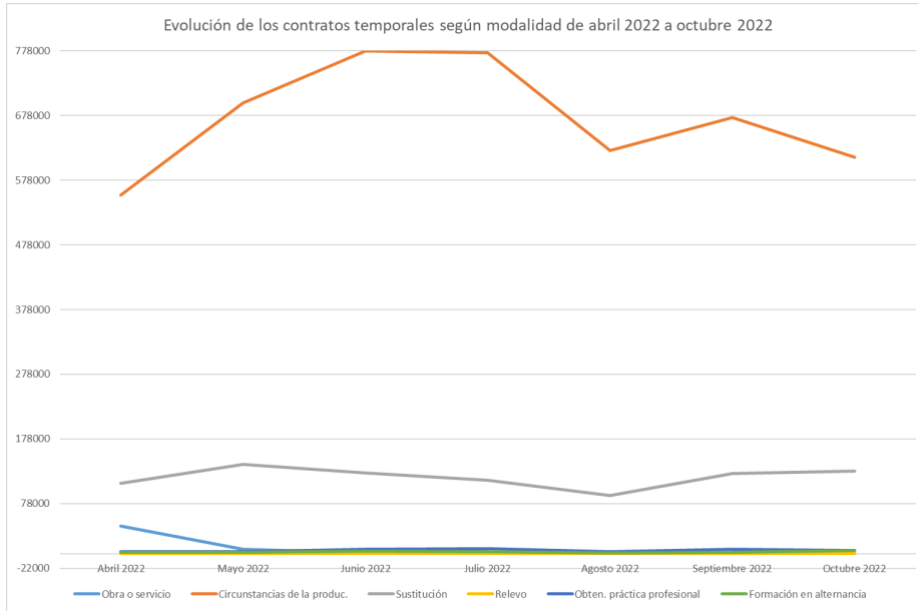
En segundo lugar, y por lo que respecta al impacto de la reforma legislativa de finales de 2021, un primer indicativo de ello lo representa la gráfica expuesta a continuación, donde la estadística marca muy claramente una tendencia de acomodación de la política de contratación de las empresas a la futura legislación laboral, de tal manera que, a partir de enero de 2022 se inicia una notable tendencia de convergencia de la contratación temporal y la indefinida (la primera desescala de forma pronunciada, en tanto la segunda comienza a crecer de forma evidente, aunque con menos intensidad). El dato es de interés, entre otras cosas porque la modificación de comportamientos que evidencia comienza a tener lugar tres meses antes de que el nuevo régimen de la contratación laboral establecido en dicha reforma legislativa entre en vigor (la fecha de entrada en vigor establecida fue la del 30 de marzo de 2022).

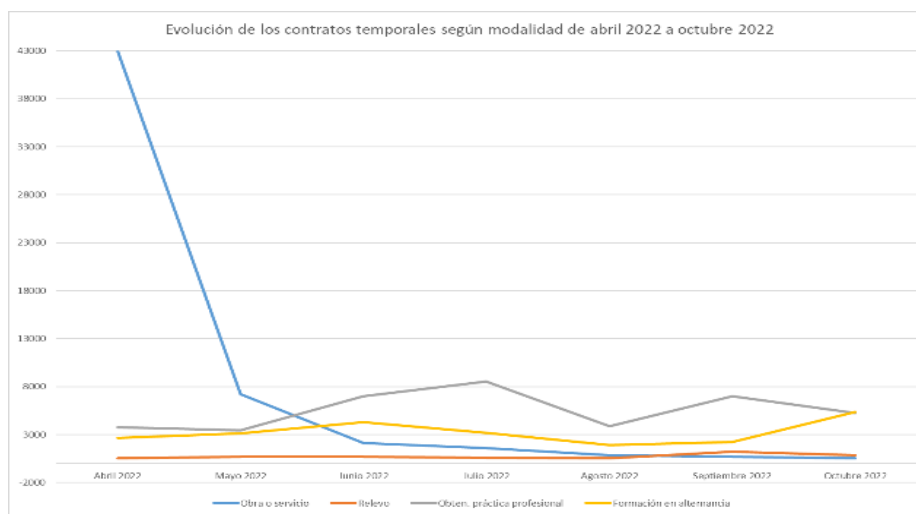


En cuanto a la evolución de la contratación laboral tras la entrada en vigor del referido régimen contractual, la gráfica que se expone a continuación refleja la evolución que, en el periodo abril-octubre de 2022, por tanto en los primeros meses de efectividad de la indicada reforma, registra la contratación de carácter indefinido, en sus distintas modalidades. Como se puede constatar, existe un predominio de la contratación fija discontinua sobre la contratación indefinida de carácter ordinario, que no debe extrañar dado que el contrato fijo discontinuo, en el planteamiento realizado por el legislador en la reforma laboral de finales de 2021, aspira a abarcar gran parte de las contrataciones que tiempo atrás se realizaban vía art. 15 ET (contratos de duración determinada), y particularmente mediante el, hoy ya desaparecido, contrato por obra o servicio determinado. Igualmente, esta estadística refleja cómo son muy pocas las transiciones que se producen desde el contrato fijo discontinuo al contrato indefinido, siendo éste, como luego se tendrá ocasión de reflexionar, un aspecto éste de notable importancia en la dinámica futura de las relaciones de trabajo, pues básicamente la principal aspiración de todo trabajador no ha de ser el acceso a un contrato de trabajo fijo discontinuo, que en última instancia sólo procura trabajo en determinados momentos del año, sino el poder ser titular de un contrato indefinido, y en la medida de lo posible a tiempo completo.



Por último, y en cuarto lugar, las siguientes tres gráficas ponen de manifiesto cuál ha sido la evolución de la contratación temporal en España desde la entrada en vigor del nuevo régimen legal de contratación a finales del mes de marzo de 2021. Junto con la caída en picado de los contratos por obra o servicio determinados, que como las gráficas indican, tiende a su desaparición conforme los contratos van finalizando, se puede observar cómo la modalidad que protagoniza este tipo de contratación es el contrato por circunstancias de la producción, seguido a gran distancia del contrato de sustitución. Significativo es, por otra parte, el escaso peso de los contratos formativos – tradicional canal de acceso de los jóvenes al empleo –, así como de los contratos de relevo, que recordemos en este último caso tradicionalmente se han configurado como un instrumento para realizar la sustitución de mano de obra envejecida en forma más racional, y que, sin embargo, no termina de dar buenos resultados, pese a las reformas que su régimen ha arrastrado en estos años, si bien no ha sido objeto de reforma en 2021.





### 3. El papel de la negociación colectiva en la regulación del contrato de trabajo

#### 3.1. El contrato de trabajo de duración determinada

Identifica la Exposición de Motivos del RD-Ley 32/2021, no sin razón, el recurso a la contratación laboral temporal injustificada como «una práctica muy arraigada en nuestras relaciones laborales y generalizada por sectores, que genera ineficiencia e inestabilidad económica, además de una precariedad social inaceptable». De hecho, y algo de esto ya he apuntado al principio de esta reflexión, los estudios estadísticos realizados señalaban que, en 2020, en nuestro país el 24% de los trabajadores desarrollaban su actividad bajo una modalidad contractual de carácter temporal, cuando la media europea se situaba en el 13,6%. Al mismo tiempo, las instituciones comunitarias venían desde hace años poniendo de manifiesto un conjunto de carencias que se apreciaban en el régimen de contratación laboral temporal<sup>1</sup>, en cuanto expresión de la transposición de la Directiva sobre el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada, que requerían más pronto que tarde la debida atención por parte de este país. No es este desde luego el único objetivo de la presente reforma, pero sin duda, la modificación del régimen de la contratación laboral de carácter

<sup>1</sup> Remito en este sentido, con carácter general, al análisis de F. NAVARRO NIETO, *El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada*, en *Diario La Ley*, 2019, n. 9441.

temporal bien puede considerarse el objetivo principal de la misma, desde el momento en que dicha acción legislativa pretende «un cambio en las prácticas y la propia cultura de las relaciones laborales [...] cambiando las normas que favorecen esta temporalidad por otras que impulsen la estabilidad en el empleo». De hecho, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley refiere que la presente es una reforma que «camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos», siendo la de 2012 el antecedente más inmediato. Así, la reforma contrapondría «la recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas de flexibilidad interna», a lo que fueron los grandes principios que inspiraron casi una década antes (2012) la acción reformadora del Gobierno de aquel entonces, sustentados sobre ideas como el reforzamiento del poder unilateral del empresario en la gestión de las condiciones de trabajo, la generalización del trabajo precario, la devaluación salarial o la limitación del poder contractual colectivo de los trabajadores<sup>2</sup>. El tiempo dirá si la reforma alcanza sus objetivos<sup>3</sup>.

Mientras tanto, resulta innegable que el panorama legislativo sobre la contratación laboral en nuestro país ha sufrido una transformación notable. Y partiendo de dicha realidad toca reflexionar sobre algunas claves de la misma, aunque sólo sea porque este régimen legal constituye el nuevo trasfondo sobre el que ha de desarrollarse la negociación colectiva en la materia.

Pues bien, desde la perspectiva que aquí interesa, creemos importante resaltar las siguientes novedades. En primer lugar, hay que dar noticia de la supresión, por el RD-Ley 32/2021, del contrato por obra o servicio

---

<sup>2</sup> Véase W. SANGUINETT RAYMOND, *Lectura y relectura de la reforma laboral de 2021*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 88.

<sup>3</sup> En este sentido, S.M. RUESGA, A. VIÑAS, *La reforma laboral de 2022 en perspectiva económica*, en *Labos*, 2022, n. 1, pp. 176-177, han puesto de manifiesto que el logro de una mayor eficiencia en el mercado de trabajo exige un incremento del nivel de productividad del trabajo. Especialmente interesante me resulta su advertencia de que mientras en el mercado de trabajo español persista la estrategia de ajuste salarial las disminuciones en la rotación por temporalidad formal se van a trasladar a una mayor rotación en otras formas contractuales que no supongan para las empresas aumentos de costes sustanciales. En definitiva, y sobre esto convendría reflexionar, consideran estos profesores que «En última instancia caminamos hacia un modelo de “contrato único”, que no resuelve los problemas económicos de la intensa rotación laboral, sino que tan solo los transforma de modo formal, pero no efectivo». Sin duda, esta es una reforma que incide sobre la demanda existente en el mercado de trabajo, pero como ellos mismos advierten, la efectiva transformación del mercado de trabajo español, y la contención de la intensa rotación laboral, exigirá adoptar otras medidas, de carácter no laboral, que, a su vez, incidan sobre la conformación de la oferta en este mercado.



determinado<sup>4</sup>, una operación que se enmarca en los esfuerzos legislativos tendentes a conseguir efectivamente que «el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras».

La derogación de dicha modalidad contractual, que se opera mediante su eliminación del tenor del art. 15 ET, tiene lugar al tiempo que para dicha norma se recupera la fórmula legal establecida en la versión original del ET, y que textualmente rezaba, y reza: «El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido». Con la recuperación de esta fórmula legal, al tiempo que la adopción de otras medidas complementarias, como la introducción de una cotización adicional, a pagar por el empresario, en el caso de los contratos de duración determinada inferior a 30 días, la reformulación de la tipificación de las infracciones administrativas relacionadas con este tipo de contratos, o la individualización de las infracciones – «se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas» –, y el incremento de las correspondientes sanciones, se pretende reafirmar la consideración del contrato de trabajo indefinido como la fórmula contractual ordinaria de nuestro mercado de trabajo. No ha de olvidarse, en este sentido, que la configuración jurídica del art. 15 ET, y en definitiva la ordenación de las relaciones entre el contrato de trabajo indefinido y los contratos de duración determinada, a lo largo de estos años, ha sido objeto de hasta doce modificaciones, en un devenir legislativo que nos habla del interés por contener, con mayor o menor intensidad dependiendo del momento histórico, el recurso sobre todo al contrato por obra o servicio determinado.

La cuestión es que, como en algún caso ya se ha descrito de forma gráfica, «el contrato por obra o servicio determinados llegó a convertirse en el alter ego del contrato por tiempo indefinido», de tal manera que la evidente antinomia entre una y otra modalidad contractual «no impidió que se percibieran ambos contratos como posibilidades alternativas, hasta de libre elección en virtud de las preferencias»<sup>5</sup>. En este sentido, la supresión del contrato fijo de obra, en el caso del sector de la construcción, tal y como lo

---

<sup>4</sup> Para su estudio en otro momento queda la controvertida cuestión del alcance de los cambios que ha registrado el contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción, y que regulaba la Ley 32/2006. Al respecto, remito, entre otros, a C. ARAGÓN GÓMEZ, *Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos*, en *Labos*, 2022, n. extra., *La reforma laboral de 2021*, p. 43 ss.

<sup>5</sup> E. CABERO MORÁN, *La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 88.

conocíamos hasta el momento, constituye también un reflejo de una situación insatisfactoria por la que el legislador, con el beneplácito de los agentes sociales, decide acabar vía ley con ciertas prácticas negociales insatisfactorias.

En segundo lugar, la reforma legal practicada replantea la formulación jurídica de las causas que justificarán en adelante el recurso a las dos modalidades de contratos de duración determinada que perviven en el art. 15 ET: a) el contrato por circunstancias de la producción; b) el contrato para la sustitución de un trabajador.

En el caso del contrato por circunstancias de la producción, el legislador propone la existencia de dos modalidades: a) la que tiene su origen en «el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1», incluyéndose expresamente las que derivan de las vacaciones anuales<sup>6</sup>; b) la que se justifica cuando concurren «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y limitada» en los términos previstos en la propia norma, por no más de noventa días en el año natural, y no de manera continuada.

Por lo que respecta al contrato para la sustitución de un trabajador, su configuración jurídica no se ve alterada significativamente, más allá de su denominación<sup>7</sup>, manteniendo, por tanto, la lógica jurídica que tradicionalmente lo ha identificado como solución contractual idónea para dar respuesta a ciertas necesidades organizativas, identificadas ahora con: a) «la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo»; b) «completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampara en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo»; c) «la cobertura temporal de un puesto

---

<sup>6</sup> Como se ha destacado desde un principio, la consideración de las vacaciones como causa lícita de contratación temporal no deja de ser una excepción a la regla general, respaldada también por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que negó en su momento la cobertura de vacaciones por esta vía, y que básicamente consiste en que las necesidades ordinarias de personal de carácter interno deben ser atendidas por el personal indefinido de la plantilla (M.A. BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 65).

<sup>7</sup> El cambio de denominación de este contrato – que de denominarse “contrato de interinidad” ha pasado a denominarse “contrato de sustitución” – ha sido criticada desde algunos ámbitos al estimar, no sin razón, que la misma no abarca todos los subtipos recogidos por el art. 15.3 ET, pues no en todos los supuestos contemplados puede hablarse propiamente de una “sustitución” (F. NAVARRO NIETO, *El contrato temporal de sustitución*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 161, p. 135).

de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo».

En cualquier caso, y desde la perspectiva que aquí interesa, posiblemente el aspecto más significativo de la reforma tiene que ver con la modificación que se ha producido de las relaciones entre ley y convenio colectivo en esta materia. Si, por ejemplo, con la reforma de 1994 uno de los aspectos que destacaban en la misma era el significativo papel otorgado a la negociación colectiva en la configuración final del régimen de la contratación laboral temporal<sup>8</sup>, en el caso de la de 2021 hay que ser conscientes de que, pese a tratarse de una reforma que es fruto del diálogo social tripartito – sindicatos, patronal, y Gobierno –, la misma se caracteriza por un reforzamiento de la imperatividad ex lege del régimen sobre contratación laboral temporal<sup>9</sup>, que se acompaña de una reducción, en cierta medida, del protagonismo de la negociación colectiva en esta materia, cuando no de un replanteamiento de los espacios donde la ley contempla la actuación de aquella.

En efecto, como en algún caso ya se ha señalado<sup>10</sup>, la reforma laboral de 2021 se caracteriza en materia de contratación laboral por restringir en relación con determinados aspectos de su régimen jurídico el campo de actuación de la negociación colectiva. Se ha producido así, por tanto, una suerte de recuperación por el legislador de determinados espacios cedidos a la acción de la negociación colectiva, que tiene que ver en la mayoría de los casos con lo que se ha estimado como un insatisfactorio comportamiento de la misma. En concreto, aspectos como el régimen de encadenamiento de los contratos temporales, la limitación de la duración de los contratos – donde en adelante sólo muy puntualmente se permite que la negociación colectiva amplíe la duración máxima de tales contratos –, o la eliminación del contrato de trabajo adscrito a obras<sup>11</sup>, constituyen

---

<sup>8</sup> J. LÓPEZ GANDÍA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 9, quien precisamente destaca cómo en esta materia, y en comparación con las regulaciones legales precedentes, «las relaciones entre ley y convenio colectivo se hacen ahora más complejas y diferenciadas», llegando incluso la ley a hacerse dispositiva en ocasiones – algo no habitual en materia de contratación laboral –, hasta el punto de que dicho jurista no puede evitar referir que parecería que el legislador pare considerar que «habría llegado ya el momento, incluso en las modalidades de contratación, de reconocer una cierta mayoría de edad a los sujetos colectivos para combinar tutelas garantistas con las nuevas exigencias del ciclo productivo».

<sup>9</sup> A. PASTOR MARTÍNEZ, *La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2022, n. 152, p. 26.

<sup>10</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 161, p. 60.

<sup>11</sup> Sobre el mismo remito al § 3.2.

ejemplos de esta circunstancia<sup>12</sup>. Lo anterior es consecuencia no sólo de la consabida simplificación de las modalidades contractuales temporales, caso de la eliminación del referido contrato de trabajo para la realización de una obra o servicio determinado<sup>13</sup>, sino también de la modificación de los espacios en los que la ley ampara la participación activa de la negociación colectiva en la regulación de determinados aspectos del régimen de los contratos, y en definitiva del margen con que la misma puede contar tras el replanteamiento del régimen legal.

No obstante, y antes de abordar las novedades y cambios significativos en los espacios reconocidos a la contratación laboral temporal, creemos necesario comenzar por reseñar los aspectos que, desde esta perspectiva, no han registrado prácticamente cambios, en concreto:

- a. la “negociación colectiva” va a continuar siendo competente para establecer el medio por el que el empresario podrá comunicar a los trabajadores contratos temporales o de duración determinada la existencia de vacantes permanentes (art. 15.7.1° ET);
- b. también, los «convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales» (art. 15.8.3° ET, anteriormente art. 15.7.3° ET);
- c. igualmente, los “convenios colectivos” podrán establecer «criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos» (art. 15.8.2° ET, anteriormente art. 15.7.2° ET en términos prácticamente similares);
- d. por último, en cuanto criterio legal a tener en cuenta por los “convenios colectivos”, el ET continúa afirmando que los mismos han de reconocer a los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada, cuando corresponda en atención a su naturaleza, los mismos derechos que a las personas con contratación indefinida, de manera proporcional,

---

<sup>12</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 60 ss., quien precisamente cita otros ejemplos más allá del ámbito del régimen de la contratación laboral, como es el caso del nuevo régimen de la jubilación forzosa.

<sup>13</sup> Recuerdo que, por ejemplo, en el caso del contrato de obra o servicios determinados, hasta la entrada en vigor del RD-Ley 32/2021, el ET contemplaba que por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, estos contratos podrían ver ampliada su duración hasta doce meses, alcanzando por tanto los veinticuatro meses (art. 15.1.a.1° ET); igualmente, la norma establecía que los convenios colectivos sectoriales estatales, y de ámbito inferior, incluidos en esta ocasión también los «convenios de empresa», podrían identificar «aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza».

en función del tiempo trabajado (art. 15.6 ET).

Volvemos por tanto sobre la cuestión de las novedades registradas en relación con los espacios reconocidos a la autonomía colectiva, para comenzar destacando las siguientes:

- a. en el caso del contrato de trabajo por circunstancias de la producción la norma estatutaria contempla el que el “convenio colectivo de ámbito sectorial” pueda ampliar la duración máxima de este contrato hasta un año (art. 15.2.3° ET). Si consideramos subsumido en gran parte en esta modalidad el hoy desaparecido contrato de trabajo por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, puede afirmarse que la norma legal ha operado un cambio en el papel a desempeñar por la negociación colectiva, pues en el caso de esta última modalidad contractual el ET reconocía al “convenio colectivo” la capacidad de determinar la actividades en las que podrían contratarse trabajadores eventuales, así como fijar los criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa (art. 15.1.b.3° ET);
- b. por lo que respecta al contrato de trabajo de sustitución hay que comenzar recordando que, con anterioridad a la reforma de 2021, el ET no realizaba ninguna invocación a la negociación colectiva cuando del contrato de interinidad se trataba (la interinidad es uno de los supuestos cubiertos por el vigente contrato de sustitución). Sin embargo, ahora el art. 15.3.3° ET sí contempla el que por “convenio colectivo” se pueda establecer una duración del contrato de trabajo inferior a los tres meses que, como duración máxima, contempla la propia ley. Adicionalmente, hay también que tener en cuenta el papel que indirectamente el ET otorga en esta ocasión al convenio colectivo, desde el momento en que el párrafo 2° de ese mismo apartado de la ley establece que el contrato de sustitución podrá concertarse para completar la jornada reducida por otra persona cuando dicha reducción se ampare no sólo en causas legalmente establecidas, sino también en las reguladas al efecto en “convenio colectivo”.

Pero posiblemente es el ámbito de lo que puede considerarse el régimen común a los contratos de duración determinada *ex* art. 15 ET donde podemos apreciar las principales novedades. Comenzamos no obstante por resaltar una primera referencia legal que en el texto ha desaparecido, y que tiene que ver con el mandato legal contenido en el art. 15.5.3° ET por el que la «negociación colectiva» debía establecer – textualmente se decía «establecerá» – «requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con

contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados en empresas de trabajo temporal». La desaparición de esta previsión legal, que prácticamente revestía el carácter de mandato, no quiere decir que legislador hay bajado los brazos en la lucha contra el uso abusivo de los contratos de duración determinada. Simplemente ha modificado su visión de la forma en que considera que ha de abordarse la lucha contra el abuso en la contratación, otorgando mayor relevancia a la ley, y en este contexto se explica el que, como ya he señalado antes, junto al establecimiento de la presunción del contrato de trabajo como contrato indefinido – también la mayor concreción en que es posible el recurso a los contratos de duración determinada –, el legislador haya acompañado dicha previsión legal de una serie de disposiciones legales que en última instancia pretenden limitar el abuso en el uso de los referidos contratos de duración determinada: la introducción de una cotización adicional, a pagar por el empresario, en el caso de los contratos de duración determinada inferior a 30 días, la reformulación de la tipificación de las infracciones administrativas relacionadas con este tipo de contratos, o la individualización de las infracciones y el incremento de las correspondientes sanciones. Con todo, ello no significa que la negociación colectiva no pueda abordar en el futuro esta materia, puesto que, como sabemos, salvo el caso de las normas imperativas de derecho absoluto – lo que no es el caso – la autonomía colectiva se encuentra habilitada para abordar el régimen de la contratación laboral, con carácter general, siempre que respete los mínimos legales establecidos por la ley<sup>14</sup>.

Sí constituyen una novedad – eso sí, relativa en algún caso<sup>15</sup> –, por el contrario, las referencias legales contenidas en el art. 15.8 ET, y que identifican como cuestiones que podrán abordar los “convenios colectivos”, las siguientes:

- a. «Planes de reducción de la temporalidad», que lógicamente entiendo que pueden incluir disposiciones que contengan, tanto el abuso en el recurso

---

<sup>14</sup> Como ha señalado M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 161, p. 363, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una reserva material en la regulación de las condiciones de trabajo, ni a favor de la norma estatal, ni de la negociación colectiva.

<sup>15</sup> Como ha advertido M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 374, el establecimiento de medidas o planes para la reducción de la temporalidad, y para el fomento de la contratación indefinida, era algo ya habitual en el caso de ciertos convenios colectivos, algunos tan significativos, por el volumen de trabajadores al que afecta, como el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio.

- a la contratación de duración determinada, como limitativas de la utilización de estos contratos;
- b. «Criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa», y que remite en última instancia a la idea que he expresado en el apartado anterior de que se espera de los convenios colectivos que adopten medidas para contener, aún existiendo todo un conjunto de disposiciones legales en la materia de obligado cumplimiento, el recurso a la contratación de duración determinada;
  - c. «Porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas de incumplimiento de los mismos», y que apunta en la dirección antes expuesta de luchar contra el abuso, o el uso que pueda considerarse excesivo, de estas modalidades contractuales.;
  - d. «Criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición», y que, a diferencia de los criterios y porcentajes anteriores que pueden integrar perfectamente el contenido de los referidos planes de reducción de la temporalidad, se orientan a la gestión de la contratación de duración determinada.

### **3.2. La regulación convencional de la contratación laboral en el sector de la construcción: del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra**

Como hemos señalado anteriormente, la reforma de 2021 será recordada, entre otras decisiones, por la intervención legislativa de carácter directo que procedió a modificar el régimen, hasta entonces vigente, que amparaba la regulación convencional del denominado contrato fijo de obra (art. 2, RD-Ley 32/2021), que, en cuanto variante específica de la contratación de duración determinada, se había constituido en piedra angular de las relaciones de trabajo en el sector de la construcción, con resultados muy discutibles<sup>16</sup>. El origen de este contrato, como es sabido, es la previsión

---

<sup>16</sup> Para una aproximación a la evolución histórica de esta modalidad contractual puede ser de interés la consulta de F.J. CALVO GALLEGO, M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 161, p. 184 ss. En todo caso, como advirtió la doctrina (véase C. ARAGÓN GÓMEZ, *op. cit.*, p. 48 ss.), uno de los problemas generados por la gestión negociada del contrato fijo de obra fue que, con ocasión del IV Convenio colectivo general de la construcción (2007-2011), se introdujo en el mismo una previsión convencional por la que, en el caso en que un trabajador prestara servicios en distintos

legislativa de la DA 3ª ET<sup>17</sup>, así como la DA 3ª de la Ley 32/2006<sup>18</sup>, en cuanto normas que, en su momento, otorgaron a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato por obra o servicio determinado, regulado, con carácter general, como es sabido, en el art. 15 ET<sup>19</sup>, y que en a día de hoy se encuentra

---

centros de trabajo (obras), en todo caso se mantendría el «carácter de un único contrato». Con ello, lo que se pretendía era impedir la operatividad de la regla limitativa de la concatenación de contratos a lo largo del tiempo, establecida en el art. 15.5 ET, mediante la creación de una ficción jurídica en virtud de la cual, pese a que el trabajador cambiara de obra, se estimaba que se estaba ante un único contrato a lo largo del tiempo, lo cual suponía una clara ruptura del principio de la causalidad que caracteriza tradicionalmente el régimen de la contratación temporal, y que generó el rechazo no sólo de la Administración Laboral (Inspección de Trabajo), sino también del ámbito jurisdiccional (véase la STS 4379/2005, de 30 de junio).

<sup>17</sup> En concreto, la DA 3ª ET vino a establecer que «Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción».

<sup>18</sup> Norma que disponía lo siguiente: «Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación».

<sup>19</sup> El origen de esta decisión legislativa se encuentra, como antecedente más inmediato, en una vieja Orden Ministerial, de 28 de agosto de 1970, por la que se aprobó la Ordenanza de la Construcción, Vidrio y Cerámica, durante la dictadura franquista, y que el Tribunal Supremo (STS 30 junio 2005, rec. 2426/2004) reconoció a lo largo de los años como «una antigua y pacífica práctica contractual», hasta el punto de que se llegó a afirmar en algún caso, en sede judicial, que «es el contrato fijo de obra del Convenio Colectivo de la construcción, que [...] simplifica este tipo de contratación para adaptarse mejor a las necesidades productivas de la empresa y propicia una mayor estabilidad en el empleo, con los límites de consentimiento del trabajador en el traslado al nuevo puesto de trabajo y el temporal impuesto por la norma pactada» (STSJ Madrid 31 marzo 2003, rec. 685/2033). Pues bien, la Ordenanza laboral mencionada contemplaba en su art. 42, entre otras modalidades contractuales, el contrato para el personal fijo en obra determinada, y cuyo objeto era la realización de una obra o servicio determinado, por un periodo de más de 120 días (de no superar dicho periodo se consideraba que se estaba ante un contrato eventual). No obstante, este contrato respondía a la cobertura jurídica de dos situaciones de carácter distinto: a) por un lado, el caso del personal fijo en obra que prestaba servicios en distintos centros de trabajo de la empresa (según la Ordenanza este personal adquiría la condición de plantilla de la empresa una vez prestaba servicios en la misma dos años consecutivos); b) el personal fijo en obra que trabajaba en una única obra de larga duración (para la conversión en este caso del contrato de trabajo en contrato indefinido se requería



regulado en el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción. En la medida en que el legislador ha tomado la decisión a finales de 2021 de eliminar la figura del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, no debe sorprender excesivamente el que el régimen que ha posibilitado el contrato fijo de obra se haya visto afectado por el RD-Ley 32/2021<sup>20</sup>. La cuestión es que, más que una derogación directa de dicha modalidad contractual, lo que ha hecho el legislador es alterar el tenor literal de la DA 3ª de la Ley 32/2006 – no así de la DA 3ª ET, que permanece en los mismos términos –, sustituyendo el cuerpo de la misma, titulado *Negociación colectiva y calidad en el empleo*, por un nuevo cuerpo normativo que, bajo el epígrafe *Extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción*, establece un novedoso régimen legal sobre las consecuencias e iter procedimental que habrá de seguir en el futuro la extinción de lo que identifica como contratos indefinidos de los trabajadores de la construcción. Se asume, por tanto, implícitamente, que ya no será posible el que la negociación colectiva del sector pueda plantearse continuar apostando por el contrato fijo de obra, como modalidad jurídicamente válida, básicamente porque el fundamento jurídico sobre el que se sustentaba, y que se encontraba en el art. 15 ET, tras la reforma laboral de 2021 ha desaparecido.

---

que el trabajador finalizara la obra de larga duración (tras llevar más de dos años vinculados a la empresa) y que éste prestara su consentimiento; en todo caso, se requería además que la empresa tuviera, en el momento en que se pretendía la condición de indefinido, otras obras donde reubicar al trabajador, y que hubiera un puesto vacante en las mismas).

<sup>20</sup> En todo caso, téngase en cuenta que en la decisión legislativa también han pesado, aunque el RD-Ley 32/2021 no lo explicitara, decisiones judiciales como la doctrina contenida en la STJUE 24 junio 2021, asunto C-550/19, *EV c. Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, S.A.*, y que puso de manifiesto las contradicciones de legislación laboral española a la vista de la Directiva 1999/70/CE, sobre contratación de duración determinada (Cláusula 5.1.a del Acuerdo Marco anexo), y la Directiva 2011/23/CE, del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresa, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Básicamente, la doctrina de la sentencia muestra su rechazo al régimen de los contratos fijos de obra de la construcción, tal y como se han diseñado jurídicamente en España, al considerar que amparaba abusos en relación con el encadenamiento de contratos de trabajo: en el caso objeto de la decisión prejudicial el trabajador de la construcción había encadenado seis contratos temporales de forma consecutiva, entre enero de 1996 y septiembre de 2017, sin posibilidad legal o convencional de alcanzar la condición de fijo de plantilla, pese a que la concatenación de contratos evidenciaba la existencia de necesidades empresariales a cubrir de forma sostenida en el tiempo. Un análisis de la doctrina de esta sentencia puede consultarse en A.L. DE VAL TENA, *El contrato temporal fijo de obra en el sector de la construcción: límites al encadenamiento de contratos y sucesión de empresa. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19)*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2021, n. 1, p. 143 ss.

Ahora bien, en el seno de la doctrina española pronto se alzaron voces que advirtieron que, pese al aparente carácter drástico de la decisión tomada mediante Real Decreto-Ley a finales de 2021, en el sentido de eliminar completamente el contrato de trabajo fijo de obra, lo que finalmente se ha realizado es una reformulación de la legalidad vigente – más aparente que de fondo, como se verá por lo que comentaremos a continuación –, en virtud de la cual, lo que era un contrato de trabajo de carácter temporal – el contrato de trabajo fijo de obra –, pasa a ser en adelante un contrato indefinido – el contrato indefinido adscrito a obra –, incorporando eso sí, a la norma legal, aspectos que integraban el régimen jurídico del contrato de trabajo fijo de obra, contenidos en el art. 24 del VI Convenio colectivo general de la construcción, claro que realizando las correspondientes adaptaciones en atención a la naturaleza indefinida que el nuevo régimen legal ha decidido imprimir al referido contrato<sup>21</sup>.

Adicionalmente, se precisa también por la ley una nueva causa de extinción del referido contrato de trabajo fijo de obra, que es la que se identifica como «por motivos inherentes a la persona trabajadora» – su formulación literal resulta un tanto extraña –, y que, en última instancia constituye la forma en que el legislador asegura una indemnización más baja que la que correspondería con carácter general a este contrato en aplicación de lo establecido en el art. 49 ss. E.T, no por casualidad, se garantiza por ley (DA 3ª.6, Ley 32/2006) la indemnización que ya reconocía el vigente art. 24.8 del VI Convenio colectivo general de la construcción<sup>22</sup>. Esta decisión responde a la conciencia legislativa de que la actividad constructiva con muchísima frecuencia tiene un carácter marcadamente temporal, por mucho que la norma configure el contrato adscrito a obra como indefinido<sup>23</sup>. En última instancia, parece que todo cambia en relación con

---

<sup>21</sup> En este sentido, M. NOGUEIRA, *En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción*, en [almacendederecho.org](http://almacendederecho.org), 10 enero 2022.

<sup>22</sup> El precepto convencional reconocía el derecho a «una indemnización por cese del 7 por ciento calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato, y siempre y en todo caso, respetando la cuantía establecida en el citado artículo 49.1 c) del E.T.».

<sup>23</sup> En este mismo sentido, A. VICENTE-PALACIO, *La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrataciones*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 2, p. 84. Como certeramente ha señalado C. ARAGÓN GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 55-56, la reforma de la DA 3ª de la Ley 32/2006 genera una diferencia de trato entre los trabajadores indefinidos ordinarios y los que se identifican como trabajadores indefinidos adscritos a obra, cuya razón última parece que puede ser la de «lograr la aquiescencia de la patronal y sindicatos con el fin de “rebautizar” el contrato para que, siendo lo mismo que era, no compute a efectos estadísticos».

la contratación laboral en la construcción para no cambiar nada, o siendo más justos, para que cambien pocas cosas, pues como en algún caso ya se ha advertido, conviene no perder de vista que «la inaplicación del régimen extintivo general convierte en mera decoración el calificativo indefinido conferido al contrato»<sup>24</sup>.

No obstante, y a los efectos que aquí interesan, existe un aspecto donde el nuevo tenor de la DA 3ª de la Ley 32/2006 sí resulta novedoso, y es el que tiene que ver con la obligación legal que registran en adelante las empresas de construcción de, a la finalización de la obra en la que presta sus servicios el trabajador de la construcción, realizar a estos trabajadores una propuesta de recolocación, previo desarrollo, de ser preciso, de un proceso de formación. Dicha obligación de recolocación no se contemplaba hasta el momento en el plano legislativo, y tampoco obraba en el ámbito convencional (no lo preveía el mencionado art. 24 del VI Convenio colectivo general de la construcción).

La forma en que se formula esta obligación legal, con todo, no deja de ser curiosa. Para empezar, la propuesta de recolocación se contempla como una suerte de propuesta individualizada que debe formalizarse por escrito mediante una cláusula a anexar al contrato de trabajo (DA 3ª.4, Ley 32/2006). Dicha propuesta, por otra parte, condiciona la extinción del contrato indefinido adscrito a obra, desde el momento en que la norma legal establece que la extinción del contrato sólo podrá producirse por motivos inherentes a la persona trabajadora una vez se haya efectuado la referida propuesta de recolocación.

Pues bien, en este caso, el papel que el legislador reserva a la negociación colectiva es, en principio, de carácter secundario. Y referimos que, en principio es así, porque como es sabido la negociación colectiva con carácter general puede entrar a regular cualquier aspecto de las relaciones de trabajo, siempre que ello no sea contrario a la ley, la moral o el orden público, por lo que, en relación con esta modalidad contractual, como respecto de las demás, no deben descartarse futuras intervenciones de la autonomía colectiva en lo que es la fijación de su régimen jurídico, no

---

<sup>24</sup> A. VICENTE-PALACIO, *Obituario. contrato para obra o servicio determinado: descansa en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!*, AEDTSS, 2022, p. 4. Como gráficamente ha referido C. ARAGÓN GÓMEZ, *op. cit.*, p. 54, salvo las dos mejoras que se refieren en el texto principal de este artículo, a continuación, nada ha cambiado prácticamente, pues: «el previo contrato fijo de obra se extinguía ante la ausencia de una nueva obra en la misma provincia. Y el nuevo contrato indefinido adscrito a obra también y con la misma indemnización. El previo contrato fijo de obra se resolvía si el trabajador no estaba conforme con el nuevo destino. Y el nuevo contrato indefinido adscrito a obra también y con los mismos efectos. Tras la extinción del contrato fijo de obra, el trabajador tenía derecho a desempleo. Y tras la extinción del nuevo contrato indefinido adscrito a obra también y en iguales términos».

obstante, en el caso de esta modalidad contractual no puede obviarse que la reforma laboral de 2021 ha operado una intervención directa de carácter regulador que, sin negar una posterior intervención de la autonomía colectiva, condiciona y limita la misma de manera muy significativa, algo que hasta la fecha no había ocurrido. De hecho, un ejemplo de ello, lo encontramos en la propia DA 3<sup>a</sup>.6 de la ley, cuando, al reconocer a los trabajadores el derecho a una indemnización por la extinción de su contrato, que la norma fija<sup>25</sup>, refiere al mismo tiempo que esa será la indemnización, salvo que el “Convenio General del Sector de la Construcción” establezca una indemnización superior (aunque la ley no hubiera realizado esta apreciación, la fijación por la negociación colectiva de indemnizaciones superiores a la prevista por la ley siempre será posible; es más incluso por convenios colectivos que no sean el referido Convenio General, por tanto de ámbito inferior).

Una primera referencia a considerar es la que guarda relación con el ámbito de aplicación del contrato indefinido adscrito a obra, pues el apartado 1 de la DA 3<sup>a</sup> de la Ley 32/2006 establece que, tendrán dicha consideración los contratos que «tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción».

En segundo lugar, y tal y como señalábamos antes, el legislador contempla igualmente la intervención de la autonomía colectiva respecto de lo que es la configuración del itinerario formativo que ha de situar al trabajador en mejor disposición para que el proceso de recolocación a que se someterá el mismo, tras la extinción del contrato, pueda culminarse de forma exitosa. En concreto, la DA 3<sup>a</sup>.2, en su párrafo tercero, dispone que será la

---

<sup>25</sup> La indemnización se fija, en concreto, en el «siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato». Dicha cuantía es expresiva de la influencia que la práctica negociada ha ejercido sobre el diseño legal realizado en relación con esta modalidad contractual pues, como en algún caso ya se ha señalado (S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Avanzando soluciones frente a la temporalidad en el empleo en el sector de la construcción: el “contrato indefinido adscrito a obras”*, en *esta Revista*, 2022, n. 3, p. 128) la ley lo que hace en este punto, como en otros aspectos de su régimen, es acoger el parámetro tradicional en la materia fijado por el Convenio general del sector de la construcción, en el caso de las extinciones de contratos de obra, eventuales, y de interinidad (art. 25 del VI Convenio, vigente hasta la entrada en vigor de la reforma laboral de 2021), lo que en la práctica supone un montante superior a la indemnización prevista por ley para la terminación de los contratos temporales – doce días de salario por año de servicio –, e inferior a la contemplada para los despidos por causas empresariales (veinte días de salario por año de servicio con el máximo de doce mensualidades).

negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción la que determinará «los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional».

Por otra parte, y adicionalmente a esta previsión legal, la ley reserva, de nuevo a la negociación colectiva de ámbito estatal – en forma imperativa, por cierto, pues establece que ésta «precisará» –, la función de fijar «los criterios de prioridad o permanencia» que deben operar para el caso de que concurren en varios trabajadores a la vez, en relación con la misma obra, que se encuentren en situación de extinguir el contrato de trabajo por los referidos motivos inherentes a la persona del trabajador. Aunque, sobre esta cuestión volveremos un poco más adelante, cuando abordemos la cuestión de la reducción de la temporalidad como objeto de la negociación colectiva, parece claro que el legislador desea que sea la autonomía colectiva la que gestione la forma en que se ha de ordenar la salida o permanencia de los trabajadores con contrato de trabajo fijo de obra cuando concurren las referidas causas legales para su extinción.

Como habrá comprobado el lector, todas las invocaciones del legislador a la negociación colectiva lo son a la negociación colectiva sectorial. El planteamiento legislativo en este sentido no ha de extrañar, pues, como se ha señalado ya, éste ha sido tradicionalmente un sector productivo donde la negociación colectiva se ha caracterizado por apostar claramente por el convenio colectivo sectorial de ámbito estatal<sup>26</sup>. De hecho, el propio VI Convenio general del sector de la construcción (art. 12.1.*b*) abunda en esa idea, estableciendo un largo listado de materias respecto de las que se explicita «que no podrán ser negociadas en ámbitos inferiores, quedando como aspectos reservados de forma exclusiva a la negociación de ámbito estatal»<sup>27</sup>, y entre las que se encuentra precisamente el régimen de la

---

<sup>26</sup> Como recientemente se ha señalado (J.M. MORALES ORTEGA, *Estructura y ámbitos convencionales en el sector de la construcción. Un análisis de los distintos productos de la negociación: mecanismos de coordinación*, en F.J. CALVO GALLEGU (dir.), *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 200) la afirmación del principio jerarquía en favor del convenio colectivo estatal es un elemento característico de la negociación colectiva de este sector desde hace décadas, y contrasta con la situación que registra dicha negociación en otros países de nuestro entorno, como Francia o Portugal, donde la estructura de la negociación colectiva es más rica, sin un predominio tan claro de la negociación colectiva sectorial nacional.

<sup>27</sup> Adicionalmente, y para reforzar la competencia exclusiva del convenio estatal sobre la mayoría de las materias que se consideran centrales en la ordenación de las relaciones de trabajo de este sector, el convenio establece en el art. 12.3 que «De acuerdo con el artículo 84.3 del E.T. las partes firmantes establecen que en el ámbito de una Comunidad Autónoma no podrán negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en el

“contratación”, regulado en los arts. 22-25. De tal manera que la intervención reguladora de la negociación colectiva en ámbitos inferiores, en cuanto «materias específicas de esta concertación colectiva» (art. 12.4), sólo se contempla, en el ámbito provincial o, en su caso, autonómico – se descarta el ámbito de empresa o inferior, cuya operatividad podrá tener lugar, sin embargo, en aquellos casos en que nuestra legislación nacional contempla su aplicación preferente con carácter extraordinario<sup>28</sup> –, y respecto de un número de materias muy concreto, entre las que cabe reseñar, a los efectos que aquí interesan, «el contenido obligacional de los convenios», pues recuérdese que los compromisos de empleo, por ejemplo, suelen tener esta naturaleza<sup>29</sup>.

No queremos terminar, sin embargo, esta aproximación a las novedades registradas en relación con el tratamiento legal de la contratación de duración determinada en el sector de la construcción, y particularmente por lo que respecta al contrato indefinido adscrito a obra, sin realizar algunas consideraciones sobre la forma en que los firmantes del VI Convenio general del sector de la construcción han acogido la modificación de la Ley

---

presente Convenio de ámbito estatal».

<sup>28</sup> No en vano, el art. 12.6 del Convenio colectivo establece que «Todo lo señalado en los apartados anteriores se establece sin perjuicio de lo establecido en el artículo 84.1 y 2 del ET». Con ello, el convenio colectivo, como no podía ser de otra manera, expresa su acatamiento de la regla que garantiza la aplicación del convenio colectivo prior in tempore (apartado 1, art. 84 ET), al tiempo que reconoce la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en relación con las materias expresamente contempladas por la ley, en el propio apartado 2 del art. 84 ET, entre las que nos permitimos destacar la referente a «la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa». La cuestión es que, por lo que respecta al contrato indefinido adscrito a obra, y como se puede constatar, la legislación vigente no realiza atribuciones concretas a la negociación colectiva de empresa para una posterior regulación convencional, por lo que la operatividad de este ámbito negociador quedará al albur de lo que pueda establecerse en unidades negociadoras de ámbito superior, cuando no atender a la cobertura de aspectos de la contratación laboral no regulados específicamente en ámbitos superiores de negociación. Adicionalmente, también hay que recordar que la DA 3ª de la Ley 32/2006 contiene sendas referencias puntuales al convenio colectivo que resulte de aplicación, que en ocasiones puede ser el convenio de empresa, en el caso de dos asuntos menores como son: a) la comunicación de finalización de la obra – que está en el origen de la posible extinción del contrato indefinido adscrito a obra –, que deberá remitirse a «las comisiones paritarias de los convenios de ámbito correspondiente», con una antelación de cinco días a su efectividad (apartado 3); b) el cálculo de la indemnización del siete por ciento, por finalización del contrato, y que ha de hacerse atendiendo a «los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio de aplicación» (apartado 6).

<sup>29</sup> No obstante, el referido art. 12.4 prevé que también serán materias propias de este ámbito negocial, «cualesquiera otras materias no reguladas por los convenios de ámbito superior», así como «cualesquiera otras materias remitidas por los convenios de ámbito superior a los de ámbito inferior».

32/2006, y en última instancia ha adaptado dicho convenio colectivo al régimen legal que regirá esta modalidad contractual en adelante. Y en este sentido, lo primero que hay que señalar es que la reacción de los negociadores fue pronta, ante la necesidad de despejar los interrogantes que podía plantear la aplicación del convenio colectivo a la vista del nuevo régimen legal<sup>30</sup>.

En efecto, con fecha 18 de marzo de 2022 se aprobó una primera modificación del VI Convenio colectivo general, por la que, atendiendo a la habilitación legal contenida en el art. 2 del Real Decreto-Ley, se establecía la regulación convencional *ex novo* del contrato indefinido adscrito a obra, incorporando a tales efectos un nuevo art. 24-*bis* al citado Convenio colectivo general. El acuerdo colectivo alcanzado se mantiene en el ámbito de lo esperado, a la vista del dictado legal, que en gran medida reproduce, al tiempo que realiza algunas precisiones, que sin duda se demandaban y resultan necesarias para la aplicación del nuevo régimen legal.

a) Así, y en primer lugar, el convenio precisa qué ha de entenderse por «finalización de las obras y servicios», precisando que dicha expresión remite a la idea de «terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados por la persona trabajadora».

b) En segundo lugar, matiza que la referida extinción del contrato por causas inherentes a la persona trabajadora, no es aplicable a quienes forman parte del “personal de estructura” de las empresas, al igual que tampoco lo es a los trabajadores que están vinculados a la empresas del sector con contratos indefinidos suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2021 (se precisa que en estos casos el régimen extintivo aplicable es el que rige con carácter general en materia de contratación laboral en el ET).

c) En tercer lugar, en relación con el proceso de formación que antecede a la propuesta de recolocación que pueda formular la empresa, el acuerdo colectivo precisa que la misma tendrá una duración máxima de veinte horas,

---

<sup>30</sup> Téngase en cuenta que, conforme a las DT 1ª y 3ª del RD-Ley 32/2021, los contratos fijos de obra suscritos conforme al régimen del art. 24 del VI Convenio colectivo general, con anterioridad al 31 de diciembre de 2021, resultarían aplicables hasta su duración máxima (entiéndase conforme al régimen convencional vigente a la entrada en vigor de la reforma de 2021 en materia de contratación laboral de duración determinada). Igualmente, la DT 4ª del citado Real Decreto-Ley estableció el régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022, consistente en este caso en ordenar que los mismos se regirían por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se hubieran concertado, si bien su duración no podría ser superior a seis meses. Para comprender esta última transitoria hay que tener en cuenta que la DF 8ª del Real Decreto-Ley dispuso la entrada en vigor, a todos los efectos, del nuevo régimen de la contratación de duración determinada, con fecha 31 de marzo de 2022.

se ejecutará conforme a lo previsto en los apartados 1 y 2 del Anexo XII del VI Convenio colectivo general, y se habrá de impartir dentro de la jornada ordinaria cuando las circunstancias organizativas de la empresa lo permitan, por tanto se trata de formación retribuida, cuestión que la ley no precisaba<sup>31</sup>. Adicionalmente, el acuerdo señala que esta formación ha de adecuarse al puesto, nivel, función y grupo profesional que corresponda al trabajador, identificando como requisito básico de acceso a dicha formación el que la misma resulte necesaria en función, tanto de la propuesta formulada, como que no concurra cualquiera de los motivos de extinción del contrato establecidos en el apartado 5 de la DA 3ª de la Ley 32/2006, a saber: 1) que el trabajador afectado rechace la recolocación; 2) que la cualificación del trabajador, incluso tras un proceso de formación o recualificación, no resulte adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la misma provincia, o no permite su integración en estas, por existir exceso de trabajadores con la cualificación necesaria para desarrollar sus mismas funciones; 3) que no exista en la provincia en la que esté contratado el trabajador obras de la empresa acordes con su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación.

En relación con los referidos motivos de extinción, creemos oportuno realizar las siguientes consideraciones: 1) la DA 3ª de la Ley 32/2006 establece tras la reforma de 2021 que el proceso de formación «podrá desarrollarse con antelación a la finalización de la obra», fórmula que el acuerdo colectivo repite, por lo que tan lícito será ejecutar las acciones formativas con anterioridad a la finalización de la obra, como con posterioridad; 2) que sea lícita esta fórmula no significa que el planteamiento legal sea el más razonable, pues con ello se abre la puerta a que finalmente las acciones formativas no se puedan ejecutar, cuando se estime que existen suficientes trabajadores para cubrir las funciones demandadas, no vaya a obtener el trabajador, pese a realizar el proceso formativo, una cualificación adecuada a las nuevas obras que tenga en la

---

<sup>31</sup> Adicionalmente el acuerdo colectivo precisa que si la formación por razones organizativas tuviera que efectuarse fuera de la jornada laboral ordinaria, el tiempo empleado en las horas de formación del curso «tendrá la consideración de tiempo de trabajo ordinario», de forma que el mismo se retribuirá a valor de la hora ordinaria que fije el convenio colectivo aplicable a la empresa, o, en su caso, se compensará por descanso, si bien ello no significa que pueda tener este tiempo la consideración de horas extraordinarias (en todo caso si esto último es así, y el tiempo empleado en formación no es compensado por descanso, entendemos que, en algún momento la jornada de estos trabajadores deberá ser reestructurada para computar este tiempo de formación; no porque el acuerdo colectivo afirme que el tiempo de formación no va a tener la consideración de horas extraordinarias su naturaleza va a mutar).



empresa en la misma provincia, o la empresa no cuente con obras en ella acordes a la cualificación, funciones y nivel del trabajador, lo cual va en contra de las expectativas de recolocación de éste, por ejemplo en otra empresa del sector.

d) En cuarto lugar, el acuerdo precisa, en línea con la encomienda realizada por la ley, los criterios de prioridad o permanencia a emplear cuando en caso de existir un exceso de personas con la cualificación profesional necesaria para desarrollar las mismas funciones. Pues bien, el acuerdo formula dos criterios a utilizar en estos casos, por el siguiente orden: 1) persona trabajadora con más tiempo de servicio y experiencia en la empresa para el mismo puesto a ocupar en la nueva obra; 2) persona trabajadora con más tiempo de antigüedad en la empresa. La idea por tanto es que, de concurrir varios trabajadores con la cualificación adecuada para ejercer unas determinadas funciones, finalmente las asuma, en primer lugar, el trabajador que lleve más tiempo de servicio y experiencia en el puesto que se ha de cubrir en la empresa; en segundo lugar, a igualdad de méritos en este sentido entre trabajadores, el trabajador más antiguo en dicha empresa.

En segundo lugar, con fecha 25 de marzo de 2022, se aprobó una segunda modificación del VI Convenio colectivo en el que básicamente se acordaba la incorporación al mismo de un nuevo art. 25-*bis*, titulado *Contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial parra formadores*. Si bien esta figura contractual, el contrato de trabajo fijo-discontinuo, será objeto de consideración en páginas posteriores, creemos oportuno en este momento realizar algunas valoraciones sobre los términos de este acuerdo colectivo.

Comenzamos en este sentido por señalar que la nueva modalidad contractual, no contemplada explícitamente en la Ley 32/2006, pretende dar respuesta a la necesidad de formadores que el sector va a registrar desde el momento en que la norma legal obliga a la realización de procesos formativos en beneficio de aquellos trabajadores sujetos a un contrato indefinido adscrito a obra que puedan ver extinto el mismo. Ocurre sin embargo que, el acuerdo, como recoge la propia acta del proceso negociador ejecutado para su conformación, nace cuestionado por el enfoque adoptado en el mismo. En efecto, tal y como indica la referida acta, el sindicato Confederación Intersindical Galega (CIGA) hizo constar en la misma que, a su juicio, la presente modalidad contractual precarizaba las condiciones de los formadores a disposición de la Fundación Laboral de Construcción, en cuanto organismo encargado históricamente en el sector de asumir, entre otras, las tareas formativas del personal del sector. La cuestión no es baladí, sobre todo porque, si bien, el art. 16.5.2º ET prevé la posibilidad de que los convenios colectivos de ámbito sectorial puedan acordar la celebración de estos contratos a tiempo parcial, la misma es una

opción que constituye una excepción a la regla general – que no es otra que el carácter a tiempo completo de estos contratos, asumido, sin embargo, que los periodos intermitentes de actividad que se dan en el caso de los mismos a lo largo del año determinan que tengan ya de por sí una naturaleza a tiempo parcial –, como por otra parte sugiere la ley cuando refiere que la admisibilidad jurídica de estos contratos estará condicionada a que «las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen». De hecho, en alguna ocasión se ha señalado que la «figura del fijo discontinuo no puede dar lugar a contratos indefinidos de segunda categoría»<sup>32</sup>, y, sin embargo, este riesgo puede convertirse en realidad cuando se configura el contrato fijo-discontinuo como contrato a tiempo parcial no existiendo una razón objetiva de peso que lo justifique, como puede ser el caso.

Con independencia de este cuestionamiento, sobre la regulación convencional de esta modalidad contractual procede referir en este momento que el convenio colectivo circunscribe su celebración, «única y exclusivamente, para la realización de los trabajos de prestación intermitente que desempeñen los docentes que atiendan las actividades de formación». Asimismo, el convenio se centra en la regulación de dos aspectos concretos de su régimen convencional, como es, por un lado, la forma en que se efectuará el llamamiento de los trabajadores, para que efectivamente empiecen a trabajar como formadores, y, por otro, la regulación de la conversión de estos contratos en contratos de carácter fijo ordinario (adicionalmente también se incluye una consideración específica en relación a que, en el caso de que el trabajador forme parte de contratatas, subcontratatas o concesiones administrativas, el periodo máximo de inactividad será de doce meses). En relación con este último, resulta objetable que, si bien el convenio colectivo refiere que la empresa «considerará» en el mismo orden que el llamamiento las solicitudes existentes de conversión del contrato fijo-discontinuo, en contrato fijo ordinario, finalmente la decisión se tomará «a criterio de la empresa»; no parece suficiente con la utilización de los criterios establecidos para ordenar los llamamientos de estos trabajadores – donde se establece en el convenio colectivo que se tendrá en cuenta, en primer lugar, al trabajador con más tiempo de servicio y experiencia en la empresa para el mismo puesto, y, en segundo lugar, al trabajador con más tiempo de antigüedad en la empresa –, dejando por tanto a criterio libre de la empresa quién accederá al codiciado contrato indefinido. Igualmente, y, por último, resulta criticable que, pese a que el art. 15.5.3º ET establece con carácter general la posibilidad de que el trabajador pueda tener derecho a una cuantía por fin de llamamiento – se

---

<sup>32</sup> M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 86.

estima por tanto que el trabajador ha sido despedido –, si así lo fija el convenio colectivo sectorial, en esta ocasión no se haya considerado oportuno fijar la misma, aspecto por cierto criticado por el sindicato CIGA en el acta que está en el origen de este acuerdo colectivo. Esta decisión contrasta con la tomada en el caso del contrato indefinido adscrito a obra, donde patronal y sindicatos sí han estimado oportuno, de conformidad con lo establecido por la DA 3ª de la Ley 32/2006 en su versión vigente, fijar una indemnización, del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato.

En tercer lugar, y por último, el 13 de julio de 2022 se firmó un nuevo acuerdo colectivo, en el que además de renombrar, introducir y modificar varios artículos y disposiciones del VI Convenio colectivo general, se incorporaba al mismo un Anexo que, en adelante, se incorporará a todo contrato de trabajo indefinido adscrito a obra. Pues bien, en relación con este acuerdo colectivo, y a los efectos que aquí interesan en estos momentos, hay que comenzar señalando que el presente acuerdo adapta el régimen convencional de la contratación laboral vigente en el sector – contratación de duración determinada, contratación de carácter formativo, etc. –, con carácter general, al régimen legal establecido tras la reforma laboral de finales de 2021. Ello implica la regulación convencional asimismo del contrato fijo-discontinuo (art. 25, VI Convenio colectivo general), en cuanto modalidad contractual establecida por el art. 16 ET, a la que nos referiremos en páginas posteriores, y que no ha de confundirse con el contrato indefinido adscrito a obra (art. 24-*bis*, VI Convenio colectivo general) al que venimos refiriéndonos en estos momentos. No obstante, y en tanto el RD-Ley 32/2021 dispuso la vigencia de los contratos de duración determinada y temporales vigentes con anterioridad al 31 de diciembre de 2021 (DT 1ª y 3ª), hasta su duración máxima, así como la aplicación de un régimen transitorio a los contratos de duración determinada celebrados entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022 (DT 4ª), se decide renombrar los arts. 24 (*Contrato fijo de obra*) y 25 (*Otras modalidades de contratación*) del VI Convenio como las DT 1ª y 2ª del mismo.

En última instancia, este acuerdo no incorpora sustanciales novedades en relación con el contrato indefinido adscrito a obra, más allá de la configuración del mencionado anexo a incorporar a estos contratos. Sí es novedosa, sin embargo, la incorporación al mismo de un régimen específico en relación con el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, si bien el régimen convencional básicamente lo que hace es

reflejar los dictados de la ley. Igualmente es significativa la incorporación, a partir de este acuerdo, de un nuevo art. 25 al VI Convenio colectivo general, en el que se aborda, también por primera vez, el contrato fijo-discontinuo. En relación con este contrato fijo-discontinuo, una de las cuestiones que llama la atención es la insuficiente delimitación del mismo en relación el contrato indefinido adscrito a obra, lo que en un futuro va a ser fuente de problemas. Igualmente, y pese a que tras la reforma laboral de finales de 2021, en los arts. 11, 15 y 16 ET el legislador realiza invocaciones a la negociación colectiva para que se implique en la gestión de la estabilidad en el empleo de los trabajadores con contrato temporal – cuestión a las que nos referiremos más adelante, en el § 4 –, finalmente sólo en relación con esta modalidad contractual aborda, de forma un tanto genérica, el establecimiento de una bolsa sectorial de empleo, que promueva el empleo de estos trabajadores. En relación con la organización y gestión de esta bolsa, que tendrá un ámbito inicialmente provincial, a gestionar por la Fundación Laboral de la Construcción, lo que llama asimismo la atención es que, estableciendo el art. 12 del VI Convenio colectivo general la reserva absoluta para la negociación colectiva sectorial nacional de todo lo que tenga que ver con la contratación y subcontratación laboral en el sector, finalmente esta cuestión de la configuración convencional de las bolsas de empleo se resuelve en el ámbito de conocimiento de los convenios colectivos provinciales.

### 3.3. Los contratos formativos y de relevo

Si abordamos conjuntamente los contratos formativos y de relevo es porque nos parece significativo apreciar, desde un principio, que son estas modalidades contractuales, reguladas en los arts. 11 (contratos formativos) y 12 ET (contrato de relevo), los llamados a constituir el canal por el que, preferentemente, los jóvenes se deberían introducir en el mercado de trabajo español. Sin embargo, como las estadísticas expuestas al principio de este artículo señalan, finalmente las cifras de unos y otros, particularmente del contrato de relevo, son bastante modestas, o al menos de menor entidad de lo que sería deseable. En todo caso, conviene advertir desde el principio que sólo los contratos formativos del art. 11 ET han sido objeto de la acción reformadora del legislador en 2021. Y que en relación con la misma bien puede referirse que asistimos a la enésima reforma de dichas modalidades contractuales con la intención declarada de «establecer una regulación eficaz [...] que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral» (así reza la

Exposición de Motivos de la referida norma legal).

Así, y por lo que respecta al contrato de formación en alternancia<sup>33</sup> – antiguo contrato para la formación y el aprendizaje – quizá la novedad más reseñable sea la eliminación del requisito de la edad, que en sí mismo pudiera parecer un dato menor pero que, finalmente, expresa la voluntad legislativa de habilitar esta modalidad contractual como conducto natural de ingreso al mercado de trabajo de trabajadores que, de cualquier edad, y no necesariamente por debajo del rango de los 25 años, como disponía la ley hasta la entrada en vigor de la reforma señalada<sup>34</sup>. No obstante, esta novedad afecta sólo a aquellos trabajadores que tienen una mayor formación, en concreto formación universitaria, formación profesional o certificado de profesionalidad nivel 3 – en este último caso estamos ante un título que implica unos conocimientos equivalentes al bachillerato –, en tanto para los demás trabajadores la edad mínima se fija en este caso en los 30 años. Igualmente, tampoco podemos obviar que la reforma de 2021 introduce novedades en el régimen de este contrato con el ánimo de «reconducir a la laboralidad todos los mecanismos que contribuyeron a degradar los contratos formativos laborales existentes»<sup>35</sup>, poniendo el acento especialmente en la dimensión formativa de estos contratos, aunque como también han señalado reconocidos juristas, está por ver «si la formación en alternancia será utilizada por las empresas tras la reforma operada por el RDL 32/2021 o será una más de las tantas reformas operadas en la contratación formativa que no han conseguido su objetivo»<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Como refiere el art. 11.2 ET, y en términos parecidos reflejaba el art. 11.2 anterior a la reforma de 2021, esta modalidad contractual tiene por objeto «compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo».

<sup>34</sup> Con anterioridad a la reforma de 2021 el ET (art. 11.2.a) contemplaba la celebración de este contrato sólo en el caso de trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años, de tal manera que sólo en el caso de las personas con discapacidad la ley no establecía un rango de edad a la hora de permitir la contratación de trabajadores bajo esta modalidad. En todo caso, el ET vigente, en su versión tras la reforma laboral de 2021, establece con carácter general en el art. 11.4.g que los límites de edad y duración máxima del contrato formativo – en referencia por tanto a las dos modalidades reguladas por el art. 11 ET –, no será de aplicación cuando se concierte tanto con personas con discapacidad, como con personas pertenecientes a colectivos en situación de exclusión social previstos en el art. 2 de la Ley 44/2007, en los casos en que sean contratados por parte de las denominadas empresas de inserción (pues en este caso habrá que estar a las limitaciones que se fijen al efecto reglamentariamente).

<sup>35</sup> M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 29.

<sup>36</sup> *Idem*. Téngase en cuenta, en todo caso, que como ya se ha señalado por algún jurista (D.

En cuanto al contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios (art. 11.3 ET) – anteriormente conocido como contrato de trabajo en prácticas –, hay que recordar que su objetivo ahora, tras la reforma de 2021, y hace cuarenta años, cuando se configuró en el ET, era, y es, la de situar en el ámbito de la legalidad laboral la obtención de práctica profesional por aquellos titulados recientemente que ansiaban obtener la misma – no en vano la norma estatutaria viene refiriendo desde años atrás que el puesto de trabajo en el que ejerza su labor el trabajador contratado en virtud de este contrato «deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato»<sup>37</sup> –, en cuanto factor clave para la progresión laboral en el mercado de trabajo. Como en el caso de la modalidad anterior, estamos por tanto ante la enésima reforma de un contrato que no ha terminado de funcionar – remitimos en este punto a la estadística sobre la evolución de las modalidades contractuales expuesto en el epígrafe anterior –, y cuyos ajustes normativos se orientan, por un lado, a reforzar la dimensión formativa, y, por otro, a introducir elementos normativos que contengan su uso fraudulento, en forma indebida. En relación con esta última perspectiva, de especial interés dado el enfoque adoptado en el presente análisis (relaciones ley-negociación colectiva).

En todo caso, ambas modalidades contractuales registran novedades en su régimen jurídico que apuntan hacia una definición más precisa de las mismas, buscando entre otros aspectos significativos, en consonancia con la reforma del régimen de la contratación de duración determinada, limitar en mayor medida de lo contemplado hasta el momento por la ley la duración de dichos contratos. Así, y por lo que se refiere al contrato de contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, si con anterioridad a la reforma de finales de 2021 la duración de este contrato oscilaba entre un mínimo de seis meses y dos

---

PÉREZ DEL PRADO, *La reforma laboral de 2021 y el nuevo contrato formativo. ¿La propuesta definitiva?*, en *Labos*, 2022, n. extra., *La reforma laboral de 2021*, p. 18), el uso que las empresas hagan en el medio plazo de los contratos formativos va a depender de las soluciones jurídicas que ofrezca, por su parte, el esperado Estatuto del Becario, y en este último sentido, se abre a la negociación colectiva un espacio interesante por lo que respecta a la gestión negociada del recurso a una y otra modalidad jurídica (contratos formativos y becas).

<sup>37</sup> En concreto, los títulos que posibilitan el acceso a esta modalidad contractual son cualquier título universitario o de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de conformidad con la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral (art. 11.3.a).

años, ahora esa duración se reduce a un máximo de un año (también ocurre con el periodo de prueba, que de contemplar una duración de entre uno y dos meses, pasa finalmente a tener una duración máxima de un mes)<sup>38</sup>. De forma parecida, el contrato de formación en alternancia también ha visto restringida su duración en el tiempo, de manera más apreciable todavía en este caso, pues si con anterioridad a la reforma laboral su duración se contemplaba por ley entre uno y tres años, tras la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 11 ET la vigencia de estos contratos se fija en un mínimo de 3 meses y un máximo de dos años<sup>39</sup>.

Por lo que respecta al papel de la negociación colectiva, si comparamos el ET vigente con anterioridad a la reforma de 2021, y el actual, observaremos que no son más de cinco las materias sobre las que la autonomía colectiva puede operar, y en todo caso normalmente dentro de los márgenes establecidos por la ley. En todo caso, y a diferencia de los contratos de duración determinada del art. 15 ET, sí puede decirse que hay una continuidad en estos años, salvo alguna excepción como se verá, en la consideración de las materias y la forma en que la negociación colectiva opera sobre estos contratos. Las materias en concreto son:

- a. la duración del contrato formativo. En este caso la capacidad de la autonomía colectiva para incidir sobre la duración máxima y mínima del contrato se establece sólo, a día de hoy, respecto del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios (art. 11.3.c ET). En relación con este contrato, la norma legal tras la reforma de 2021 otorga<sup>40</sup>, a los «convenios colectivos de ámbitos

---

<sup>38</sup> Destacable también es en este caso el que la ley restrinja el espacio temporal en el que resultará posible celebrar este contrato una vez obtenida la correspondiente titulación. Así, en tanto con anterioridad a la reforma de 2021 el contrato de trabajo en prácticas podía celebrarse dentro de los cinco años posteriores a la obtención del título – siete años en el caso de un trabajador con discapacidad –, con posterioridad, y a día de hoy, el periodo hábil para ello se reduce, pasando a ser de sólo tres años, que serán cinco años si el trabajador está discapacitado.

<sup>39</sup> Adicionalmente, cabe reseñar la novedad que constituye el que también se haya abierto la puerta a una mayor consideración de la dimensión formativa de este contrato, pues si antes de la reforma laboral de 2021 la ley contemplaba que en el caso de estos contratos el tiempo de trabajo efectivo no podía superar el primer año el 75% de la jornada laboral máxima prevista en convenio colectivo – el 85% en el segundo año –, tras la reforma legal indicada el tiempo de trabajo efectivo no podrá superar el 65% de la jornada laboral en el primer año – el segundo año sigue invariable en su limitación –, lo que sugiere una reducción del tiempo de trabajo efectivo en favor del tiempo dedicado a la formación.

<sup>40</sup> Con anterioridad a esta reforma el art. 11.2.b ET establecía que, por convenio colectivo – sin identificación en este caso de una unidad de negociación específica; por tanto podría negociarse esta cuestión tanto en el ámbito sectorial como empresarial o ámbito inferior –, la duración del contrato fijada inicialmente por ley – entre uno y tres años –, podría ser

- sectorial estatal o autonómico, o en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior», la capacidad de determinar la duración mínima y máxima de los mismos, dentro del margen legal – que se fija entre los seis meses y el año –, atendiendo lo que son las características del sector y las prácticas profesionales a realizar;
- b. la duración del periodo de prueba al que puede ser sometido el trabajador. También en este caso es el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios donde se radica esta previsión<sup>41</sup>, si bien en esta ocasión la norma sí otorga al convenio colectivo, sin identificación de una unidad negociadora preferente, la capacidad de establecer un periodo de prueba de duración completamente distinta a la fijada inicialmente por la ley (un mes (art. 11.3.e ET));
- c. la retribución de los trabajadores contratados bajo cualquiera de estas dos modalidades contractuales. En relación con esta cuestión, el art. 11.3.i ET reconoce implícitamente que es el convenio colectivo el que debe fijar la retribución de los trabajadores con contrato de formación para la obtención de la práctica profesional – textualmente refiere que la retribución por el tiempo de trabajo efectivo «será la fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas» –, si bien limitada esa capacidad por la exigencia de que dicha retribución no sea inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia<sup>42</sup>, al tiempo que tampoco podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional (SMI) en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En sentido parecido, y por lo que respecta al contrato para la formación en alternancia, la ley reconoce al convenio colectivo la capacidad para fijar la retribución de los trabajadores sujetos a este contrato, estableciéndose en esta ocasión como único límite el respeto al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo (art. 11.2.m ET)<sup>43</sup>;

---

alterada, bien es verdad que sin superar la horquilla de entre seis meses y tres años, atendiendo «a las necesidades organizativas o productivas de las empresas».

<sup>41</sup> Ello se explica porque, atendiendo a la naturaleza del contrato de formación en alternancia, donde el trabajador integra su actividad en la empresa en el marco de un programa formativo, carece de sentido establecer un periodo de prueba para quien está en pleno proceso de aprendizaje (de hecho, el vigente art. 11.2./ET prohíbe expresamente el establecimiento de periodos de prueba en relación con estos contratos).

<sup>42</sup> Se trata en este caso de una limitación novedosa no contenida hasta entonces en el ET, pues con anterioridad a la reforma de 2021 la única limitación fijada por la ley era la referente al SMI.

<sup>43</sup> No obstante, y en lo que es un elemento característico de este contrato, el ET refiere



- d. la determinación de los puestos de trabajo a cubrir, en virtud de estos contratos, así como las actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse en virtud de las dos modalidades de contratos formativos contemplados por el ET. Como, en algún caso anterior, de nuevo en esta ocasión el ET (art. 11.4.º) remite al «convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico», o en su defecto, «los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior», la concreción de esta importante cuestión que, de especificarse sin duda limitará, e introducirá elementos de racionalidad, en la utilización de estos contratos por las empresas. La novedad en esta ocasión, si se compara el régimen vigente con el existente con anterioridad a la reforma de 2021, es que a partir de ahora a la negociación colectiva sectorial se le reconoce la capacidad de determinar qué puestos de trabajo, niveles o grupos profesionales pueden desempeñarse bajo cualquiera de las dos modalidades contractuales formativas, pudiendo incluso singularizar su uso – por ejemplo reservando ciertos puestos para ser desempeñados sólo mediante determinado contrato formativo –, cuando con anterioridad a la reforma laboral mencionada el legislador sólo preveía esta circunstancia respecto de los contratos de trabajo en prácticas (actual contrato formativo para la obtención de la práctica profesional), lo que no significaba, sin embargo, que la negociación colectiva de entonces no pudiera asumir la ordenación del recurso a las distintas modalidades de contratos formativos (en definitiva ahora se produce la explicitación de una posibilidad, que antes podía darse, pero sobre la que el legislador pone el foco, interesado sin duda en que la negociación colectiva se ocupe en ordenar el uso de los contratos formativos con independencia de su modalidad);
- e. los criterios y procedimientos para conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres. En consonancia con la preocupación mostrada en los últimos años por alcanzar la igualdad efectiva en las empresas, el art. 11.6 ET establece que en la negociación colectiva «se fijarán» criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres, por lo que hace su vinculación con la empresa diente contratos formativos. De esta previsión legal lo que más llama la atención no es tanto, el que no haya una remisión a la

---

que, «en defecto de previsión convencional» la retribución no podrá ser inferior al 65% el primer año, 75% el segundo año, de la fijada en convenio colectivo para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo (en la versión del ET anterior a la reforma laboral de 2021 la retribución no podía ser inferior al 60% el primer año, lo que implica una elevación del límite retributivo del 5%, en cuanto mínimo).

negociación colectiva sectorial, lo cual es razonable por la conexión que esta cuestión tiene con los planes de igualdad que puedan pactarse en las empresas, como el carácter obligado de su concreción por la negociación colectiva, ofreciendo pocas dudas en este sentido que los negociadores estarán obligados a pactar criterios y procedimientos concretos al efecto (otra cosa es la unidad negociadora donde se pacte, lo que sin duda abre la puerta a la posibilidad de que nada se establezca finalmente al respecto, al no identificarse al menos una unidad negociadora preferente a estos efectos).

En cuanto al contrato de relevo, modalidad regulada en este caso, como se ha señalado, en el art. 12 ET, el apartado 7.º continúa albergando una única referencia a que la negociación colectiva, sin identificación en este caso de una unidad negociadora como preferente, podrá establecer medidas para impulsar la celebración de este contrato. La cuestión es que, pese a la referencia legislativa, ni en el pasado, ni en el futuro más inmediato, se esperan grandes novedades en la materia. En efecto, como han reflejado los estudios realizados sobre convenios colectivos, la jubilación parcial y el contrato de relevo – recordemos que éste contrato se vincula por ley a la existencia de un trabajador que decide jubilarse parcialmente, de forma que la idea, en principio, es que el relevista sustituya con el tiempo al trabajador que afronta los últimos años de su vida activa, tras adquirir la correspondiente experiencia – son supuestos jurídicos de habitual tratamiento en nuestros convenios colectivos<sup>44</sup>. Sin embargo, y como hemos indicado anteriormente, el monto de contratos de relevo firmados resulta muy modesto.

Esta circunstancia se ha considerado que tiene que ver, sobre todo, con la desincentivación del recurso a esta modalidad contractual que se ha inducido por parte del propio legislador, al incrementarse en los últimos años la cotización exigida por estos contratos, en lo que forma parte de una política de endurecimiento de los requisitos para el acceso a la jubilación parcial, ante la constatación de que la realización de contratos de relevo era una situación que beneficiaba a trabajadores relevistas y trabajadores jubilados a tiempo parcial, así como a las empresas, pero que perjudicaba significativamente a las arcas de la Seguridad Social, pues, por ejemplo, en un momento determinado nuestra legislación reconoció periodos de cotización del 100% durante cinco años, cuando ni trabajador relevista, ni

---

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, el análisis realizado en su momento por C. GALA DURÁN, *La relación entre la jubilación y la negociación colectiva tras las últimas reformas*, en *Documentación Laboral*, 2017, n. 112, p. 146 ss.

jubilado parcialmente, cotizaban a este nivel<sup>45</sup>. En definitiva, y como en algún caso se ha expuesto, el legislador, a la vista de las circunstancias concurrentes en este caso, debería cuestionarse si tiene sentido mantener esta modalidad contractual como vía de acceso al mercado de trabajo de los jóvenes, o si por el contrario la misma debería suprimirse, y a partir de esta decisión es cuando debería plantearse la oportunidad de un papel más apreciable de la negociación colectiva, en su caso, en relación con estos contratos<sup>46</sup>.

### 3.4. Los contratos de trabajo indefinidos: el contrato de trabajo indefinido y el fijo-discontinuo

Qué decir sobre el papel de la negociación colectiva en relación con el contrato de trabajo indefinido. Tradicionalmente se ha sostenido, con razón, que esta modalidad contractual es la “preferida” por nuestro ordenamiento laboral, y así puede concluirse cuando se lee el tenor del art. 16.1 ET: «El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido». Sin embargo, esta preferencia ha registrado cambios a lo largo

---

<sup>45</sup> Sobre esta cuestión, y por lo que hace a su evolución, remito al estudio de M. LÓPEZ BALAGUER, *La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual*, en *Lex Social*, 2015, n. 2, p. 108 ss. Como entre otros ha señalado C. GALA DURÁN, *op. cit.*, p. 153, se trataba de una operación (jubilación parcial-contrato de relevo) donde ganaba la empresa, que sustituía un trabajador más costoso por un relevista más barato, ganaba el jubilado parcial, que reducía su jornada de trabajo de forma significativa, cobraba anticipadamente la pensión y el tiempo de jubilación parcial se le computaba a todos los efectos en el momento de la jubilación total, y también el trabajador relevista, que accedería a un contrato temporal de cierta duración, cuando no indefinido, y todo ello a costa de las arcas de la Seguridad Social. En todo caso, recordemos que, desde 2014, la cotización mínima de los trabajadores que acceden a la jubilación parcial se viene incrementando en un 5%, situación que culminará en 2023, cuando se alcance el 100% de la base de cotización, en tanto el vigente art. 215.2.e de la Ley General de Seguridad Social establece que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% del promedio de bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

<sup>46</sup> En relación con este último aspecto, por ejemplo, S. RODRÍGUEZ SAMBLÁS, O. REQUENA MONTES, *Jubilación parcial y contrato de relevo: regulación y prospectiva*, en *Lan Harremanak*, 2021, n. 46, p. 27, han echado en falta un mayor compromiso legislativo con el papel de la negociación colectiva en relación con esta modalidad contractual, planteando fórmulas de mayor calado que el consabido “se podrá establecer”, en favor de otras como “se establecerán” o “se deberán establecer”, utilizadas en otras ocasiones, como es el caso del régimen de acceso a la formación profesional de los trabajadores a tiempo parcial, donde el art. 12.4/ET dispone que los convenios colectivos “establecerán” medidas para facilitar el acceso efectivo a la misma.

de los años en su afirmación, de tal manera que, sin ir más lejos, la reforma laboral de finales de 2021 operó una modificación en la efectividad de la presunción de laboralidad del contrato al establecer en adelante el art. 15.4 ET que los contratos temporales se presumen *iuris et de iure* celebrados con carácter fijo cuando los mismos se celebraron en fraude de ley, norma jurídica que se contrapone a la que, con anterioridad a la citada reforma, afirmaba la mencionada condición de fijo, pero en cuanto presunción *iuris tantum*, lo que otorgaba al empresario un margen para probar la naturaleza temporal prese a la práctica contractual ilegal en la que se había incurrido. De tal manera que, a día de hoy, la presunción *iuris tantum* de que estamos ante un contrato fijo se reserva por la ley a los casos en que no se ha cumplido con la obligación legal, cuando así se establece, de celebrar el contrato por escrito (art. 8.2 ET), o, respecto de los contratos formativos, cuando se cuestiona el propósito formativo de la relación de trabajo, de tal manera que, si no se prueba el cumplimiento de las obligaciones formativas que caracterizan a esta modalidad contractual, entonces sí, el contrato se considerará concertado como contrato indefinido de carácter ordinario (art. 11.b ET). No opera, sin embargo, la referida presunción *iuris tantum*, en virtud de la regla establecida en el párrafo 1º del art. 15.4 ET, en supuestos como el de la superación de la duración máxima del contrato de trabajo de duración determinada, la no especificación, de forma precisa de la causa habilitante de la contratación temporal, la no tramitación en alta en la Seguridad Social, o la no identificación de la persona sustituida o la causa de la sustitución en el caso de una contratación de duración determinada por esta última circunstancia<sup>47</sup>.

A fin de cuentas, estas novedades legislativas abundan en el objetivo declarado por la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley de proceder al «reforzamiento del contrato indefinido». Reforzamiento al que contribuye igualmente, no sólo la reducción de supuestos en que se justifica jurídicamente la realización de contratos de duración determinada, o el endurecimiento de la regla que limita el encadenamiento de contratos de duración determinada, contenida en el apartado 5 del art. 15 ET. En definitiva, el legislador a lo largo de estos años no ha considerado necesario realizar invocaciones a la negociación colectiva en favor de la regulación convencional de esta modalidad contractual, posiblemente por considerar suficiente la expresión, mediante distintas fórmulas legales, de su predilección por estos contratos trabajo. Lo que no quita para que, también en este caso, recordemos que, con carácter general, el convenio colectivo

---

<sup>47</sup> F.R. LACOMBA PÉREZ, *Más indefinidos que nunca. La nueva presunción reforzada del carácter indefinido de los contratos de trabajo*, en *IUSLabor*, 2022, n. 1.

puede abarcar todos aquellos aspectos del régimen de la contratación laboral que los negociadores estimen oportuno, siempre que ello no sea contrario a la ley, la moral o el orden público<sup>48</sup>.

En todo caso, y en contraste con esta situación, nos encontramos con que, en el caso del contrato fijo-discontinuo, las remisiones a la negociación colectiva son de muy distinto orden y naturaleza. En relación con esta modalidad contractual, hay que comenzar señalando la transformación que ha sufrido su objeto, y que es consecuencia, sobre todo, de la operación legislativa por la que se unifica en un solo contrato los supuestos de contratación tanto de los trabajos fijo-periódicos, como de los fijos-discontinuos<sup>49</sup>, al tiempo que se procede a ampliar el ámbito aplicativo de esta modalidad contractual, con el ánimo de ser uno de los instrumentos que contribuyan a contener y limitar las altas cifras de temporalidad que han caracterizado la contratación laboral en nuestro mercado de trabajo hasta la fecha<sup>50</sup>.

Igualmente, cabe reseñar la existencia de novedades relativas en la consideración del papel de la negociación colectiva en relación con la ordenación de estos contratos, y que básicamente remiten a la consideración de nuevos espacios propios de la misma, circunstancia que coincide, a su vez, con el mantenimiento de ciertas invocaciones al papel de la negociación colectiva – aunque con algunas diferencias en su formulación legal –, y con la desaparición de alguna atribución material a la autonomía colectiva. Así, y por lo que respecta a esta última perspectiva, conviene dejar constancia de la desaparición de la norma que habilitaba a los convenios colectivos a establecer «los requisitos y especialidades para la conversión de los contratos temporales en contratos fijos-discontinuos» (art. 16.4 ET en la redacción anterior a la reforma de 2021). La decisión no deja de ser un tanto sorprendente sobre todo cuando es generalizada la impresión de que esta modalidad contractual es la llamada a «reconducir al carácter indefinido los contratos temporales sin causa»<sup>51</sup>. En todo caso, y aunque sobre ello

---

<sup>48</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 63.

<sup>49</sup> Algo, por cierto, demandado por la doctrina desde tiempo atrás. Véase J. GARCÍA ORTEGA, *El contrato fijo-discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica*, en *Documentación Laboral*, 2017, n. 110, p. 98, quien puso de manifiesto cómo carecía de sentido la distinción establecida por la ley desde el momento en que la subdivisión de los trabajos estacionales permanentes en fijos periódicos y fijos discontinuos remitían a trabajos con la misma naturaleza: de reiteración cíclica, ya fueran en empresas de temporada o empresas de funcionamiento continuo.

<sup>50</sup> J. GARCÍA ORTEGA, *El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral*, AEDTSS, 2022.

<sup>51</sup> En este sentido, y entre otros, M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 85, quien precisamente remite a la pretensión legislativa de que en adelante esta modalidad

volveremos en próximo epígrafe, nos permitimos recordar que el art. 15.1 ET contempla, en lo que constituye una novedad, el que los convenios colectivos puedan establecer planes de reducción de la temporalidad, de tal manera que éste debería ser el contexto más lógico en el que establecer criterios que fomenten y ordenen la transición de la contratación temporal a la contratación fija-discontinua.

De cualquiera de las maneras, el legislador continua considerando oportuno que por «convenio colectivo o acuerdo de empresa» se puedan establecer los criterios objetivos y formales de los llamamientos de trabajadores (art. 16.3 ET); o que en el convenio colectivo sectorial se pueda establecer el carácter a tiempo parcial de estos contratos, eso sí, «cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen» (art. 16.5.2º ET). En tanto resultan novedosas las referencias legales a que los convenios colectivos sectoriales podrán fijar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas (art. 16.4 ET), que en todo caso no podrá superar los tres meses; establecer la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo (art. 16.5.2º ET); o fijar un periodo mínimo de llamamiento de los trabajadores, así como una cuantía por fin de llamamiento, a modo de indemnización (art. 16.5.2º ET). Igualmente, en este caso por «convenio colectivo de sector, o en su defecto acuerdo de empresa», la norma contempla el que se podrá establecer el procedimiento para la conversión voluntaria de los trabajadores fijos-discontinuos en fijos cuando existan puestos de trabajo vacantes de carácter fijo (art. 16.7 ET).

En relación con todas estas invocaciones a la negociación colectiva, dos son las consideraciones que procede realizar en este momento. En primer lugar, y como puede constatarse en otros casos, se echa en falta un tratamiento unitario, y más riguroso, de lo que puede hacer la negociación colectiva en esta materia. No sólo es que las remisiones a la negociación colectiva se encuentren desperdigadas a lo largo del art. 16 ET, sin una cierta sistemática, sino que además la atribución competencial parece reflejar un cierto relajamiento en la determinación de las unidades negociales, desde el momento en que no se intuye cuál es el criterio por el que, por ejemplo, ciertas cuestiones sólo pueden regularse por convenio colectivo sectorial, en tanto otras se atribuyen al conocimiento de estos convenios, pero también, en su defecto, al de los acuerdos colectivos de empresa. Como en alguna ocasión ya se ha manifestado<sup>52</sup>, la atribución al convenio colectivo

---

contractual opere una suerte de «sustitución a la inversa, y que de este modo muchos de los contratos incorrectamente calificados como temporales transitaran hacia su correcta calificación como indefinidos».

<sup>52</sup> Véase J.M. GOERLICH PESET, *Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías*, en *Labos*, 2022, n. extra., *La reforma laboral de 2021*, pp. 60-61, para quien si bien

sectorial del conocimiento de ciertas cuestiones que puede entenderse en el caso de ciertas materias, resulta menos comprensible en otros casos (por ejemplo, los criterios objetivos y formales de los llamamientos de trabajadores). De tal manera que, sobre todo, lo que no termina de entenderse es por qué la preferencia legislativa por el convenio colectivo sectorial ha de ser incompatible con la intervención activa de la negociación colectiva de empresa, y particularmente de los acuerdos de empresa, cuando, por ejemplo, el convenio colectivo sectorial no se pronuncia, por la razón que sea, sobre determinados aspectos propios y significativos de la ordenación de esta peculiar modalidad contractual.

En segundo lugar, el planteamiento legal de que el convenio colectivo sectorial pueda habilitar la celebración de contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial se aventura una opción un tanto problemática. Primero porque conceptualmente no termina de estar claro cómo diferenciar estos contratos del contrato de trabajo a tiempo parcial, en cuanto modalidad contractual regulada por el art. 12.1 ET en este último caso<sup>53</sup>. Segundo porque, como en algún caso ya se ha advertido<sup>54</sup>, la previsión legal puede chocar con lo dispuesto por la cláusula 5, § 1, de la Directiva 97/1981, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, cuando establece que los Estados miembros deben eliminar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial. De tal manera que, desde la perspectiva de la cláusula mencionada, no parece correcto el que la celebración de contratos fijos-discontinuos en régimen a tiempo parcial se condicione a que así se prevea expresamente por acuerdo contenido en el convenio colectivo sectorial. Por tanto, con la Directiva en

---

es razonable que sea el convenio colectivo sectorial el que establezca la viabilidad en su caso de los contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial, sin embargo considera que no lo es tanto que el convenio colectivo sectorial sea el único habilitado para establecer el periodo mínimo de llamamiento anual o la cuantía que correspondería al trabajador por fin de llamamiento. Recuerda en este sentido que, dado que estamos hablando de derechos legalmente inexistentes, la ausencia de regulación convencional sectorial debería poder suplirse en el ámbito empresarial, por ejemplo, por acuerdo colectivo de empresa.

<sup>53</sup> En este sentido, y pese a la polémica, para la Seguridad Social la cuestión parece bastante clara: «los trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas no tendrán, a partir de la fecha indicada, la consideración de contratos a tiempo parcial celebrados por tiempo indefinido, sino que tendrán la consideración de contratos fijos-discontinuos» (*Boletín Noticias RED*, 2022, n. 1, p. 2). Para J.M. GOERLICH PESET, *op. cit.*, p. 63, sin embargo, aunque entre las dos modalidades contractuales – reguladas en los arts. 12 y 16 ET, respectivamente –, existe un espacio de intersección de perfiles bien confusos, «la permanencia del art. 12.1 ET ha de conducir a pensar que sigue siendo posible suscribir contratos a tiempo parcial sobre base anual».

<sup>54</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva*, en *Labos*, 2022, n. 1, p. 150.

la mano la inexistencia de una previsión específica en convenio colectivo sectorial no debería impedir dicha opción contractual (en este caso vuelve a ponerse de manifiesto, una vez más, la escasa razonabilidad de ciertas atribuciones, en exclusiva, al convenio colectivo sectorial, y el que la negociación colectiva de empresa no pueda, en principio, tomar cartas en el asunto cuando no se haga en el ámbito supraempresarial).

#### **4. La reducción de la temporalidad como contenido negociador**

Dejamos para el final una cuestión que creo de especial interés, y que tiene que ver con las conexiones que se establecen entre los arts. 15, 11 y 16 ET como consecuencia del evidente interés del legislador por promover la estabilidad en el empleo de los trabajadores, más allá de la afirmación de la presunción como indefinidos de los contratos de trabajo (art. 15.1 ET). En efecto, como se ha señalado hace un instante, el ET tras la reforma de 2021 refiere que los convenios colectivos pueden establecer lo que identifica como “planes de reducción de la temporalidad”, y que esos mismos convenios pueden establecer criterios para la conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos. Sin embargo, sabemos que en nuestro mercado de trabajo la consecución de la estabilidad en el empleo no es fácil, y que éste es un bien por el que también pugnan los trabajadores titulares de contratos formativos. De hecho, el art. 11.6 ET refiere que en la «negociación colectiva» podrán establecerse «compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido», por lo que una gestión coherente de la contratación indefinida aconsejaría poner en conexión las medidas y criterios que se adopten para promover la estabilidad referida tanto de los trabajadores vinculados a la empresa por contratos de duración determinada, como los que lo están en virtud de contratos formativos.

Pero es que también, y como he apuntado, conviene tener en cuenta que el art. 16.5 ET contempla el que los «convenios colectivos de ámbito sectorial» puedan establecer «una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua». Compiten por tanto estos trabajadores por el mismo bien preciado, la estabilidad en el empleo – en este caso empleo efectivo, de forma continuada en el tiempo –, y, por tanto, como he señalado antes, sería conveniente que las previsiones al respecto se establecieran en forma coherente con las medidas y criterios que se pacten para posibilitar el acceso a la condición de indefinidos tanto de los trabajadores con contratos de



duración determinada, como de los sujetos a contratos formativos.

En relación con esta última cuestión, coincido con quienes han puesto el acento en que se dé un desarrollo efectivo de la negociación colectiva sectorial, a la hora de establecer planes efectivos de reducción de la temporalidad<sup>55</sup>, para lo que sería de inestimable ayuda el que los agentes sociales volvieran a concertar un nuevo Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva, que estableciera un conjunto de criterios sobre la forma en que la negociación colectiva<sup>56</sup>, en sus distintos niveles, puede afrontar la gestión de la estabilidad en el empleo. Especialmente interesante es, desde esta perspectiva, la articulación que pueda formularse entre la negociación colectiva sectorial y la de empresa, de forma que se establezcan criterios de racionalidad en una cuestión que cabalga entre la indefinición del legislador, a la hora de identificar la unidad negocial donde preferentemente se debe atender a la regulación de determinados aspectos de la contratación de duración determinada, y la previsión del art. 84.2.d ET, que reconoce la preferencia aplicativa de los convenios de empresa frente a los de ámbito superior, en relación con la «adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa»<sup>57</sup>.

De cualquiera de las maneras, la gestión negociada del empleo, y la reducción o contención de los espacios de temporalidad de nuestro mercado de trabajo, en sede de la autonomía colectiva, se vislumbra como una suerte de intervención no exenta de dificultades habida cuenta de las propias limitaciones que la propia negociación colectiva registra para asumir un papel activo en materias como esta. No es sólo que deba lidiar con las dudas que concita la vinculabilidad jurídica de las cláusulas de empleo pactadas en los convenios y acuerdos colectivos, y las dificultades para

---

<sup>55</sup> J. LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 95-96.

<sup>56</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la postpandemia*, cit., pp. 64-65, entre otros, se ha pronunciado precisamente sobre la oportunidad de la firma de un acuerdo de estas características. Como es sabido, el último Acuerdo Interconfederal (IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva) data de julio de 2018, y, salvo por una referencia al interés de los firmantes del mismo por recuperar el contrato de relevo en términos reconocibles para los intereses de los interlocutores sociales, será recordado por su escasa atención a las cuestiones relacionadas con la gestión del empleo y la lucha contra la temporalidad.

<sup>57</sup> De hecho, para J. LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, p. 97, mientras no se diseñe un modelo convencional sectorial en esta materia, la negociación colectiva de empresa podría perfectamente ocupar este espacio, pues, a su juicio, «lo contrario, aceptar el vacío regulador, va en contra del objetivo de la propia reforma».

exigir judicialmente su cumplimiento<sup>58</sup>, sino que también de forma constante habrá que considerar toda una serie de factores que de distinta manera pueden condicionar la acción de la autonomía colectiva en este ámbito, como es el caso de la propia reserva de ley que con frecuencia opera en materia de contratación – una técnica que, como ya hemos señalado, se utiliza de forma más intensa con ocasión de la reforma laboral de 2021 –, el respeto al principio de igualdad, o el recurso a manifestaciones de la autonomía colectiva de carácter informal o extraestatutario, cuya eficacia limitada en ocasiones dificulta su encaje con los convenios colectivos estatutarios o con el propio principio de igualdad<sup>59</sup>.

Entre esos factores nos permitimos destacar en estos momentos, en primer lugar, la limitación que constituye el tenor del art. 17.1 ET cuando establece con carácter general que serán nulos y sin efecto, entre otras, las cláusulas de los convenios colectivos que den lugar en el empleo a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razones como la edad – pensemos en las políticas de empleo orientadas a fomentar la participación en el mercado de trabajo de los jóvenes, por un lado, y los mayores de 45 años, por el otro –, el sexo o la discapacidad. Ello no significa, sin embargo, que no sea posible la adopción de medidas de acción positiva en favor de colectivos, como los señalados antes, o que registren especiales dificultades para su contratación, siempre, eso sí, que tengan un carácter razonable – en cuanto justificado – y proporcionado.

En segundo lugar, el condicionante que supone, para la efectividad de la negociación colectiva en materia de gestión del empleo, el fenómeno de la subcontratación y de las ET<sup>60</sup>. De tal manera que, en este punto no se puede olvidar la jurisprudencia que afirma la vigencia del principio de correspondencia<sup>61</sup>, por el que las partes en un convenio colectivo no van a poder afectar, estableciendo cláusulas convencionales al efecto, la capacidad decisoria en materia de contratación de quienes no están afectados por el

---

<sup>58</sup> Y que la doctrina ha apuntado como uno de los factores determinantes para que la negociación colectiva hay operado de forma limitada en este terreno (*vid.* B. CARDONA RUBERT, *Cláusulas de empleo*, en I. ALBIOL MONTESINOS (dir.), *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 203 ss.).

<sup>59</sup> *Vid.*, entre otros, las reflexiones realizadas al respecto por A. COSTA REYES, *La negociación colectiva y el empleo. Límites y eficacia de las cláusulas de empleo, un problema no resuelto*, en C. SÁEZ LARA, F. NAVARRO NIETO (coords.), *La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del Siglo XXI*, Bomarzo, 2021, p. 205 ss.

<sup>60</sup> Sobre estas cuestiones, y con mayor profundidad, remito a las consideraciones realizadas por M. TARABINI-CASTELLANI, *Empleo en la negociación colectiva*, La Ley, 2014, p. 122 ss.

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, en el caso de la subrogación empresarial la STS 26 noviembre 2018, rec. 2128/2016.

convenio, de la misma manera que, desde la perspectiva de su contenido normativo, no podrán establecer condiciones de trabajo que se pretendan afecten a empresas ajenas a dicho convenio colectivo<sup>62</sup>. En todo caso, no podemos obviar el distinto escenario que, tras la reforma laboral de 2021, se abre en este punto, desde el momento en que el RD-Ley 32/2021 eliminó el contrato de obra o servicio determinado – herido de muerte tras la doctrina establecida tiempo atrás tanto por el TS (STS 1137/2020), como por el TJUE (STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19) –, y con ello hizo saltar por los aires el modelo predominante en el ámbito de la contrata de obras y servicios, y que se alimentaba básicamente de contratos temporales. Como en algún caso se ha señalado ya, los primeros datos conocidos indican cambios significativos en la política de contratación en este ámbito<sup>63</sup>. Con todo, el cambio tiene claramente un origen legal, de tal manera que el tiempo dirá cuál es el papel que desempeñará la negociación colectiva en este nuevo escenario.

Finalmente, la existencia de ciertas corrientes jurisprudenciales, además de la mencionada anteriormente, que van a condicionar la efectividad de la autonomía colectiva. Este es el caso, por ejemplo, de la doctrina del TS contraria a que los trabajadores fijos-discontinuos realicen varias campañas para una misma empresa<sup>64</sup>, posibilidad que, sin embargo, los tribunales admitieron en otro tiempo. Cómo articular el empleo de estos trabajadores, poniendo en conexión las opciones que tengan de activarse en el seno de la empresa a la que pertenecen, con el desarrollo de actividad laboral en otras empresas del sector, en virtud de las bolsas de empleo que puedan crearse al amparo de lo establecido por el art. 16.5 ET, será sin duda en el futuro una de las cuestiones a clarificar<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Para A. COSTA REYES, *op. cit.*, p. 213, esta jurisprudencia aboca, si acaso, a recurrir a la negociación múltiple – convenios que afectan a una pluralidad de empresas – contemplada por el art. 87.1.3º ET.

<sup>63</sup> Para J. LAHERA FORTEZA, *La contratación laboral en el ámbito de las contratas: de la temporalidad al contrato indefinido*, en *Trabajo y Empresa*, 2022, n. 1, *La regulación laboral de las contratas y subcontratas*, p. 64, los datos oficiales de empleo del periodo enero-junio 2022 permiten afirmar que el objetivo político que buscaba asentar un nuevo paradigma – sustentado en el criterio de que la regla general ha de ser la contratación laboral indefinida, ordinaria o discontinua, a tiempo completo o parcial, y excepcionalmente, y por causas legal justificada en supuestos de sustitución y circunstancias de la producción concurrentes, la contratación laboral temporal – está alcanzado.

<sup>64</sup> Véase, entre otras, la STS 951/2020, de 28 de octubre, que consideró que para apreciar la existencia de un trabajador fijo-discontinuo la prestación de trabajo debía producirse de forma discontinua, por lo que no tendrían dicha condición los trabajadores que presten servicio en una empresa durante largo tiempo y sin solución continuidad.

<sup>65</sup> Pues, como ha señalado J.M. GOERLICH PESET, *op. cit.*, p. 71, la ley (art. 16.5 ET) muestra una clara voluntad de favorecer el agotamiento de las posibilidades existentes en el sector

## 5. Conclusiones

Señalaba la Exposición de Motivos del RD-Ley 32/2021, como uno de sus objetivos, el establecimiento de un «marco normativo novedoso, descargado de lo que la práctica ha demostrado que no funciona, sobre el que sustentar un modelo de relaciones laborales más justo y eficaz», al tiempo que identificaba, como uno de los motores de dicha reforma «la recuperación de los derechos laborales y su garantía». En este contexto, y a efectos de «promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal», el legislador ha entendido – junto con los agentes sociales – que resultaba oportuna una intervención más incisiva de carácter legal que replanteara el espacio en el que puede desenvolverse la negociación colectiva, afirmando el protagonismo de la ley a la hora de fijar su régimen jurídico, en lugar de continuar dejando al albur de esta la gestión ordinaria de la contratación temporal, vista la alta tasa de temporalidad y la elevada rotación laboral de nuestro mercado de trabajo, así como la necesidad de que este mercado ajuste más su comportamiento a las exigencias derivadas de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

Se dibuja, por tanto, un nuevo escenario al que la negociación colectiva deberá ajustar su dinámica de pactos y acuerdos, si bien, como en algún caso se ha señalado ya, se echa en falta una mayor implicación de esta negociación con la estabilización de la situación de los trabajadores en el mercado de trabajo, pues normalmente las invocaciones a la misma en la ley suelen tener un carácter opcional<sup>66</sup>, no obligando a los negociadores a comprometerse con el establecimiento de criterios y medidas que promuevan la conversión de los contratos de duración determinada en indefinidos; circunstancia que también se repite en el caso de los contratos formativos y de trabajo fijo-discontinuo. En este sentido, parece que se sigue asumiendo que la estabilización del personal es una cuestión que compete básicamente al legislador, y ello no debería ser así. Aunque, por otra parte, tampoco podemos olvidar las limitaciones que registra el establecimiento de compromisos de empleo en sede de la negociación colectiva, como ya he indicado.

En todo caso, y desde la perspectiva del régimen legal de la negociación colectiva en materia de contratación laboral, nuevamente hay que lamentar

---

de mantener ocupados a estos trabajadores.

<sup>66</sup> Véase M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 375.

un tratamiento poco riguroso de las invocaciones a la misma en la ley, pues si unas veces las remisiones se realizan a la “negociación colectiva”, en otros casos lo son a los “convenios colectivos”, o al “convenio colectivo sectorial”. Igualmente, también hubiera sido interesante una consideración integrada del acceso de los trabajadores temporales, o que no tienen una vinculación indefinida, a dicha condición, de forma que en un único precepto se hubiera abordado la cuestión de la capacidad de los convenios colectivos para establecer criterios y medidas que favorezcan la estabilidad en el empleo; asimismo, para favorecer la transición de los trabajadores fijo-discontinuos a la condición de trabajadores indefinidos a tiempo completo (pues recordemos que el fijo-discontinuo es un trabajador que sólo se activa laboralmente en determinados momentos del año).

Por último, no podemos por menos que realizar alguna consideración adicional sobre algunos datos proporcionados por estudios más recientes en relación con la evolución del mercado de trabajo español tras la entrada en vigor de la reforma laboral a finales de 2021<sup>67</sup>. En concreto, los análisis recientes indican, en primer lugar, que el objetivo primigenio de la referida reforma, consistente en reducir significativamente la excesiva temporalidad, se estaría alcanzando, desde el momento en que, por ejemplo, el peso de los contratos temporales registrados ha pasado de representar un promedio del 91% en 2019 al 56% en 2022. Igualmente, se ha comenzado a detectar un incremento de las transiciones, tanto desde el paro o la inactividad, así como desde la contratación laboral temporal, a la contratación indefinida ordinaria (entre el 4º cuatrimestre de 2021 y el 4º cuatrimestre de 2022 las transiciones pasaron de representar el 5% al ser el 7%).

En segundo lugar, si bien la contratación fija discontinua ha crecido de manera muy constante y significativa desde abril de 2022 – recordemos que ello se considera que es consecuencia de la reducción de los supuestos en que se justifica la realización de contratos de duración determinada (art. 15 ET), y la desaparición del contrato de trabajo por obra o servicio determinado –, los datos de afiliación en alta en la Seguridad Social de trabajadores acogidos a esta modalidad contractual apenas han variado, lo que se atribuye a la existencia de elevadas tasas de baja, que tienen su origen en la transición de estos trabajadores, tras un cierto periodo de actividad, a la inactividad<sup>68</sup>, lo que en la práctica supone que se encuentren en situación de paro productivo. Añádase a ello, que también se ha detectado una caída de la tasa de permanencia en la empresa de los trabajadores con contrato

---

<sup>67</sup> F. FELGUEROSO, R. DOMÉNECH (coords.), *Observatorio trimestral del mercado de trabajo*, Observatorio Fedea-BBVA, 2023, n. 5.

<sup>68</sup> *Idem*.

de trabajo indefinido ordinario, y una antigüedad inferior al año, y que con frecuencia se ha atribuido, entre otras razones, a la no superación del correspondiente periodo de prueba.

En última instancia, los datos referidos apuntan al espejismo que, en cierta manera, representa el incremento de contratos fijos discontinuos, e indefinidos ordinarios, desde la perspectiva de la permanencia de los trabajadores en las empresas, pues los primeros en cifras muy significativas sólo están trabajando efectivamente durante determinados periodos de tiempo, en tanto los segundos, los indefinidos, están viendo cómo particularmente la no superación de los periodos de prueba los devuelve a la inactividad<sup>69</sup>, y por tanto al desempleo. Necesitamos por tanto una gestión más creativa de la contratación laboral, y en este sentido, entendemos que la negociación colectiva debería dar un paso al frente implicándose de manera más activa en dicha tarea (la negociación colectiva interprofesional y sectorial deberían de servir de faro en este sentido a la autonomía colectiva en ámbitos inferiores). Como cometidos más inmediatos: a) por un lado, la planificación de la transición de los contratos de temporales y fijos discontinuos al ámbito de la contratación indefinida; b) por otro lado, el establecimiento de un régimen más racional en materia de periodo de prueba, desde el momento en que se adivina que éste es la vía de escape a través de la cual las empresas están dando salida a contratos que obligados prácticamente por las disposiciones legales se configuraron como indefinidos, cuando en su ánimo, o realmente, tenían una vocación meramente temporal. A fin de cuentas, la estabilización en el empleo, a ser posible a tiempo completo, no es algo que se pueda pretender alcanzar sólo por designio del legislador, sino que necesita también de un compromiso de los agentes sociales en el ámbito de la negociación colectiva, mediante una eficiente gestión negociada de la contratación.

## 6. Bibliografía

ALMENDROS GONZÁLEZ M.A. (2022), *Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral*, en *Temas Laborales*, n. 161, pp. 361-385

---

<sup>69</sup> Se apunta en este sentido en el análisis de F. FELGUEROSO, R. DOMÉNECH (coords.), *op. cit.*, que la utilización de la figura del periodo de prueba, con profusión, puede explicar de forma significativa el que desde al año 2017, con excepción de 2020, la tasa de permanencia en las empresas, con una antigüedad menor de 6 meses, no haya parado de caer.

- ARAGÓN GÓMEZ C. (2022), *Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos*, en *Labos*, n. extra., *La reforma laboral de 2021*, pp. 43-57
- BALLESTER PASTOR M.A. (2022), *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- CABERO MORÁN E. (2022), *La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad*, en *Trabajo y Derecho*, n. 88
- CALVO GALLEGO F.J., ASQUERINO LAMPARERO M.J. (2022), *Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador*, en *Temas Laborales*, n. 161, pp. 183-216
- CARDONA RUBERT B. (2005), *Cláusulas de empleo*, en I. ALBIOL MONTESINOS (dir.), *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- COSTA REYES A. (2021), *La negociación colectiva y el empleo. Límites y eficacia de las cláusulas de empleo, un problema no resuelto*, en C. SÁEZ LARA, F. NAVARRO NIETO (coords.), *La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del Siglo XXI*, Bomarzo
- CRUZ VILLALÓN J. (2022), *El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva*, en *Labos*, n. 1, pp. 134-152
- CRUZ VILLALÓN J. (2022), *Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia*, en *Temas Laborales*, n. 161, pp. 11-66
- DE VAL TENA A.L. (2021), *El contrato temporal fijo de obra en el sector de la construcción: límites al encadenamiento de contratos y sucesión de empresa. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19)*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 1, pp. 143-155
- FELGUEROSO F., DOMÉNECH R. (coords.) (2023), [\*Observatorio trimestral del mercado de trabajo\*](#), Observatorio Fedea-BBVA, n. 5
- GALA DURÁN C. (2017), *La relación entre la jubilación y la negociación colectiva tras las últimas reformas*, en *Documentación Laboral*, n. 112, pp. 143-161
- GARCÍA ORTEGA J. (2022), [\*El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral\*](#), AEDTSS
- GARCÍA ORTEGA J. (2017), *El contrato fijo-discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica*, en *Documentación Laboral*, n. 110, pp. 93-102
- GOERLICH PESET J.M. (2022), *Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías*, en *Labos*, n. extra., *La reforma laboral de 2021*, pp. 58-72
- LACOMBA PÉREZ F.R. (2022), *Más indefinidos que nunca. La nueva presunción reforzada del carácter indefinido de los contratos de trabajo*, en *IUSLabor*, n. 1, pp. 8-12

- LAHERA FORTEZA J. (2022), *La contratación laboral en el ámbito de las contrata: de la temporalidad al contrato indefinido*, en *Trabajo y Empresa*, n. 1, pp. 45-64
- LAHERA FORTEZA J. (2022), *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch
- LÓPEZ BALAGUER M. (2015), *La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual*, en *Lex Social*, n. 2, pp. 108-132
- LÓPEZ GANDÍA J. (1997), *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch
- MORALES ORTEGA J.M. (2022), *Estructura y ámbitos convencionales en el sector de la construcción. Un análisis de los distintos productos de la negociación: mecanismos de coordinación*, en F.J. CALVO GALLEGU (dir.), *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- NAVARRO NIETO F. (2022), *El contrato temporal de sustitución*, en *Temas Laborales*, n. 161, pp. 133-154
- NAVARRO NIETO F. (2019), *El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada*, en *Diario La Ley*, n. 9441
- NOGUEIRA M. (2022), [En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción](#), en [almacenderecho.org](#), 10 enero
- PASTOR MARTÍNEZ A. (2022), *La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 152, pp. 21-44
- PÉREZ DEL PRADO D. (2022), *La reforma laboral de 2021 y el nuevo contrato formativo. ¿La propuesta definitiva?*, en *Labos*, n. extra., *La reforma laboral de 2021*, pp. 7-18
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2022), [Avanzando soluciones frente a la temporalidad en el empleo en el sector de la construcción: el “contrato indefinido adscrito a obras”](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 3, pp. 88-141
- RODRÍGUEZ SAMBLÁS S., REQUENA MONTES O. (2021), *Jubilación parcial y contrato de relevo: regulación y prospectiva*, en *Lan Harremanak*, n. 46, pp. 13-32
- RUESGA S.M., VIÑAS A. (2022), *La reforma laboral de 2022 en perspectiva económica*, en *Labos*, n. 1, pp. 153-179
- SANGUINETI RAYMOND W. (2022), *Lectura y relectura de la reforma laboral de 2021*, en *Trabajo y Derecho*, n. 88
- SANGUINETI RAYMOND W. (2004), *Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch
- TARABINI-CASTELLANI M. (2014), *Empleo en la negociación colectiva*, La Ley



VICENTE-PALACIO A. (2022), *La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 2, pp. 79-99

VICENTE-PALACIO A. (2022), [Obituario. contrato para obra o servicio determinado: descansa en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!](#), AEDTSS

# Medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo: sus deficiencias y potencialidades en el ordenamiento jurídico español\*

Alejandro MUROS POLO\*\*

---

**RESUMEN:** La regulación internacional sitúa a las medidas sociales de acompañamiento como aspecto central dentro de las consultas del procedimiento de despido colectivo. Para valorar si el ordenamiento jurídico-laboral español es coherente con la promoción de la negociación de tales medidas, el presente trabajo de investigación analiza diferentes elementos de la regulación del despido colectivo: la (in)existencia de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente a la externa; el plan de recolocación externa que se implanta tras la reforma laboral de 2012; la dinámica de las medidas sociales de acompañamiento durante la consulta-negociación; la labor que ejerce tanto la autoridad laboral como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este sentido, así como el control judicial en torno a la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo y en torno al cumplimiento del plan de recolocación externa. Todo ello nos ha permitido concluir que la regulación del despido colectivo presenta una serie de deficiencias que debilitan la efectiva negociación de medidas sociales de acompañamiento y, por ello, se recogen una serie de propuestas de *lege ferenda*.

**Palabras clave:** Despido colectivo, consultas, medidas sociales de acompañamiento, plan de recolocación externa.

**SUMARIO:** 1. Introducción: pasado, presente y futuro de las reestructuraciones empresariales. Especial referencia al despido colectivo. 2. El plan social como eje central en la normativa internacional reguladora del despido colectivo. 2.1. El Convenio OIT C158 y la Recomendación R166. 2.2. La Carta Social Europea del Consejo de Europa. 2.3. El Derecho social comunitario: la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos. 3. Medidas alternativas o complementarias al despido colectivo en la regulación española. 3.1. Aproximación general a la regulación española del despido colectivo: sus elementos

---

\* Artículo realizado en el marco de una estancia predoctoral de 3 meses en la Universidad de Nápoles Parthenope (Italia), financiada por las Ayudas complementarias para estancias breves y traslados temporales destinadas a beneficiarios FPU, convocatoria 2022.

\*\* Investigador Predoctoral FPU (Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario del año 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades, concedidas por Orden 7 octubre 2020), Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España).

delimitadores y la fase de consulta-negociación. 3.2. La inexistencia de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido colectivo. 3.3. La propia regulación de las medidas sociales de acompañamiento en el procedimiento de despido colectivo. 3.3.1. Del plan de acompañamiento social al plan de recolocación externa. 3.3.2. Medidas alternativas o complementarias al despido como contenido de las consultas. 3.4. El control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento: el papel de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 3.5. El control judicial de las medidas alternativas o complementarias al despido colectivo. 4. Diagnóstico y propuestas de mejora. 5. Bibliografía.

## Alternative or Complementary Accompanying Social Measures to Collective Redundancies: Its Deficiencies and Potentialities in the Spanish Legal Order

---

**ABSTRACT:** International regulation places accompanying social measures as a central aspect within the consultations of the collective redundancies' procedure. In order to assess whether the Spanish legal-labour system is coherent with the promotion of the negotiation of such measures, this research paper analyses different elements of the regulation of collective redundancies: the (in)existence of legal preference for internal flexibility measures over to the external; the outplacement plan implemented after the 2012 labour reform; the dynamics of accompanying social measures during the consultation-negotiation; the work carried out by both the labour authority and the Labour and Social Security Inspectorate in this regard, as well as judicial control regarding the negotiation of alternative or complementary measures to collective redundancies and regarding compliance with the outplacement plan. All this has allowed us to conclude that the regulation of collective redundancies presents a series of deficiencies that weaken the effective negotiation of accompanying social measures and, therefore, a series of *lege ferenda* proposals are included.

**Key Words:** Collective redundancies, consultations, accompanying social measures, outplacement plan.

## 1. Introducción: pasado, presente y futuro de las reestructuraciones empresariales. Especial referencia al despido colectivo

Las reestructuraciones empresariales, lejos de convertirse en hechos aislados, se han convertido en mecanismos habituales de respuesta a mercados cada vez más dinámicos, cambiantes e inestables. Los entornos son cada vez más competitivos y mutables a causa del avance de la globalización, la revolución digital que se está viviendo, las diferentes crisis económicas que se suceden en el tiempo, las crisis sanitarias o ambientales que estén por llegar o bien la transición ecológica. En esta idea de la reestructuración y adaptación empresarial como elementos fisiológicos y connaturales a la empresa existen principalmente dos modelos para su implementación, ya sea a través de la denominada “flexibilidad defensiva” o bien a través de la conocida como “flexibilidad ofensiva”<sup>1</sup>.

Frente a modelos de países escandinavos, Alemania o Francia, la opción española de política del Derecho ha venido marcada tradicionalmente por una respuesta a la crisis empresarial en forma de “flexibilidad defensiva”, la cual ha consistido principalmente en el fomento de la flexibilización a ultranza, la desregulación parcial de las relaciones laborales, la proliferación de formas precarias de subcontratación y la aparición de fuertes desigualdades entre los colectivos de trabajadores y las propias regiones. En efecto, desde la propia Reconversión industrial del último cuarto del siglo XX<sup>2</sup> se ha venido gestando en el ordenamiento jurídico-laboral español un nuevo “Derecho flexible del trabajo”, que se ha asentado sobre una “remercantilización” del trabajo, sobre el deterioro de los instrumentos de poder sindical y sobre una “acumulación por desposesión” de lo público en favor de los intereses y organizaciones privadas<sup>3</sup>.

En lo que aquí respecta, con las últimas reformas laborales se ha ido facilitando el recurso al despido frente al uso de las medidas de flexibilidad interna. Con la reforma laboral del año 2010<sup>4</sup> pero, sobre todo, con la

---

<sup>1</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M.Á. ALMENDROS GONZÁLEZ (dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Comares, 2022.

<sup>2</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, 1988, *passim*, donde se defiende que la Reconversión industrial no supuso verdaderamente una política de reindustrialización.

<sup>3</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2017, pp. 11-12.

<sup>4</sup> Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

reforma laboral de 2012<sup>5</sup>, a pesar de que se incidió sobre la regulación de medidas de flexibilidad interna y se pretendía que estas fueran alternativas a los despidos, en cambio, no hubo una verdadera vocación de desarrollar su potencialidad, que quedaba diluida con la facilitación de la flexibilidad externa a través de despidos colectivos u objetivos<sup>6</sup>. La flexibilización causal del despido por causas empresariales, la supresión de la autorización administrativa para el caso de los despidos colectivos y el abaratamiento del despido declarado improcedente se situaban en el camino opuesto a la promoción de medidas de flexibilidad interna, en una mal entendida “flexiseguridad”<sup>7</sup>, auspiciada por los planteamientos de austeridad de la Unión Europea para la salida de la crisis económica del 2008. Además, se ha venido instaurando un rechazable modelo de flexibilidad defensiva orientado, única y exclusivamente, hacia la expulsión de la mano de obra madura a través de prejubilaciones o jubilaciones anticipadas, en contra de la reinserción profesional, recualificación, movilidad interna y retorno de dichos trabajadores<sup>8</sup>.

Tras la masiva destrucción de empleo y el aumento de la desigualdad con la salida del Crack de 2008, la Unión Europea se ha replanteado el enfoque neoliberal anterior. La Estrategia *Europa 2020*, el Libro Verde *Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?* de 2012, la Comunicación de la Comisión *Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración* de 2013, la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia o bien el Pilar Europeo de los Derechos Sociales y su Plan de Acción<sup>9</sup> apuntan a una dirección donde se busque la conservación del contrato de trabajo, a través de medidas de flexibilidad

<sup>5</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>6</sup> Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La flexibilidad interna en el contexto del despido colectivo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M.Á. ALMENDROS GONZÁLEZ (dirs.), *op. cit.*

<sup>7</sup> Si bien se cumplió con uno de los pilares de la “flexiseguridad”, la flexibilización del despido, no se trabajó en los dos restantes: una protección social de desempleo generosa y unas medidas eficientes de políticas activas de empleo y de formación de calidad. En este sentido, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Reformas laborales y “asiatización” de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales*, en *IUST Labor*, 2014, n. 3, p. 3 ss.

<sup>8</sup> Vid. B.M. LÓPEZ INSUA, *Quiebra, concurso y medidas laborales de supervivencia empresarial*, en P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES (dirs.), *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral. Las relaciones de trabajo post-Covid-19 y recientes reformas*, Laborum, 2022, p. 200.

<sup>9</sup> Cfr. Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales*, 4 marzo 2021, COM(2021)102 final.

interna preventivas y consensuadas, como mecanismo de sostenimiento del empleo. La respuesta dada a la Covid-19 desde la Unión Europea, incluidos los fondos *NextGenerationEU*, también avalan esta decisión de política legislativa de primar mecanismos adaptación y resiliencia frente al recurso al despido.

Como es de sobra conocido, el Estado español ha capeado la crisis sanitaria, económica y social de la Covid-19 desde el punto de vista jurídico-laboral a través del recurso a la suspensión del contrato o la reducción de jornada (el conocido como ERTE). Para ello, la legislación de emergencia, en su mayoría fruto de la concertación social, implantó una serie de incentivos que consistieron en la agilización del procedimiento de tramitación o negociación del ERTE; la exoneración o bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social<sup>10</sup>; así como en el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo para los trabajadores afectados por ERTE y el conocido como “contador a cero”, que posteriormente se fue modificando. En el ámbito opuesto, el Derecho social de la emergencia también desincentivó el recurso al despido para garantizar el sostenimiento del empleo. Por un lado, limitó el despido por causa de fuerza mayor o por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o productivas), siempre que dichas causas justificaran el recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo previstos por la normativa Covid-19<sup>11</sup>, así como, por otro lado, introdujo la denominada “cláusula de salvaguarda” o el “compromiso de mantenimiento del empleo” para todas aquellas empresas que se habían beneficiado de las exoneraciones o bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social como consecuencia del ERTE. Cláusula por la que se comprometían a no despedir a trabajadores previamente afectados durante cierto tiempo (alrededor de los 6 meses), en una especie de contraprestación a cambio del fuerte gasto público invertido<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> En función del tipo de ERTE, el tamaño de la empresa, el mes en cuestión, la afectación o desafectación de los trabajadores afectados, la pertenencia a un sector con elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de actividad, las acciones formativas, etc.

<sup>11</sup> Sobre la calificación judicial del despido que vulnera la denominada “prohibición de despedir” han sido muchas las discusiones doctrinales y distintas las posturas defendidas en los tribunales superiores de justicia (con predominio de la calificación de improcedente), hasta que el Tribunal Supremo en su sentencia, en pleno, 841/2022, de 19 de octubre, ha dictaminado que corresponde la improcedencia y no la nulidad.

<sup>12</sup> Para una vista panorámica de las medidas sociales de emergencia durante la Covid-19 relacionadas con el ERTE y la desincentivación del despido, véase A. MUROS POLO, *El fomento de la flexibilidad interna frente al despido ante la crisis de la covid-19: ¿un modelo extrapolable?*, en R. PÉREZ CALLE (coord.), *Empresa, economía y derecho. Oportunidades ante un entorno global y*

Ahora bien, una vez que se ha expuesto el camino recorrido, ha decaído la legislación de emergencia y nos encontramos en la que hasta no hace mucho tiempo se llamaba “nueva normalidad”, procede preguntarse si en la actualidad existe una verdadera promoción de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo en el ordenamiento jurídico-laboral español. Sobre todo, cabe preguntarse esta cuestión tras la reforma laboral de 2021, que no ha modificado el régimen jurídico del despido en general ni el del despido colectivo en particular<sup>13</sup>, sino que tan solo ha mejorado la regulación de los mecanismos de suspensión y reducción de jornada y ha introducido el mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo (arts. 47 y 47-*bis* ET), entre otras cuestiones.

En síntesis, para valorar si la regulación española del despido colectivo es coherente con la promoción de medidas alternativas o complementarias al despido es necesario, en primer lugar, analizar la normativa internacional reguladora del despido colectivo para comprobar qué lugar o importancia le concede a la negociación de tales medidas en las consultas para, en segundo lugar, descender a la ordenación normativa española con el fin de comprobar su cumplimiento. Sobre esta base de la regulación internacional, se abordará un estudio jurídico-crítico acerca de la configuración general del despido colectivo español; de la existencia o no de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente a la flexibilidad externa; de la concreta regulación de las medidas sociales de acompañamiento dentro del procedimiento de despido colectivo (el plan de recolocación externa y la negociación de medidas alternativas o complementarias en las consultas); así como del control administrativo y del control judicial de tales medidas en el ordenamiento jurídico-laboral español. Todo ello para elaborar unas conclusiones críticas y propositivas de *lege ferenda* en la idea de la reestructuración social y jurídicamente responsable.

## 2. El plan social como eje central en la normativa internacional reguladora del despido colectivo

### 2.1. El Convenio OIT C158 y la Recomendación R166

El Convenio OIT C158 de 1982 sobre la terminación de la relación de

---

*disruptivo*, Dykinson, 2022.

<sup>13</sup> El 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, solo ha derogado la DA 16ª ET, referida a la *Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público*.



trabajo, ratificado por España el 26 abril 1985, a pesar de que no se refiere específicamente al despido colectivo como tal, sí que establece determinadas previsiones que tienen relación directa con este procedimiento de despido.

Al margen de la existencia de justa causa para despedir, su control y la reparación por la vía de una indemnización “adecuada”, el art. 13 del citado Convenio indica que «cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos» se deberá de prestar «en tiempo oportuno» «la información pertinente»<sup>14</sup> a los representantes de los trabajadores y entablar con ellos, «lo antes posible», unas consultas «sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos». Además, el art. 14 indica que el empleador que prevea tales terminaciones deberá de notificarlo «lo antes posible»<sup>15</sup> a la autoridad competente, «comunicándole la información pertinente».

La Recomendación OIT R166 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo también ahonda en este sentido cuando indica que «todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados» (§ 19.1). Y añade: «cuando proceda, la autoridad competente debería ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen las terminaciones previstas» (§ 19.2).

En definitiva, desde la regulación en el seno de la OIT ya se aprecia cuál debe de ser el sentido de las consultas: alcanzar un acuerdo que tenga como contenido medidas que eviten, reduzcan o atenúen los efectos del despido colectivo.

Al margen del escaso valor vinculante de las recomendaciones de la OIT, el § 21 de la citada Recomendación R166 recoge incluso ejemplos de

---

<sup>14</sup> El Convenio OIT C158 especifica la «información pertinente» en «los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones» (art. 13.1.a).

<sup>15</sup> «El empleador notificará a las autoridades competentes las terminaciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo con un plazo mínimo de antelación a la fecha en que se procederá a las terminaciones, plazo que será especificado por la legislación nacional» (art. 14.3, Convenio OIT C158).

medidas alternativas al despido:

entre las medidas que deberían considerarse con miras a evitar o limitar al máximo las terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos podrían figurar la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo.

A su vez, la Recomendación resalta la importancia de las reducciones temporales de la duración normal del trabajo en situaciones de crisis transitorias, como medida alternativa al despido colectivo, con ayuda de compensaciones parciales por la pérdida de salario a causa del tiempo no trabajado financiadas según la legislación o prácticas nacionales que, en el caso español, se instrumenta a través de la prestación por desempleo (§ 22). Por otro lado, la mencionada Recomendación OIT también se ocupa de indicar que los trabajadores afectados por el despido colectivo deberían de «gozar de cierta prioridad para ser readmitidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores con calificaciones comparables» (§ 24.1), siempre que hubieran manifestado su deseo de ser readmitidos dentro de cierto plazo a partir de la terminación. Como medidas complementarias la Recomendación se refiere a la recolocación, instando como sujeto activo a la autoridad competente, en lo posible con la colaboración del empleador y los representantes de los trabajadores, impartiendo a dichos trabajadores, llegado el caso, la formación o el readiestramiento necesarios (§ 25.1)<sup>16</sup>. Por último, la Recomendación también se refiere como medida específica de atenuación de los efectos del despido colectivo a la protección de los ingresos durante los procesos de formación o “readiestramiento”, así como al reembolso parcial o total de los gastos para la formación y para la búsqueda de un empleo o bien de los gastos de la incorporación al trabajo cuando este implique cambio de residencia. Una financiación que podrá ser de carácter pública, pues «la autoridad competente debería estudiar la posibilidad de otorgar recursos financieros que cubran en todo o en parte el costo» de estas medidas (§ 26).

---

<sup>16</sup> La Recomendación también se refiere a la labor del empleador cuando indica que, «siempre que sea posible, el empleador debería ayudar a los trabajadores afectados a buscar otro empleo adecuado, por ejemplo mediante contactos directos con otros empleadores» (§ 25.2).

## 2.2. La Carta Social Europea del Consejo de Europa

La Carta Social Europea del Consejo de Europa se constituye como la “Constitución Social” de la Europa amplia<sup>17</sup>. Un texto internacional que se refuerza más si cabe en el ámbito español como garante de los derechos sociales fundamentales con la reciente ratificación de la Carta Social Europea revisada, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y de su Protocolo adicional destinado al sistema de reclamaciones colectivas.

Dicho lo anterior, de los diversos artículos de la Carta que se ocupan del despido<sup>18</sup> destaca el art. 29, que se refiere expresamente al «derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo». En concreto, el citado artículo, en la línea de la OIT, reconoce una obligación por parte del empresario para que informe y consulte «oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos». Y especifica que tales consultas deben de versar «sobre las posibilidades de evitar dichos despidos colectivos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados»<sup>19</sup>.

## 2.3. El Derecho social comunitario: la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos

En el plano del Derecho de la Unión Europea destaca, con el mismo valor jurídico que los Tratados originarios<sup>20</sup>, la Carta de Derechos Fundamentales

---

<sup>17</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 4.

<sup>18</sup> Es especialmente polémico el derecho a la protección en caso de despido injustificado del art. 24 CSE revisada, que ha dado lugar a diversas decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales. Véanse, entre otras, las decisiones sobre el fondo adoptadas el 23 de marzo de 2022 y el 5 de julio de 2022 contra las reclamaciones colectivas presentadas por varios sindicatos franceses, que entendieron la violación del art. 24 de la Carta y que pueden marcar el camino a las reclamaciones colectivas, pendientes de resolución, presentadas por UGT (n. 207/2022) y CCOO (n. 218/2022) contra el Estado español.

<sup>19</sup> Un análisis más exhaustivo de este art. 29 de la Carta Social Europea en J.L. MONEREO PÉREZ, *Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (artículo 29)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017.

<sup>20</sup> Art. 6.1 TUE.

de la Unión Europea, la cual si bien no se refiere expresamente al despido colectivo en su articulado<sup>21</sup>, sí que se refiere en el art. 27 al derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa. En concreto, se indica que «se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales».

En cuanto al ámbito específico del despido colectivo en el Derecho social comunitario es esencial la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, que supedita el despido colectivo, en síntesis, a un procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores, así como a una notificación a la autoridad competente para que pueda desempeñar las funciones que le corresponden. Esto lo que se conoce como la “procedimentalización” del despido colectivo, esto es, el cumplimiento de una serie de requisitos procedimentales guiados por la “negociación colectiva gestional” para que el despido colectivo pueda surtir efecto<sup>22</sup>. Lo que pretende precisamente la Directiva sobre despidos colectivos es legitimar la decisión empresarial del despido colectivo a través de un procedimiento específico, que no impide la unilateralidad de la decisión empresarial de despedir (ya que no se exige el acuerdo o el visto bueno de la Administración laboral), pero que sí consigue una limitación significativa de la discrecionalidad del empleador al tener que negociar con los representantes legales de los trabajadores y comunicar su proyecto de despido a la autoridad laboral<sup>23</sup>.

El art. 2.2 de la Directiva comunitaria reitera lo dispuesto por otras instancias internacionales cuando detalla el contenido de las consultas, las cuales deberán de versar sobre «las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos». Como se puede observar, al igual que ocurre en la normativa de la OIT y del Consejo de Europa, las medidas sociales de acompañamiento ocupan

---

<sup>21</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea solo se refiere al despido para los supuestos de protección en caso de despido injustificado (art. 30) y protección contra el despido por causa relacionada con la maternidad (art. 33).

<sup>22</sup> Sobre la “procedimentalización” del despido colectivo en la regulación comunitaria, véase J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, 1992, y J.L. MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Civitas, 1994.

<sup>23</sup> *Vid.* J. CRUZ VILLALÓN, [La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos](#), en [Temas Laborales](#), 1997, n. 44.

un lugar central en el procedimiento de despido colectivo. A pesar de que la regulación comunitaria ha optado por un modelo abierto en el caben diferentes opciones de política legislativa desde la perspectiva de un “mínimo común denominador”, en un intento de conjugar la racionalidad económica y social que inspira la ordenación normativa del despido colectivo<sup>24</sup>, resulta claro que el contenido de las consultas, desde la perspectiva de alcanzar acuerdos sobre medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, se configura como un contenido mínimo o esencial.

La participación de los representantes de los trabajadores se dirige, en un primer lugar, a la búsqueda de alternativas a los despidos y, en un segundo lugar, a la búsqueda de ayudas para la readaptación o reconversión de los trabajadores que, final e inevitablemente, han sido despedidos. Es por ello que algunos autores afirman que la voluntad de la Directiva comunitaria es instaurar al despido colectivo como medida de *ultima ratio*, tal y como también se manifiesta la propia Unión Europea en diversos documentos políticos<sup>25</sup>. Se trata, en fin, de una tutela comunitaria basada sobre medidas de carácter preventivo, esto es, antes de que se produzca el despido colectivo<sup>26</sup>.

Además, el legislador comunitario obliga al empresario, en aras de garantizar una efectiva “consulta-negociación”<sup>27</sup>, a que informe a los representantes de los trabajadores para que estos puedan formular propuestas constructivas durante las consultas. De este modo, la Directiva detalla una serie de elementos informativos que deben de comunicarse a los representantes de los trabajadores «en cualquier caso» (art. 2.3.b)<sup>28</sup>, así como recoge una cláusula general por la que debe de proporcionarse «toda la información pertinente» a los representantes (art. 2.3.a). Y, en coherencia

<sup>24</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno*, en *Temas Laborales*, 2015, n. 130, pp. 314-316.

<sup>25</sup> Véase C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 26-27.

<sup>26</sup> Vid. J.M. SERRANO GARCÍA, *El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 99, p. 208.

<sup>27</sup> Para una explicación de lo que supone una consulta-negociación a diferencia de lo que suponen otro tipo de consultas, *cf.* J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., p. 159 ss.

<sup>28</sup> «i) los motivos del proyecto de despido; ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido; vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales».

con el contenido de las consultas, dentro de esta cláusula genérica o abierta debería de incluirse la información relativa a las medidas sociales de acompañamiento<sup>29</sup>.

En el ámbito de la Directiva 98/59/CE también juega un papel importante la autoridad pública, al estilo de lo dispuesto por la Recomendación OIT R166. Existe un plazo de 30 días (plazo mínimo, que puede ser ampliado)<sup>30</sup> durante el cual los despidos colectivos no podrán tener efecto (art. 4.1), y será este plazo el que la Administración laboral aprovechará para buscar «soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados» (art. 4.2)<sup>31</sup>. Dicha intervención pública se justifica desde la perspectiva del rol que desempeña la Administración como garante del interés general que, precisamente, es el que se podrá ver afectado por la decisión de despido colectivo. En concreto, el fuerte gasto público que puede suponer para las arcas del Estado un amplio número de despidos en materia de prestaciones por desempleo<sup>32</sup>, o bien la importante afectación que pueda tener tal decisión de despido en mercados de trabajos locales hace necesario la intervención de la Administración Laboral.

Asimismo, la Directiva posibilita que los Estados miembros puedan conceder a la autoridad pública competente la facultad de prorrogar el plazo inicial de 30 días hasta 60 días después de la notificación del proyecto de despido colectivo «cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial», sin perjuicio de facultades prórroga más amplias concedidas por los Estados miembros (art. 4.3). Esta prórroga deberá de ser avisada al empresario antes de que finalice el plazo inicial de 30 días.

De este modo, la Directiva 98/59/CE impone a la Administración laboral una función de apoyo y mediación, como forma de implicación en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados, proponiendo soluciones equilibradas entre los actores sociales<sup>33</sup>. El papel de la autoridad

---

<sup>29</sup> Vid. F. NAVARRO NIETO, *Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo*, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 272.

<sup>30</sup> También es cierto que el art. 4.1 de la Directiva permite a los Estados miembros que puedan conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo de 30 días.

<sup>31</sup> La Administración de igual modo desempeña un papel pasivo en la recepción de la comunicación a los representantes de los trabajadores (art. 3), aunque en cierto modo ello se configura necesario para que la autoridad pública pueda desempeñar su labor de “buscadora” de soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo.

<sup>32</sup> Vid. J.M. SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 212.

<sup>33</sup> Véase J.L. MONEREO PÉREZ, *La intervención administrativa en los despidos colectivos*, en *Temas*

pública se presenta en clave mediadora, no dirimente, tendente a la búsqueda de acuerdos en virtud del art. 2.2 de la Directiva o a la adopción de medidas compensatorias, paliativas o atenuadoras del proyecto de despido colectivo. Un papel mediador que aparece claramente reforzado por la posibilidad de que los representantes de los trabajadores dirijan sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente (art. 3.2)<sup>34</sup>. Para un sector doctrinal tales medidas propuestas por la autoridad pública para afrontar los problemas derivados del despido colectivo parecerían más ir en la línea de medidas complementarias, como mecanismos compensatorios (prestaciones por desempleo) o mecanismos jurídico-administrativos de intervención del mercado de trabajo (planes de formación profesional, recolocación de trabajadores despedidos, etc.), sin desmerecer la importancia que pueda acarrear la función mediadora por parte de la autoridad pública en cuanto la consecución del acuerdo en el período de consulta-negociación<sup>35</sup>.

El legislador comunitario busca, así, el establecimiento de garantías sociales de negociación del proceso de reestructuración y de garantías del intervencionismo de apoyo y mediación activa para la solución de los problemas planteados por los despidos colectivos. La Directiva 98/59/CE no tiene la finalidad principal de facilitar los despidos, ni tampoco de orientar exclusivamente las soluciones a las reestructuraciones a través de la “monetización” de las indemnizaciones<sup>36</sup>, pues si atendemos a diferentes comunicaciones de la Comisión Europea, se puede observar que lo que realmente se busca es una intervención preventiva y proactiva de todos los agentes implicados en el conflicto (empresario, trabajadores y autoridad pública) para evitar la medida más lesiva, el despido colectivo, y garantizar soluciones equilibradas y consensuadas tendentes a la maximización de los intereses en conflicto, junto con ayudas a la reinserción laboral de los despedidos<sup>37</sup>.

---

[Laborales](#), 2014, n. 125, p. 268 ss., donde se indica que este modelo de intervención pública participativo es tributario en cierto modo de lo previsto en el Convenio OIT C158, que recoge el simple deber de notificar el proyecto de despido y la fecha en que se producirán las extinciones, y de lo previsto en la Recomendación OIT R166, en la que se recoge una tímida o débil función proactiva de la autoridad pública.

<sup>34</sup> Vid. J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 64.

<sup>35</sup> Véase J.R. MERCADER UGUINA, *El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas*, en M. GODINO REYES (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 381-382.

<sup>36</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, [La intervención administrativa en los despidos colectivos](#), cit., pp. 270 y 271.

<sup>37</sup> En este sentido, véase C. SÁEZ LARA, *op. cit.*, pp. 180-182, donde se analizan los principales documentos de la Unión Europea.

### 3. Medidas alternativas o complementarias al despido colectivo en la regulación española

#### 3.1. Aproximación general a la regulación española del despido colectivo: sus elementos delimitadores y la fase de consulta-negociación

Una vez que se ha detallado la normativa internacional reguladora del despido colectivo y se ha puesto de relieve la importancia que la misma le concede a la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, es necesario esbozar una configuración general del despido colectivo en el Derecho español para poder valorar si efectivamente dichos estándares internacionales se cumplen en el ordenamiento jurídico español.

Antes de analizar someramente los requisitos configuradores del despido colectivo y su procedimiento en el Derecho español es necesario destacar la progresiva flexibilización a la que se ha visto sometida el instituto del despido colectivo en las últimas décadas. Máximo representante de ello ha sido la reforma laboral de 2012<sup>38</sup>, que ha afectado no solo al elemento causal, eliminando el elemento teleológico de su definición, sino que, a su vez, ha modificado de forma sustancial el procedimiento de despido colectivo al suprimir la autorización administrativa para despedir. En los últimos tiempos la configuración jurídica del despido colectivo ha transitado de ser considerada un mecanismo anormal o extraordinario, a su “plena normalización jurídica ordinaria” al servicio de los poderes empresariales para gestionar sus recursos humanos en un entorno globalizado y cambiante<sup>39</sup>.

Precisado lo anterior, los elementos delimitadores del despido colectivo en la regulación española se recogen en el art. 51.1 ET, siendo los siguientes.

#### *Elemento causal*

El despido colectivo tiene que justificarse en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (las denominadas “causas empresariales”). Como se ha indicado, las causas para despedir se han ido flexibilizando

---

<sup>38</sup> Encarnada en el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la posterior Ley 3/2012.

<sup>39</sup> Véase J.L. MONEREO PÉREZ, *El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, pp. 318-319.



progresivamente, posibilitándose en la actualidad el despido por causas económicas basado sobre pérdidas previstas o disminución persistente en el nivel de ingresos ordinarios o de ventas.

#### *Elemento cuantitativo-numérico*

Para que se configure jurídicamente el despido colectivo es necesario que se alcance un determinado umbral de despidos, ya que de lo contrario se trataría de despidos objetivos individuales o plurales que no están protegidos por las garantías del despido colectivo. Es necesario que se produzcan al menos 10 despidos en empresas de menos de 100 trabajadores; que se produzca un 10% de despidos en empresas de entre 100 y 300 trabajadores; que se produzcan al menos 30 despidos en empresas de más de 300 trabajadores. En virtud de la sentencia *Rabal Cañas*<sup>40</sup>, se admite que se puedan computar los despidos tomando como referencia el centro de trabajo, siempre que este emplee habitualmente a más de 20 trabajadores<sup>41</sup>.

#### *Elemento temporal*

Para que se trate de un despido colectivo es necesario, asimismo, que los despidos por causas empresariales superen este determinado umbral en función del tamaño de la empresa en un determinado período de tiempo. Dicho período en la regulación española es de 90 días, debiendo de computarse bidireccionalmente, tanto “hacia atrás” como “hacia delante”, a raíz de la doctrina *Marclean* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>42</sup>.

Por tanto, una vez que se reúnen tales requisitos opera el bloque normativo regulador del despido colectivo, por el cual debe de observarse un determinado procedimiento para proceder a la extinción de los distintos contratos de trabajo. Dicho procedimiento está compuesto principalmente: por un deber de información a través de la comunicación inicial<sup>43</sup>; por una

---

<sup>40</sup> STJUE 13 mayo 2015, asunto C-392/13, *Andrés Rabal Cañas c. Nexea Gestión Documental, S.A., y Fondo de Garantía Salarial*.

<sup>41</sup> *Vid.*, entre otras, STS 17 octubre 2016, rec. 36/2016, y STS 22 septiembre 2021, rec. 106/2021.

<sup>42</sup> STJUE 11 noviembre 2020, C-300/19, *UQ c. Marclean Technologies, S.L.U.*, doctrina asumida por el Tribunal Supremo en sus sentencias 9 diciembre 2020, rec. 55/2020, y 21 julio 2021, rec. 2128/2018.

<sup>43</sup> El contenido esencial de la comunicación inicial debe de contener los siguientes extremos según el art. 51.2 ET: «a) La especificación de las causas del despido colectivo

serie de consultas (o consulta-negociación) con los representantes de los trabajadores, cuyo contenido mínimo debe versar «sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad»; así como, por último, por un deber de notificación a la autoridad competente a través de la copia de la comunicación inicial a los representantes de los trabajadores. Veamos en los siguientes apartados, por tanto, si el procedimiento de despido colectivo y sus diferentes fases son coherentes con la promoción de negociación de medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo.

### **3.2. La inexistencia de preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente al despido colectivo**

Resulta expresivo indicar que incluso desde antes del inicio del procedimiento de despido colectivo no existe preferencia legal por medidas de flexibilidad interna frente al despido. Según reiterada jurisprudencia, ante la inexistencia de previsión legal expresa, el empresario es libre de decidir si acude a mecanismos de flexibilidad interna o externa, como es el despido colectivo, siempre que la causa alegada sea razonable en relación con los despidos propuestos. De lo contrario, si el juez declara improcedente un despido por entender que era más idóneo un mecanismo de flexibilidad interna estaría realizando un “juicio de oportunidad” que la ley no permite<sup>44</sup>. Es decir, el control judicial debe de circunscribirse a que la causa del despido colectivo sea de tal entidad que justifique el número de despidos llevados a

---

conforme a lo establecido en el apartado 1 (presentando, asimismo, la memoria de las causas según lo previsto en el RD 1483/2012, de 29 de octubre). b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. d) Periodo previsto para la realización de los despidos. e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos. f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales».

<sup>44</sup> *Cfr.* STS 28 febrero 2018, rec. 1731/2016; STS 26 marzo 2014, rec. 158/2013; STS 27 enero 2014, rec. 100/2013. Respecto a la facultad de que el empresario decida alternativamente acudir a un ERTe o a un despido colectivo por las mismas causas, *cfr.* STS 16 diciembre 2021, rec. 210/2021.

cabo o propuesto, sin entrar a valorar otras medidas que quizás hubieran sido más idóneas, tales como medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, pues solo han de excluirse «en todo caso, como carentes de “razonabilidad” y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores»<sup>45</sup>. Más bien se trata de un control de razonabilidad sobre un juicio de mínimos, esto es, sin poder descartar la causa del despido porque exista una medida empresarial que se hubiera podido tomar que, por ser menos traumática o lesiva para los derechos de los trabajadores, hubiera sido más apropiada<sup>46</sup>. En otras palabras, como indica el propio Tribunal Supremo, «hay que entender que el canon de control que la ley establece no se corresponde con lo que se ha llamado un control de óptimos, consistente en que el órgano judicial verifique que la medida adoptada ante la situación negativa es la más adecuada – en sentido técnico gestión empresarial o en términos de coste social –, sino a un control del supuesto de hecho en el sentido de que ese órgano debe limitarse a verificar si la situación fáctica es la prevista en la norma para determinar la procedencia del despido, con independencia que pueda ser posible otra que a juicio del órgano que realiza el control resultara más adecuada»<sup>47</sup>. En este sentido, para autorizada doctrina la eliminación del elemento teleológico de la definición causal ha supuesto un aumento del poder de gestión unilateral del empresario, así como ha dificultado el control judicial del elemento causal al introducirse mayores posibilidades de alegación de despido colectivo o bien al reducir la gravedad o actualidad exigible para las extinciones<sup>48</sup>.

Es más, tras la reciente reforma laboral de 2021<sup>49</sup>, fruto del acuerdo en sede de concertación social, no se ha introducido finalmente, aunque se preveía en algún borrador<sup>50</sup>, una preferencia legal en el ET. A pesar de que en determinadas situaciones coyunturales el legislador ha optado por

---

<sup>45</sup> STS 26 marzo 2014, cit.

<sup>46</sup> *Vid.* J.R. MERCADER UGUINA, A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 36.

<sup>47</sup> STS 26 marzo 2014, cit.

<sup>48</sup> Véase J.L. MONEREO PÉREZ, *El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno*, cit., p. 322.

<sup>49</sup> RD-Ley 32/2021.

<sup>50</sup> «El Mecanismo de Sostenibilidad en el Empleo será preferente frente a las extinciones por causa económica, técnica, organizativa o de producción, debiendo la empresa motivar suficientemente en el caso de extinción por estas causas que el mecanismo del presente precepto [47-*bis* ET] es inviable para resolver de modo proporcionado y razonable la situación en la que se encuentra la empresa» (propuesta en borrador del apartado 8 del art. 47-*bis* ET).

promocionar medidas de flexibilidad interna, como la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de jornada frente al despido (como ha ocurrido en el caso de la Covid-19, la erupción del volcán de La Palma o la guerra de Ucrania), y se han demostrado sus efectos positivos en la situación del mercado de trabajo, no se ha optado por introducir una suerte de preferencia legal o de prioridad aplicativa de medidas de flexibilidad interna. La reforma laboral de 2021 no ha modificado la regulación del despido colectivo, más allá de la derogación de la DA 16ª ET para el despido colectivo en el sector público, lo cual provoca que, junto con la interpretación jurisprudencial comentada, la figura del despido colectivo no sea considerada jurídicamente en la actualidad como una medida de *ultima ratio*<sup>51</sup>.

### **3.3. La propia regulación de las medidas sociales de acompañamiento en el procedimiento de despido colectivo**

#### **3.3.1. Del plan de acompañamiento social al plan de recolocación externa**

La reforma laboral de 2012 también afectó a la regulación de las medidas sociales de acompañamiento en el despido colectivo. Antes de la modificación, el empresario estaba obligado a entregar un plan de acompañamiento social junto con la comunicación inicial si la empresa tenía 50 o más trabajadores. Una obligación que se introdujo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en un intento de que el empresario se hiciera responsable de los efectos negativos que su decisión empresarial de despedir provocaba sobre el empleo, reconociendo a los trabajadores el derecho no solo a una indemnización económica, sino otra serie de derechos frente al despido,

---

<sup>51</sup> Para J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 762, otra interpretación jurídica es posible si se atiende al escalonamiento de las distintas medidas de reestructuración empresarial que establece el ET, junto con el principio de proporcionalidad que se aplica en el control judicial. Además, la reforma laboral de 2021 ahonda en este sentido cuando establece la prioridad de medidas de reducción de jornada frente a suspensión del contrato (art. 47.7 ET), y cuando reconoce en su exposición de motivos que los ERTE se constituyen como «fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones». Además, este autor defiende que «el despido colectivo no suele ser, por tanto, la primera de las alternativas barajadas por el empresario, incluso cuando la gravedad de la situación pudiera inclinar su criterio a tal decisión» (*ibidem*, p. 764).

aunque desgraciadamente la cultura negocial siguió muy centrada en la “monetización” de las extinciones<sup>52</sup>.

En la actualidad, esta obligación ha sido sustituida por la presentación de un plan de recolocación externa, a través una empresa de recolocación privada para el caso de que el despido afecte a más de 50 trabajadores (art. 51.10 ET)<sup>53</sup>, siempre que la empresa que despide no se encuentre sometida en procedimiento concursal. Se trata, en fin, de la contratación de unos servicios de recolocación o de *outplacement* con un agente privado de intermediación o una agencia de colocación especializada<sup>54</sup>, para que los profesionales que deban buscar un nuevo empleo lo encuentren, de forma que satisfaga sus expectativas en el menor plazo posible<sup>55</sup>. El art. 51.10 ET indica que «dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo». Es un plan que, por ende, se aleja de la tutela indemnizatoria del trabajador despedido y se focaliza más sobre la dimensión “empleativa” o de la empleabilidad de los trabajadores excedentes<sup>56</sup>. No obstante, como se tendrá ocasión de comentar, a raíz de la escasa exigencia en el nivel de cumplimiento dicha obligación se ha convertido más en una obligación de medios que de resultado.

En la línea de lo expuesto, tras la reformulación del art. 51 ET en el año 2012, el apartado que se ocupa ahora del procedimiento de consulta-negociación suprime cualquier referencia al plan de acompañamiento social. En concreto, el art. 51.2 ET solo se refiere a las medidas sociales de acompañamiento, como “herederas” del antiguo plan social y como

---

<sup>52</sup> Vid. J.M. SERRANO GARCÍA, *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, 2002, pp. 65-66 y 101 ss.

<sup>53</sup> También puede ocurrir que se alcance el umbral de 50 extinciones junto con las denominadas «extinciones asimiladas» a las que se refiere el art. 9.5 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RPDC), por «motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>54</sup> Las agencias de recolocación que deseen intermediar en el mercado de trabajo deberán de presentar con carácter previo una declaración responsable ante el servicio público de empleo competente (art. 43, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo).

<sup>55</sup> Para C. SÁEZ LARA, *Espacios y funciones de las empresas de recolocación*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 107, pp. 338-339 y 343, la actividad de recolocación o de *outplacement* consiste principalmente en proporcionar servicios de apoyo, información y asesoramiento para la búsqueda de un nuevo empleo (que también puede ser por cuenta propia) al objeto de conseguir que el trabajador gestione con éxito su propio “proceso de recolocación”.

<sup>56</sup> Véase J.L. MONEREO PÉREZ, *El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012*, cit., p. 340.

contenido mínimo de las consultas, aunque sin que exista la obligación de presentar un plan junto con la documentación inicial si la empresa tiene 50 o más trabajadores, lo cual supone un hito fundamental respecto a las anteriores regulaciones<sup>57</sup>. Ahora lo que debe de entregarse si se despiden a más de 50 trabajadores es estrictamente un plan de recolocación que se aporta en el inicio del procedimiento en una versión “provisional” o “inicial”, ya que este plan normalmente sufrirá variaciones a lo largo del período de consultas, fruto de su concreción o ampliación. Es por ello que se denomina al plan de recolocación externa como un “plan dinámico”<sup>58</sup>, sin perjuicio de que tenga que entregarse su versión definitiva con la finalización del procedimiento de despido colectivo, ya sea en el acuerdo o en la correspondiente comunicación final de la decisión empresarial<sup>59</sup>.

Como se puede observar, el límite numérico para exigir una medida social de acompañamiento obligatoria se ha incrementado, pues antes se exigía un tamaño de la empresa de 50 personas y ahora se exige un número superior a 50 despidos. Con ello, también se incrementa la gravedad del despido para que exista una medida social de acompañamiento obligatoria, que ahora principalmente está destinada para los despidos en grandes empresas o en empresas con estructura de grupo<sup>60</sup> (y que se circunscribe a la recolocación externa de los trabajadores despedidos). Además, la doctrina viene defendiendo que estos planes de recolocación externa se han convertido en un mero trámite<sup>61</sup>, a través del cumplimiento de una serie de formalidades (“recolocación de papel”). A ello contribuye que no se haya previsto por lo general una colaboración público-privada con los servicios públicos de empleo españoles que garantice el real y efectivo cumplimiento de los planes de recolocación externa<sup>62</sup>, al margen del control formal que el art.

---

<sup>57</sup> Vid. E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012*, en *Revista de Derecho Social*, 2013, n. 64, p. 63 ss.

<sup>58</sup> Véase S. ALCÁZAR ORTIZ, *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Lex Nova, 2015, p. 166.

<sup>59</sup> «El contenido del plan de recolocación podrá ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas, si bien al finalizar el mismo deberá ser presentada su redacción definitiva» (art. 9.4, RPDC).

<sup>60</sup> Vid. E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, en AA.VV., *op. cit.*, p. 313.

<sup>61</sup> Para L. PÉREZ CAPITÁN, *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Aranzadi, 2020, pp. 216 y 219, el plan de recolocación externa es uno de los fracasos más importantes de la reforma laboral de 2012, pues se trata de una mera carga formal, más o menos onerosa para las empresas, con una escasa efectividad.

<sup>62</sup> En este sentido, *cf.* C. MOLINA NAVARRETE, *La gestión pública de los “ERTE” (regulación temporal de empleo) y de los “ERE” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia*, en *Temas Laborales*, 2021, n. 160.

51.10 ET atribuye al servicio público de empleo competente<sup>63</sup>. Es más, el tenor literal del art. 51.10 ET obliga a que el empresario contrate directamente con una empresa externa los servicios de recolocación, impidiendo que dicho empresario pueda asumir personalmente la obligación del plan de recolocación externa, así como que pueda acudir a los servicios de recolocación que ofrece el servicio público de empleo, afectando a la libertad de empresa e incrementando los costes de unas empresas ya de por sí dañadas, al menos en el despido colectivo por causas económicas<sup>64</sup>. Algo que se pretende revertir, siquiera sea de forma parcial, con la nueva Ley 3/2023 (en especial, art. 44)<sup>65</sup>.

### 3.3.2. Medidas alternativas o complementarias al despido como contenido de las consultas

Más allá del plan obligatorio de recolocación externa para más de 50 despidos, se deduce que el resto de las medidas alternativas o complementarias al despido colectivo solo están destinadas para su negociación a lo largo de las consultas con los representantes. Recuérdese que el contenido de las consultas, en clara sintonía con lo expuesto en el art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE, debe de «versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad». Ello quiere decir que las consultas deberán de dirigirse a alcanzar un acuerdo sobre las medidas, en primer lugar, para evitar el despido o, si ello no fuera posible, para reducir el número de extinciones; o bien para atenuar los efectos del despido, a través de medidas que ayuden al futuro empleo de las personas afectadas<sup>66</sup>. No obstante, a pesar de que la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo es contenido mínimo (y esencial) del procedimiento de consulta-negociación en el despido colectivo, es

---

<sup>63</sup> «La autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento».

<sup>64</sup> Cfr. C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 130, y J. CRUZ VILLALÓN, *Hacia una nueva concepción de la legislación laboral*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, p. 32.

<sup>65</sup> Esta idea es desarrollada *infra*, § 4, *Diagnóstico y propuestas de mejora*.

<sup>66</sup> *Vid.* M.Á. FALGUERA BARÓ, *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Bomarzo, 2015, p. 104.

necesario adelantar que el diseño normativo vigente es insuficiente para garantizar una efectiva negociación de medidas sociales de acompañamiento que, en la práctica, queda en manos de la buena voluntad negocial de la empresa y de los representantes de los trabajadores<sup>67</sup>.

En primer lugar, resulta llamativo que, entre la documentación inicial del despido colectivo, que es de sumo interés pues prefigura el debate y las negociaciones durante el procedimiento de consulta-negociación, no se incluya una referencia a las medidas sociales de acompañamiento. Ni el art. 51.2 ET ni los arts. 3, 4 y 5 RPDC incluyen entre los extremos de la comunicación inicial una previsión expresa con el fin de que el empresario tenga que incorporar una serie de propuestas en materia de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo en el inicio del procedimiento<sup>68</sup>.

Para cierto sector doctrinal «que en la antesala de las consultas los representantes de los trabajadores no dispongan de la documentación relativa a las medidas sociales de acompañamiento (MSA), si no es un resultado automático, introduce dudas razonables respecto de la eficacia de ese posterior período de consultas»<sup>69</sup>. Cabe preguntarse cómo podrán negociarse durante la consulta-negociación medidas sociales de acompañamiento, si el banco social no cuenta con la documentación correspondiente desde el comienzo, habida cuenta de la premura de los plazos. Y no se olvide que estas propuestas no estarán incluidas en la comunicación inicial y, por tanto, tampoco serán objeto de control por parte de la autoridad laboral, que no recibirá copia de este extremo, sin que pueda verter advertencias o recomendaciones acerca de su contenido<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Sobre esta idea, véase F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 272. Es muy expresivo M.À. FALGUERA BARÓ, *op. cit.*, p. 105, cuando indica que «el legislador se limita esencialmente a “mostrar” sus deseos (de promoción de medidas sociales de acompañamiento), sin apenas normas imperativas».

<sup>68</sup> En efecto, el art. 7.1 RPDC, tras reproducir el contenido de las consultas del art. 51.2 ET, indica que «a tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe».

<sup>69</sup> E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 314.

<sup>70</sup> *Cfr.* art. 6.4, RPDC: «Si la comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral lo advertirá así al empresario, especificando los mismos, y remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Si durante el periodo de consultas la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observase que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, lo comunicará, antes de la finalización de aquel, a la autoridad laboral para que proceda conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior. La advertencia de la



Algún autor defiende, sobre base de un criterio lógico-jurídico, que si las medidas sociales de acompañamiento son contenido obligatorio de las consultas se deberán de incluir en la documentación, aunque no se llegue a acuerdo sobre el particular o sobre su contenido. Ello queda reforzado por el tenor literal de la Directiva 98/59/CE en el art. 2.3.a, por el que el empresario deberá de proporcionar «toda la información pertinente» para permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas<sup>71</sup>. Sin embargo, como se comentará con posterioridad, el control judicial de esta obligación de aportar propuestas de medidas sociales de acompañamiento dependerá en buena medida de la actitud de los sujetos negociadores y, en concreto, del banco social.

En segundo lugar, el art. 8 RPDC recoge un listado abierto, a título ejemplificativo, de las distintas medidas que se pueden negociar durante las consultas, sin que se impida que se negocien otras y, lo más relevante, sin que se obligue a negociar ninguna de ellas en concreto. Entre las medidas destinadas a evitar o reducir los despidos colectivos (medidas alternativas) se encuentran: la recolocación interna dentro de la misma empresa o dentro del grupo empresarial del que forme parte; la movilidad funcional; la movilidad geográfica; las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; el descuelgue convencional; las acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que pueden contribuir a la continuidad del proyecto empresarial; y cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados<sup>72</sup>. Y entre las medidas para atenuar las consecuencias de los trabajadores afectados (medidas complementarias) se podrá considerar: el derecho de reingreso preferente en caso de vacante; la recolocación externa de trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas; las acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; la promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social<sup>73</sup>; las medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica o las medidas compensatorias

---

autoridad laboral a que se refiere este apartado no supondrá la paralización ni la suspensión del procedimiento».

<sup>71</sup> Véase F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 272.

<sup>72</sup> Dentro de este último inciso se podría incluir, aunque no se mencione expresamente, la suspensión del contrato o reducción de jornada (conocidos como ERTE). *Vid.* E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 311.

<sup>73</sup> Aquí se introduce en la norma reglamentaria una precaución: «siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo».

de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

También existen otro tipo de medidas, estas sí obligatorias, que se han introducido para frenar la expulsión de trabajadores maduros a través del recurso al despido colectivo y, en concreto, a través de prejubilaciones masivas o jubilaciones anticipadas. Una selección de trabajadores de mayor edad en procesos de despido colectivo que, a pesar de ser avalada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 66/2015, de 13 de abril, no solo ha sido potencialmente discriminatoria<sup>74</sup>, sino que ha supuesto una contravención de los planteamientos de prolongación de la vida activa y sostenibilidad de las pensiones públicas<sup>75</sup>, por la vía de una “socialización” de los costes empresariales de despedir<sup>76</sup>.

Por un lado, desde 2001 hasta la actualidad (art. 51.9 ET) existe la obligación de financiar a través de un convenio especial las cuotas a la Seguridad Social por parte de aquellas empresas, no incursas en procedimiento concursal, que despidan a trabajadores de 55 años o más<sup>77</sup>. Por otro lado, la DA 16ª de la Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y sus sucesivas reformas han establecido una penalización económica para aquellas empresas de más de 100 trabajadores con beneficios que procedan a despedir a trabajadores maduros (de 50 o más años), en lo que se conoce como aportación económica al Tesoro Público o “cláusula Telefónica” (art. 51.11 ET)<sup>78</sup>. No obstante, si bien se trata de medidas obligatorias que pretenden encarecer y desincentivar la selección de trabajadores maduros en los procedimientos de despidos colectivos, contribuyendo, a su vez, al mayor equilibrio presupuestario, a mi entender estas medidas no son verdaderas medidas sociales de acompañamiento, pues no inciden en la empleabilidad del

---

<sup>74</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019.

<sup>75</sup> En esta idea B.M. LÓPEZ INSUA, *La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2018, n. 1.

<sup>76</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2010, n. extra., p. 174.

<sup>77</sup> Un estudio más completo del régimen jurídico de esta medida en A. MUROS POLO, *Configuración general del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más: sus aspectos más problemáticos*, en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social (El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo)*. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, 2022.

<sup>78</sup> Sobre la aportación económica al Tesoro Público destaca el artículo de M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 430.

trabajador afectado por el despido, que ya se presupone expulsado del mercado de trabajo, eso sí, a un mayor coste para la empresa y a un menor coste para el Estado<sup>79</sup>.

En tercer lugar, a este listado abierto y ejemplificativo de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo a negociar durante las consultas se le añade otro obstáculo: el limitado período de tiempo destinado a la fase de consulta-negociación. El art. 51.2 ET reconoce un período de consultas de duración «no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores». Si comparamos este plazo con el que ofrecen otras legislaciones, como la italiana que destina un período de 45 días a las consultas sindicales, incrementado en 30 días para el caso de la intervención administrativa si no se alcanza acuerdo<sup>80</sup>, se puede llegar a observar el escaso plazo para las consultas que destina la regulación española. Un reducido plazo que dificultará la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, aún más si se tiene en cuenta que la comisión representativa de los trabajadores no tendrá en su poder una propuesta de medidas sociales de acompañamiento desde el inicio del procedimiento de despido colectivo. Es también cierto que las partes podrán acceder a ampliar el período de consultas, aunque deberán de estar de acuerdo ambas, sin que la representación de los trabajadores pueda obligar al empresario a dilatar la fase de consulta-negociación<sup>81</sup>.

Por último, también resulta llamativo que se posibilite la finalización anticipada del período de consultas cuando se alcance acuerdo. El reglamento así lo prevé cuando indica que «no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo» (art. 7.6 RPDC)<sup>82</sup>. De este modo, el citado precepto exceptúa el cumplimiento de los anteriores apartados del art. 7 con el fin de posibilitar la “finalización precoz”, apartados que se refieren al contenido mínimo de las consultas, la buena fe, el número mínimo de reuniones, el plazo para la primera reunión o la

---

<sup>79</sup> Sí que es cierto que al menos el 50% de lo recaudado se consignará en el presupuesto del SEPE para financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de trabajadores de cincuenta o más años en situación legal de desempleo (DA 16ª.12, Ley 27/2011).

<sup>80</sup> *Vid.* apartados 6 y 7 del art. 4, *Legge 23 luglio 1991, n. 223*. Plazos que son reducidos a la mitad si el número de trabajadores afectados es inferior a 10 (apartado 8).

<sup>81</sup> Véase C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 135.

<sup>82</sup> El citado artículo también prevé la finalización anticipada cuando no exista posibilidad de alcanzar acuerdo. En concreto, «las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral».

duración de la fase de consulta-negociación. Y esta finalización anticipada del procedimiento de despido colectivo puede conllevar que exista una ausencia de negociación de verdaderas medidas sociales de acompañamiento, ante la falta de referencia legal expresa de que dicho acuerdo contenga medidas alternativas o complementarias al despido y ante la imposibilidad de que la autoridad laboral pueda entrar a valorar el contenido del acuerdo, más allá de la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o bien de la obtención indebida de prestaciones por desempleo<sup>83</sup>. Buena prueba de ello son los casos en los que los sujetos negociadores han optado por elevar las indemnizaciones en las consultas del despido colectivo, muchas veces con extinciones o bajas voluntarias incentivadas, o bien han optado por acudir a mecanismos de expulsión de los trabajadores maduros a través de prejubilaciones.

#### **3.4. El control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento: el papel de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**

Como ya se ha tenido ocasión de comentar, la autoridad laboral no controlará la propuesta de medidas sociales de acompañamiento (ni siquiera su existencia), dirigiendo advertencias al empresario, ya que tal propuesta no se prevé como contenido de la comunicación inicial (*vid.* art. 6.4 RPDC). En cambio, la autoridad laboral sí que controlará la inclusión del plan de recolocación externa dentro de la documentación de inicio del procedimiento, ya que el art. 3 RPDC lo incluye como parte de la comunicación inicial.

Dentro de la fase de consulta-negociación «la autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento» (art. 51.2 ET). En concreto, «la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia» y «en especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa» (art. 10.2 RPDC).

---

<sup>83</sup> *Vid.* E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 318.

De este modo, la autoridad laboral podrá dirigir propuestas y recomendaciones en cuanto a medidas alternativas o complementarias al despido colectivo para evitar, reducir o paliar los efectos del despido, e incluso emitir advertencias en caso de que exista una ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento que redunde en un ejercicio de mala fe negocial por parte del empresario. Además, en cuanto al plan de recolocación externa la autoridad laboral podrá dirigir advertencias cuando dicho plan no cumpla con los requisitos previstos en el art. 51.10 ET, así como podrá dirigir propuestas o recomendaciones para que el plan de recolocación externa sea acorde con la entidad del despido colectivo, la situación económica de la empresa o la situación de sus propios trabajadores afectados.

No obstante, se trata de una técnica de intervención administrativa que carece de carácter vinculante para las partes, lo que se traduce en una *soft law* de garantía pública de medidas sociales de acompañamiento<sup>84</sup>. Es más, la utilización del verbo “poder” en cuanto a las funciones de asistencia de la autoridad laboral sugiere que no existe la obligación de que la Administración intervenga en todos los procedimientos de despido colectivo, dictando propuestas o recomendaciones. Se posibilita así que operen despidos colectivos sin una intervención directa de la autoridad laboral en la fase central del procedimiento de despido colectivo, la consulta-negociación, sin que se ayude, por tanto, a negociar medidas sociales de acompañamiento<sup>85</sup>.

La autoridad laboral también podrá, asimismo, realizar «las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo» (art. 51.2 ET), en la línea del papel que la Directiva comunitaria atribuye a la autoridad pública como “buscadora” o “facilitadora” de soluciones. Sin embargo, dicha función de mediación se encuentra supeditada en la legislación española a la petición conjunta de las partes (arts. 51.2 ET y 10.3 RPDC), lo cual puede suponer en la práctica la existencia de vetos para que la Administración laboral

---

<sup>84</sup> El Criterio Operativo 92/2012, de 28 de noviembre, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de reducción de jornada, se sitúa en el mismo sentido cuando indica que las advertencias, observaciones o recomendaciones que efectúa la autoridad laboral «no tendrán carácter compulsivo ni obligatorio, y su aceptación o no por las empresas se enmarca en el ejercicio de su propia responsabilidad», pues la función de la autoridad laboral y de la ITSS «se circunscribe a servir como fórmula para interpellar a la empresa en el correcto ejercicio de esta responsabilidad».

<sup>85</sup> Sobre la posible falta de intervención de la autoridad laboral, véase C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., pp. 85-86.

intervenga como mediadora en los procedimientos de despido colectivo<sup>86</sup>. Además, nada en relación con las medidas sociales de acompañamiento se indica respecto al contenido de la mediación, a diferencia de lo que ocurre en la regulación de las facultades de asistencia.

Respecto a la función que la Directiva 98/59/CE atribuye a la autoridad laboral para «buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados», también es necesario indicar que la normativa española no permite la prórroga del período de consultas o del período en el que los despidos colectivos no pueden surtir efecto. En efecto, ello se traduce en una oportunidad perdida para que la Administración laboral pueda encontrar soluciones, proponiendo medidas alternativas o complementarias a los despidos colectivos, «cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial» (art. 4.3, Directiva 98/59/CE)<sup>87</sup>.

Por último, si la autoridad laboral aprecia que tras la finalización del procedimiento de despido colectivo no se han negociado medidas sociales de acompañamiento, o han sido claramente insuficientes, esta no puede impugnar de oficio el despido colectivo, pues solo podrá instar el control judicial del acuerdo de despido colectivo en caso de que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, o bien si la decisión extintiva obedece a la obtención indebida de prestaciones por desempleo<sup>88</sup> por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo (art. 148.b, Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)). Como se puede comprobar el control administrativo sobre

---

<sup>86</sup> A. DE LA PUEBLA PINILLA, *El despido por causas empresariales*, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, cit., p. 213, defiende la eliminación de este veto a través de incluir la mediación a petición de una de las partes.

<sup>87</sup> Crítico con la inacción normativa del art. 51 ET en cuanto a la prórroga se muestra J. CABEZA PEREIRO, *La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012*, en J.P. LANDA (ed.), *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, Dykinson, 2013, pp. 347-348, donde expresa que «para mayor pesar todavía, casi nada en la Ley 3/2012 expresa una función que le incumba a la autoridad laboral de procurar una solución no necesariamente extintiva del problema económico, técnico, organizativo o de producción [...] retorno a un Derecho del Trabajo tan antiguo como el que promueve la Ley 3/2012 plantea necesariamente esta pregunta: si ha sido bueno desterrar tanto la Administración pública de nuestro marco institucional y normativo de las relaciones laborales».

<sup>88</sup> El control por esta vía de despidos colectivos a través de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas en empresas con beneficios se dificulta por la flexibilidad de las causas empresariales para despedir y el valor reforzado del acuerdo que suele acompañar a estas reestructuraciones empresariales. *Vid.* J.M. SERRANO GARCÍA, *El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables*, cit., pp. 212-214.

la verdadera negociación de medidas sociales de acompañamiento es escaso, más allá de que la Administración realice advertencias y estas pueden ser tenidas en cuenta (o no) por parte del Tribunal en caso de eventual impugnación con el fin de valorar la buena fe negocial.

De todo el diseño normativo se deduce que, a pesar de que en principio la nueva regulación del despido colectivo concede un mayor protagonismo a la Administración laboral, esta actuación se encuentra desprovista de normas imperativas y de todas las herramientas que la Directiva comunitaria concede a la autoridad laboral para que cumpla con la función que le corresponde. Es por ello que parte de la doctrina científica entiende que la Administración, por lo general, se limita a una actitud pasiva en la recepción de la documentación inicial o bien al control de meras cuestiones procedimentales del despido colectivo<sup>89</sup>. Para algunos autores la autoridad laboral más que vigilar el verdadero cumplimiento del procedimiento de despido colectivo en el momento o durante su desarrollo, lo que realmente hace es valorar “*a posteriori*” el efectivo cumplimiento de las obligaciones empresariales de información y consulta, sobre todo con la finalidad de comprobar que no existan vicios de voluntad en la consecución del acuerdo (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho) o fraude en el acceso a las prestaciones por desempleo<sup>90</sup>. El control administrativo de las medidas sociales de acompañamiento se sigue mostrando, por tanto, muy deficitario, ostentando la autoridad laboral un papel secundario, a través a una intervención basada en técnicas de “Derecho blando”<sup>91</sup>.

A mayor abundamiento, al igual que ocurre con la falta de colaboración público-privada en los planes de recolocación externa, la legislación tampoco recoge una referencia expresa a la posible colaboración de la empresa que despide con el Servicio Público de Empleo competente para que se puedan planificar cursos de formación o reconversión de los trabajadores despedidos como medidas sociales de acompañamiento<sup>92</sup>. Si se entiende que las medidas sociales de acompañamiento están especialmente dirigidas a las empresas que están excluidas del plan de recolocación externa (despidos colectivos de 10 a 50 trabajadores), la mayoría de las veces se tratará de pymes, que pueden tener escasa capacidad financiera y limitada capacidad de gestión empresarial, y, por tanto, sería necesario que se

---

<sup>89</sup> Vid. E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 318.

<sup>90</sup> Véase J.L. GOÑI SEIN, *El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012*, en *Documentación Laboral*, 2012, n. 95-96, p. 41.

<sup>91</sup> Vid. A. DE LA PUEBLA PINILLA, *op. cit.*, pp. 211-212.

<sup>92</sup> Véase E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 317.

trazaran respuestas a nivel sectorial en coordinación con los servicios públicos de empleo, siguiendo la experiencia de las reestructuraciones de sectores en la década de los 2000. «Se trata de disponer en estos casos de respuestas en frío que faciliten una hoja de ruta a estas empresas en una planificación de medidas sociales adaptada a sus características y, sobre todo, apoyada en políticas públicas de tutela del empleo»<sup>93</sup>.

En cambio, el art. 51.10 ET sí que le atribuye el mero control del plan de recolocación externa al servicio público de empleo competente. En concreto, el tenor literal indica que «verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento». Para algunos autores hubiera sido más lógico que la autoridad competente para el control del cumplimiento del plan de recolocación externa hubiera sido la ITSS, pues esta facultad de comprobación está muy ligada con las funciones de este cuerpo inspector y con el procedimiento administrativo sancionador<sup>94</sup>. En efecto, en virtud de este control atribuido *ex lege* si el servicio público de empleo competente aprecia que el plan de recolocación externa está siendo incumplido deberá de advertirlo al empresario y, si este persiste en su incumplimiento, deberá de comunicarlo a la ITSS para que sancione conforme a lo previsto en la infracción administrativa muy grave del art. 8.14 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 (LISOS)<sup>95</sup> (aunque también puede ser que tal infracción sea apreciada por la propia ITSS ya que su informe debe de referirse al plan de recolocación externa y su falta o no de cumplimiento).

En cuanto a las funciones que se atribuyen a la ITSS, esta también podrá realizar funciones de asistencia y mediación, con los límites que ya se han expuesto (art. 10.3 RPDC). De igual modo, la intervención de la ITSS en este sentido no es muy frecuente, reduciendo el papel activo que puede desempeñar dicha institución en el despido colectivo. Valga como ejemplo los datos que recoge el Informe anual ITSS de 2020 que, aunque deben ser tomados con precaución pues no estarán todas las actuaciones

---

<sup>93</sup> F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 272, que también incluye que esta sería una buena medida para aquellos despidos plurales que quedan excluidos de la regulación del despido colectivo.

<sup>94</sup> Sin embargo, para C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., pp. 86-87, es más lógico que la autoridad competente hubiera sido la ITSS ya que esta facultad de comprobación está muy vinculada con el procedimiento administrativo sancionador.

<sup>95</sup> «El incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo».



burocratizadas<sup>96</sup>, muestra que de un total de 1.027 actuaciones no se ha levantado ninguna infracción en acta, se han elevado 11 requerimientos y solo se han realizado 4 mediaciones y consultas.

Otro protagonismo que se le concede a la ITSS en el procedimiento de despido colectivo reside en la emisión de un informe, que es preceptivo, y que se elabora principalmente<sup>97</sup> a raíz de la comunicación final (arts. 51.2 ET y 11.1 RPDC). En concreto, esta comunicación final incluirá «la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización», así como las actas de las reuniones del período de consultas, útiles para valorar si hubo o no efectiva negociación entre las partes (art. 12, apartados 2 y 3, RPDC).

Se trata de un informe que debe de ser «evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas» y cuyo contenido debe de pronunciarse sobre «la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial», constatando que la documentación aportada es ajustada a la causa alegada, «además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas» (art. 51.2 ET, modificado por la Ley 3/2023). En especial, art. 11.7 RPDC, prevé que «la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el artículo 9 y que éste cumple los requisitos exigidos en dicho artículo».

El Criterio Operativo 92/2012 especifica que el informe deberá de reflejar si las medidas sociales de acompañamiento implantadas se han negociado

---

<sup>96</sup> En el mismo sentido, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos*, en M. GODINO REYES (dir.), *op. cit.*, p. 484, con el informe de 2014.

<sup>97</sup> El art. 6.3 RPDC también prevé que se traslade la documentación inicial a la ITSS «a efectos de la emisión del informe». La ITSS también podrá recabar información realizando todo tipo de diligencias y actuaciones, tanto antes como después de finalizado el período de consultas. El Criterio Operativo 92/2012, cit., obliga a que el inspector actuante se reúna con ambas partes, mediante visita o comparecencia y de manera conjunta o separada, debiendo valorarse dicha circunstancia caso por caso, si bien se recomienda la comparecencia conjunta, ya que de este modo no solo se va a poder obtener una mayor exactitud e información, sino que, además, se va a poder constatar la trascendencia de la misma, con la finalidad de escuchar a las partes y obtener los datos necesarios para poder elaborar el informe, sin perjuicio de que se pueda solicitar informaciones adicionales a las partes en el marco de una actuación inspectora ordinaria. En este sentido, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *op. cit.*, pp. 468-469.

o no y, en su caso, hacer una descripción de dichas medidas, debiendo contemplar cualquier observación que se considere oportuna<sup>98</sup>. Como se puede apreciar del análisis del art. 11.7 RPDC e incluso de lo que se recoge en el Criterio Operativo, se deduce que el inspector se puede limitar a la mera descripción de las medidas sociales de acompañamiento adoptadas, sin ir más allá, aunque sí que será importante, sobre todo para el posterior y eventual proceso judicial, que el funcionario indique la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento durante el procedimiento de consulta-negociación o la adopción por parte del empresario de medidas de flexibilidad interna de forma unilateral tras las consultas, pues ello puede suponer mala fe negociadora e incluso vulneración del derecho a la negociación colectiva<sup>99</sup>.

Aunque quizá sería también relevante, y para ello tal vez debería de especificarse en la norma, que el Inspector/a elaborara un informe en el que detallara si las medidas negociadas u ofrecidas se ajustan a la legalidad (en especial en cuanto a la fórmula de cálculo o al método de pago de la indemnización); se pusiera de relieve la coherencia entre lo negociado y lo decidido finalmente para valorar si ha existido negociación de buena fe; así como se destacara si se han atendido o no las sugerencias, recomendaciones o propuestas de la autoridad laboral o de la propia Inspección durante el procedimiento<sup>100</sup>. Se puede observar cómo lo que se recoge en la exposición de motivos del RPDC, en virtud de la cual el informe deberá de pronunciarse sobre «el contenido y la suficiencia del plan de recolocación externa y de las medidas sociales de acompañamiento», no es lo que se recoge en el limitado tenor literal del art. 11.7 RPDC.

Según el tenor literal del mencionado art. 11.7, también parece que la ITSS debe de limitarse a exponer que se ha presentado plan de recolocación externa y que este cumple los requisitos del art. 51.10 ET y su desarrollo reglamentario, olvidándose de nuevo de lo que se establece en la exposición de motivos del RPDC, donde se indica que la ITSS deberá de informar sobre el contenido y la suficiencia del plan de recolocación externa. Si no se atiende a un criterio formalista, el Inspector/a deberá de pronunciarse en el informe no solo acerca de la efectiva presentación del plan y del cumplimiento de los requisitos, sino que también deberá de informar acerca de si este plan se ha presentado de forma unilateral por el empresario o se ha negociado, o bien si efectivamente es suficiente atendiendo al número de despidos, la situación de los trabajadores o la situación económica de la

---

<sup>98</sup> Véase S. ALCÁZAR ORTIZ, *op. cit.*, p. 245.

<sup>99</sup> *Vid.* C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 183.

<sup>100</sup> Véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *op. cit.*, p. 478.

empresa, todo ello para valorar si de verdad ha existido buena fe durante el procedimiento de consulta-negociación.

No obstante, no deben de olvidarse los limitados efectos que puede tener un informe de la ITSS que se emite para su incorporación al “expediente” o “procedimiento” abierto por la autoridad laboral, sin que se notifique a los interesados, y de evacuación tras la finalización del procedimiento de despido colectivo. Para algún sector doctrinal es cuestionable la utilidad de un informe que se emite con posterioridad a la consulta-negociación que, aparte de no ayudar en el propio proceso de consultas, incluye extremos que pueden sembrar dudas sobre la legalidad del despido colectivo (sobre todo si se pronuncia sobre la falta de negociación de buena fe por parte del empresario) y no son puestos en conocimiento de los interesados. Unos extremos que, igualmente, no podrán ser advertidos por medio de la autoridad laboral a las partes durante las consultas, pues serán conocidos por parte de la autoridad laboral cuando seguramente ya se haya adoptado la decisión extintiva<sup>101</sup>.

Además, respecto a las responsabilidades administrativas, la LISOS no recoge una infracción administrativa específica para los casos en los que el empresario no negocie ninguna medida social de acompañamiento durante el procedimiento de consulta-negociación. La infracción grave del art. 7.7 («la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos») o la infracción muy grave del art. 8.3 LISOS («proceder al despido colectivo de trabajadores [...] sin acudir» al procedimiento establecido en el art. 51 ET), no parece que pueda dar lugar a sanción ante ausencia de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido si el empresario ha entregado adecuadamente la documentación inicial y se ha reunido y ha mantenido negociaciones con los trabajadores “formalmente válidas” durante la consulta-negociación.

Es más, la infracción muy grave del art. 8.14 LISOS solo se refiere al incumplimiento por el empresario de la obligación prevista en el art. 51.10 ET (el plan de recolocación externa) y «de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivos». Es decir, se refiere al incumplimiento de aquellas medidas acordadas (previstas en el acuerdo) u ofrecidas por el empresario con la finalización del despido colectivo, sin que tenga cabida la ausencia efectiva de negociación de medidas alternativas

---

<sup>101</sup> *Vid.* F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 297, con cita en A. BLASCO PELLICER, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013.

o complementarias al despido durante las consultas.

En definitiva, para autorizada doctrina, «una vez más, la actuación de un organismo público, como es la ITSS, si acaso informa sobre la no negociación de las MSA (medidas sociales de acompañamiento), con todo no actúa como garante de que suceda, ni se anuda ninguna sanción ni previsión a las consultas que omiten estas medidas»<sup>102</sup>.

### **3.5. El control judicial de las medidas alternativas o complementarias al despido colectivo**

Dentro de los supuestos tasados por los que se puede declarar un despido colectivo como nulo, el art. 124.11 LRJS no reconoce expresamente la ausencia o insuficiencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento. Como se puede observar, por un lado, el art. 124.11 LRJS indica que «la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas» y, por otro lado, cuando no haya «entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores». Y esta falta de previsión expresa provoca precisamente que el control judicial de la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo se encuentre también debilitado.

La falta de entrega de la documentación prevista en el art. 51.2 ET como supuesto de nulidad del despido colectivo no se aplica, en principio, a la ausencia de propuesta de medidas sociales de acompañamiento. Recuérdese que, como ya se ha indicado, ni el ET ni el Reglamento prevén que el empresario tenga que entregar una propuesta de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo como contenido de la comunicación inicial. No obstante, sí que es cierto que el Tribunal Supremo a la hora de interpretar el deber de información del empresario en el despido colectivo ha optado por un criterio finalista, en el sentido de que la información sea útil o “trascendente” (“pertinente” en términos de la Directiva 98/59/CE) para la consulta-negociación.

Para el Tribunal Supremo ni cualquier ausencia de documentación de la prevista legal o reglamentariamente genera automáticamente la nulidad, ni cumplir con toda la documentación prevista en la norma exime de la nulidad si existen otros documentos que han sido solicitados por los representantes de los trabajadores y han acreditado su utilidad. En palabras del Alto

---

<sup>102</sup> E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 317.

Tribunal, «la incorrección del despido colectivo por infracción de la obligación informativa vendrá determinada, en consecuencia, por la negativa de la empresa a la aportación de la información solicitada o por su defectuosa aportación, siempre que la solicitud esté justificada puesto que no se puede imponer al empresario la aportación de cualquier documentación no prevista legalmente salvo que quede acreditada su relevancia para la negociación durante las consultas»<sup>103</sup>. De este modo, si la representación de los trabajadores no reclama durante las consultas esta otra documentación (documentación *ad hoc*) e incluso dan por buena la existente, de forma expresa o tácita, no pueden con posterioridad requerir en sede judicial la nulidad del despido colectivo por causa de insuficiencia documental o, en este caso, por ausencia de la documentación pertinente en cuanto a las medidas sociales de acompañamiento.

El art. 124.11 LRJS también atribuye la nulidad al despido colectivo cuando el empresario «no haya realizado el período de consultas». Si bien es cierto que existen determinadas sentencias que han asemejado la falta de negociación de medidas sociales de acompañamiento con la existencia de mala fe negocial y han declarado la nulidad del despido<sup>104</sup>, una vez más esta declaración de nulidad del despido colectivo depende de la voluntad de la representación de los trabajadores. Ya sea porque los representantes de los trabajadores no demanden la información correspondiente a las medidas alternativas o complementarias durante el despido colectivo, no propongan o presenten propuestas al plan social<sup>105</sup>, o ya sea porque firmen un acuerdo en el que no se prevean medidas sociales de acompañamiento, ello puede obstaculizar que los tribunales comprueben si se ha cumplido o no con el objetivo de las consultas, tal y como prevé no solo el ET sino la Directiva comunitaria.

En concreto, alcanzar un acuerdo con el banco empresarial sin que se hayan negociado verdaderas medidas sociales de acompañamiento puede dificultar ampliamente la impugnación individual por parte de los trabajadores afectados e incluso la impugnación colectiva de los sindicatos

---

<sup>103</sup> En este sentido, véase STS 18 julio 2014, rec. 288/2013; STS 23 septiembre 2020, rec. 36/2020; STS 20 octubre 2021, rec. 87/2021.

<sup>104</sup> *Vid.*, entre otras, la STS 20 marzo 2013, rec. 81/2012.

<sup>105</sup> SAN 1756/2013, de 13 de mayo. Para la Audiencia Nacional «no estamos, por tanto, ante una negociación ejemplar, pero no deja de ser cierto, que las representantes de los trabajadores, al margen de las desafecciones genéricas ya citadas, no hicieron ni una sola proposición constructiva, que pudiera considerarse por la empresa, ni para evitar, ni para reducir el número de despedidos, ni criticaron, ni ofrecieron alternativa alguna al plan de acompañamiento social, que se les propuso por la demandada, por lo que no podemos anular el despido por ausencia de voluntad negociadora empresarial, por cuanto las limitaciones de la negociación efectuada son imputables a ambas partes».

no firmantes. Estos sujetos podrán alegar la falta o la insuficiencia en la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo, pero, por lo general, dicha declaración de nulidad se dificultará al topar con el valor reforzado que los tribunales conceden al acuerdo, al ser un producto propio de la negociación colectiva y reconocérsele eficacia vinculante<sup>106</sup>. Respecto a la impugnación individual, si bien el Tribunal Constitucional, en su sentencia 140/2021, de 12 de julio, ha reconocido la posibilidad de que los trabajadores a nivel individual discutan las causas, aunque exista acuerdo, desterrando el anterior blindaje del Tribunal Supremo, ello no equivale a que se haya cuestionado la construcción jurisprudencial del valor reforzado del acuerdo alcanzado en consultas<sup>107</sup>.

Por ello, para parte de la doctrina, aunque la decisión extintiva prescindiera de medidas sociales de acompañamiento, el despido colectivo podrá ser declarado perfectamente procedente, siempre que esta decisión «inicialmente incumplidora» se “subsane” mediante el acuerdo, incluso afectando a la esencialidad de la información. Así, «la actitud omisiva o complaciente de los representantes del personal en el curso de la negociación validaría los comportamientos incumplidores de la empresa»<sup>108</sup>. Y ello no resulta una situación descabellada si se piensa en los numerosos despidos colectivos que han sido negociados y cuyo acuerdo se ha limitado a configurar extinciones incentivadas voluntarias a través de una indemnización superior, muchas veces con el recurso a los planes de prejubilación y a ayudas públicas de distinta índole<sup>109</sup>.

En cuanto al incumplimiento del plan de recolocación externa obligatorio, se han venido discutiendo sus consecuencias jurídicas en cuanto a la calificación judicial del despido colectivo. En efecto, la doctrina científica se ha cuestionado si la falta de elaboración del plan de recolocación externa supone o no un incumplimiento de las obligaciones documentales del art. 51.2 ET y, con ello, una causa de nulidad del despido colectivo *ex* art. 124.2.b LRJS, puesto que no es la norma estatutaria la que se refiere al plan como contenido de la comunicación inicial, sino el art. 3.2 RPDC. Más allá de estas dudas, para autorizada doctrina la falta de elaboración y aportación del plan sí que podría dar lugar a la nulidad del despido colectivo sobre la base de que se podría considerar mala fe negocial, al menoscabar

<sup>106</sup> STS 8 noviembre 2017, rec. 40/2017.

<sup>107</sup> *Vid.* A.V. SEMPERE NAVARRO, [Control individual de la causa del despido colectivo pactado \(Caso Ayuntamiento de Ciempozuelos\)](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), 2021, n. 8, p. 8.

<sup>108</sup> E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 322.

<sup>109</sup> *Vid.* L. LÓPEZ CUMBRE, *La prejubilación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2017, tomo II, pp. 43-50.

gravemente la función del período de consultas y el papel de los representantes de los trabajadores<sup>110</sup>. En cualquier caso, en un primer momento la doctrina judicial<sup>111</sup> y, posteriormente, el propio Tribunal Supremo en su sentencia 26 marzo 2014<sup>112</sup> han interpretado que el incumplimiento de los requisitos del plan de recolocación externa (art. 9 RPDC) no está tasado como causa de nulidad del despido colectivo.

En cambio, existen otras sentencias en las que sí se ha declarado la nulidad del despido colectivo en casos de ausencia del plan de recolocación externa<sup>113</sup>, aunque no solo por esta razón sino también por la inexistencia de causa justificativa y existencia de mala fe negocial por parte de la empresa, que procuró negociar individualmente las medidas sociales de acompañamiento propuestas a los trabajadores. En este sentido, finalizar las consultas sin acuerdo facilita que se pueda combatir por parte de los representantes de los trabajadores la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento y del plan de recolocación externa, sobre todo cuando tales medidas fueron perseguidas de forma activa por la parte social durante la consulta-negociación<sup>114</sup>.

#### 4. Diagnóstico y propuestas de mejora

A raíz del estudio realizado en el presente trabajo de investigación se puede llegar a concluir que la actual regulación española relacionada con la negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo es de carácter ciertamente débil. La ordenación normativa no cuenta con los resortes jurídicos suficientes para garantizar una verdadera negociación de medidas sociales de acompañamiento durante la fase de consulta-negociación del despido colectivo, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas que quedan excluidas de la aplicación del plan de recolocación externa<sup>115</sup> (aun cuando este tampoco funciona adecuadamente en el resto). Así, mientras algunos autores entienden que la mayoría de los acuerdos de despido colectivo vienen acompañados de algún tipo de medida de

---

<sup>110</sup> Cfr. F. BALLESTER LAGUNA, *La impugnación del despido colectivo*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 77-78, y M.À. FALGUERA BARÓ, *op. cit.*, p. 98.

<sup>111</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha 16 abril 2013, rec. 19/2012, y STSJ Madrid 9 abril 2013, rec. 18/2013.

<sup>112</sup> Rec. 158/2013, cit.

<sup>113</sup> Véase SAN 33/2020, de 17 de abril.

<sup>114</sup> Vid. E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 327.

<sup>115</sup> En este mismo sentido se pronuncia B.M. LÓPEZ INSUA, *Quiebra, concurso y medidas laborales de supervivencia empresarial*, cit., p. 199.

flexibilidad interna o de acompañamiento<sup>116</sup>, otra doctrina científica mantiene tras analizar tales acuerdos (con las limitaciones que ello conlleva) que principalmente se han venido negociando medidas económicas para incrementar la indemnización y conseguir bajas voluntarias incentivadas<sup>117</sup>, sin que se haya avistado un cambio de rumbo reciente<sup>118</sup>.

Por ello, para intentar revertir esta situación se recogen las siguientes proposiciones de *lege ferenda*.

En primer lugar, sería necesario que, sobre la base de la exitosa experiencia de promoción del ERTE con la crisis de la Covid-19<sup>119</sup>, se introdujera en la normativa española una preferencia legal de medidas de flexibilidad interna frente a mecanismos de flexibilidad externa y, sobre todo, frente al despido colectivo. No debería de tratarse de una preferencia incondicionada, ya que estaría supeditada a que la empresa efectivamente pudiera optar por una medida de flexibilidad interna alternativa al despido colectivo, siempre que ello fuera posible desde la perspectiva de la situación económica de la empresa en cuestión. En efecto, se trataría de instaurar verdaderamente al despido colectivo como medida de *ultima ratio*<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 773-774.

<sup>117</sup> J.M. SERRANO GARCÍA, *El plan social en los despidos colectivos*, cit., p. 101 ss., así lo defiende tras analizar los planes sociales de los expedientes resueltos por la Dirección General del Trabajo desde 1994 hasta la publicación del trabajo, en 2002. A las mismas conclusiones llega la autora en su trabajo [El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables](#), cit., cuando analiza los expedientes presentados en los dos últimos años a la fecha de publicación.

<sup>118</sup> Vid. F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 279, quien entiende que «las MSA han girado en torno a las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, siendo las medidas centrales las indemnizaciones, las bajas voluntarias o jubilaciones anticipadas. Son escasos los acuerdos colectivos que incluyen suspensiones o reducciones de jornadas como soluciones alternativas a los despidos; el resto de medidas de flexibilidad interna suelen ser complementarias y dispersas. Las medidas de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores suelen ser marginales».

<sup>119</sup> La exposición de motivos del RD-Ley 32/2021 señala en este sentido: «El resultado ha sido muy positivo en términos de desacoplamiento de la evolución del PIB con la del empleo, así como de los saldos fiscales (gracias a la amortiguación de los estabilizadores automáticos), en la estabilidad de las relaciones laborales, en el mantenimiento del tejido productivo y del capital humano, así como en las inferiores tasas de desempleo, sin parangón con crisis anteriores».

<sup>120</sup> Por ejemplo, en la legislación italiana de despido colectivo se prevé que el empresario tenga que justificar en la comunicación inicial las razones por las que estima que no es posible acudir a otras medidas adecuadas para remediar la citada situación y evitar, total o parcialmente, el despido colectivo (art. 4.3, *Legge n. 223/1997*). Sobre las potencialidades de incluir un criterio legal preferencial u obligatorio a favor de considerar la extinción contractual como una medida de carácter subsidiario a las medidas de flexibilidad interna (en concreto, respecto al mecanismo RED), *vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA



En segundo lugar, también sería necesario reforzar la regulación de las medidas sociales de acompañamiento y su negociación durante el procedimiento de despido colectivo, a través de las siguientes propuestas:

- atenuar los niveles de despidos para exigir el plan de recolocación externa obligatorio. Es decir, debería de reducirse el número de despidos necesarios para que rija la obligatoriedad del plan o, más bien, debería de retornarse a la anterior regulación, en la idea de que el límite no esté tanto en el número de extinciones, sino en el tamaño de la empresa (50 o más trabajadores). Algunos informes incluso reclaman que se universalicen los planes de recolocación externa para todo tipo de despidos colectivos y que se amplíe su duración legal<sup>121</sup>;
- articular una mayor colaboración o implicación de los servicios públicos de empleo competentes en la implantación y aplicación de los planes de recolocación externa con el fin de que estos cumplan adecuadamente su función: la reinserción profesional del trabajador despedido en un empleo de calidad y adaptado a las nuevas necesidades del mercado de trabajo. “Nuevos vientos” soplan a favor de esta consideración con la nueva Ley de Empleo 3/2023<sup>122</sup>, si bien es cierto que sería necesario una mayor precisión o desarrollo normativo, no solo por introducir como colectivo de atención prioritaria para las políticas de empleo a las «personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración» (art. 50), sino sobre todo por regular en el art. 44 la actividad de recolocación y establecer que esta «podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación», ya sea por obligación legal o ya sea por «iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno», prestando especial atención a los trabajadores de 52 años que hayan sido despedidos por despido colectivo (y evitando toda discriminación por razón de edad)<sup>123</sup>;

---

LOZANO, [Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo \(Artículo 47 bis del Estatuto de los trabajadores y disposiciones concordantes\)](#), en [Temas Laborales](#), 2022, n. 161, p. 310.

<sup>121</sup> *Vid.* E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÈS I FABRELLAS, M. ZELICH, *Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad? Informe sobre planes de recolocación*, ESADE (IEL)-LHH, 2015.

<sup>122</sup> El Plan Trienal para prevenir y reducir el paro de larga duración 2019-2021 (Plan Reincorpora-T) ya apuntaba en este sentido, aunque se critica la falta de transparencia en los resultados del mismo. *Vid.* M.C. AGUILAR GONZÁLEZ, [Desempleo de larga duración. colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo](#), en [Lan Harremanak](#), 2021, n. 46, p. 142.

<sup>123</sup> El Plan Anual de Política de Empleo para 2022, aprobado por resolución de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social en fecha de 26 de abril de 2022, establece como

- introducir una obligación documental de propuestas de medidas alternativas o complementarias de despido colectivo en la comunicación inicial para que puedan ser efectivamente negociadas durante la consulta-negociación, sin vedar que se puedan elaborar y negociar otras propuestas a lo largo del proceso<sup>124</sup>;
- ampliar el período de consulta-negociación de forma escalonada tanto para empresas de menos de 50 trabajadores como para grandes empresas, sobre todo cuando el despido colectivo se justifique en causas técnicas, organizativas o productivas, con el fin de que se puedan negociar medidas alternativas o complementarias al despido con tiempo suficiente<sup>125</sup>;
- calificar a las personas trabajadoras maduras, junto con los representantes de los trabajadores, como colectivo con prioridad de permanencia en la empresa, para prevenir expulsiones prematuras injustificadas del mercado de trabajo. Aunque también podría ser útil que la empresa tuviera que ofrecer obligatoriamente medidas sociales de acompañamiento específicas o un plan de recolocación externa para este colectivo, en todo caso;
- reforzar la facultad de intervención de la autoridad laboral competente en la búsqueda de soluciones a los despidos colectivos, posibilitando la mediación a petición de una de las partes (evitando los vetos) y la facultad de prórroga del tiempo en el cual no pueden surtir efecto los despidos colectivos con el fin de proponer medidas alternativas o complementarias a los despidos colectivos, en la línea de lo que la Directiva comunitaria permite;
- reforzar, asimismo, las facultades de intervención de la ITSS a través de la notificación del informe a las partes (con un análisis más

---

uno de los servicios comunes el «apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente».

<sup>124</sup> Lógicamente, lo que no puede hacerse es sobredimensionar en un momento inicial el despido colectivo para presionar a los trabajadores con el fin de que acepten modificaciones sustanciales de sus condiciones de trabajo, que era lo que realmente y al principio se pretendía por la empresa. En este sentido, *cf.* STS 29 enero 2019, rec. 168/2018.

<sup>125</sup> Aparte de la mayor extensión de las consultas en la regulación italiana del procedimiento de despido colectivo “común”, la *Legge 30 dicembre 2021, n. 234*, en su art. 1, apartados 224-236, establece un procedimiento previo de consulta-negociación para aquellas empresas de 250 trabajadores o más que decidan cerrar y cesar con la actividad de una sede, establecimiento, filial, oficina o división autónoma radicada en el territorio nacional italiano, siempre que afecte a al menos 50 trabajadores. En este sentido, las empresas deberán de presentar un plan para limitar las extinciones y las consecuencias económicas del cierre y deberán de negociarlo con diferentes partes hasta un máximo de 120 días.

pormenorizado de las medidas sociales de acompañamiento), así como a través de la introducción de sanciones administrativas específicas ante casos de ausencia de negociación de medidas alternativas o complementarias al despido colectivo;

- endurecer el control judicial, extendiendo expresamente la nulidad del despido colectivo a la ausencia injustificada de negociación de las medidas sociales de acompañamiento y a la falta de presentación del plan de recolocación externa obligatorio.

Pero más allá de los cambios normativos mencionados, también es necesario un cambio en la voluntad negociadora de las partes y en la actuación de la Administración laboral en el procedimiento de despido colectivo. La existencia de casos de éxito, como el de *Alcoa*, en el que se ha declarado nulo un despido colectivo ante la ausencia de negociación de medidas sociales de acompañamiento y donde ha sido absolutamente esencial la implicación de las autoridades competentes<sup>126</sup> y la incansable lucha de los trabajadores afectados, supone buena prueba de que un cambio cultural en la negociación de medidas sociales de acompañamiento es posible y necesario desde la perspectiva de la reestructuración socialmente responsable. Y este nuevo papel activo y preventivo que se le atribuye a los sujetos negociadores debe de venir, por supuesto, acompañado de una regulación que aporte mayores garantías a la verdadera negociación de medidas sociales de acompañamiento.

Los nuevos retos que plantea la Cuarta Revolución Industrial y el cambio climático, acrecentados en un mundo globalizado o interconectado, hacen necesario que se deba promover una implicación ofensiva, proactiva y preventiva de todos los agentes implicados en el conflicto (trabajadores, empresarios y Estado), con el fin de encontrar soluciones alternativas o complementarias al despido colectivo. Soluciones que radiquen en una mejora de la productividad, la innovación y el trabajo decente, para garantizar una transición digital y verde que sea justa. De lo contrario, los potenciales efectos de una regulación del despido colectivo que principalmente permita incrementar la indemnización o expulsar a

---

<sup>126</sup> La autoridad laboral dirigió hasta 10 advertencias a la empresa en cuestión, indicándole que no estaba negociando verdaderamente medidas sociales alternativas o complementarias al despido colectivo, pues se mantenía inamovible en su posición inicial. El informe de la ITSS también se manifiesta en el mismo sentido. Además, la administración autonómica y española intervinieron presentando propuestas en la consulta-negociación. Sobre el iter judicial de este caso, véase E. ROJO TORRECILLA, *Caso Alcoa Inespal. Un conflicto social explicado a través de una sentencia y dos autos, que son algo más que resoluciones judiciales*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, n. 2, y la STS 28 octubre 2021, rec. 54/2021.

trabajadores maduros del mercado de trabajo, aunque incrementando los costes (apartados 9 y 11, art. 51 ET), podrán ser devastadores, sobre todo si se focaliza la destrucción de empleo en determinadas zonas locales, ahondando en el problema de la despoblación. En este sentido, la adaptación permanente de las empresas a través de la formación deberá de jugar un papel fundamental para garantizar las transiciones ocupacionales y no dejar a nadie atrás, actuando el mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (art. 47-*bis* ET) como una medida adecuada alternativa al despido colectivo.

En definitiva, es necesario que el plan de acompañamiento social se inserte en una lógica de “negociación colectiva gestional” o “participativa”, por medio de la cual se trate de conciliar la racionalidad económica y la racionalidad social en una dirección de codecisión negocial de los procesos de reestructuración y crisis empresariales<sup>127</sup>. Para ello es igualmente necesario un cambio de modelo que supere la competencia basada en reducción de costes del factor trabajo y se centre en una competitividad por el conocimiento, la calidad y la innovación en la empresa. A ello contribuye la conocida como “flexibilidad ofensiva”, que busca la implicación de los trabajadores en la productividad y calidad del producto a cambio de diversas garantías y ventajas laborales; persigue la participación proactiva y preventiva de todos los agentes implicados en el conflicto (empresa, trabajadores y Estado); otorga preferencia a la estabilidad laboral, la modernización de la tecnología y la formación profesional; así como se construye sobre la negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la concertación social ni el convenio de empresa, este último como vía de singularización de las condiciones y de la organización del trabajo.

## 5. Bibliografía

AGUILAR GONZÁLVEZ M.C. (2021), *Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo*, en *Lan Harremanak*, n. 46, pp. 114-143

ALCÁZAR ORTIZ S. (2015), *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Lex Nova

BALLESTER LAGUNA F. (2013), *La impugnación del despido colectivo*, Tirant lo Blanch

---

<sup>127</sup> Una propuesta elaborada originalmente por J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., p. 101 ss. y explícitamente pp. 106-114.

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2014), [\*Reformas laborales y “asiatización” de las condiciones de trabajo: el tránsito \(inacabado\) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales\*](#), en *IUSLabor*, n. 3, pp. 1-6
- BLASCO PELLICER A. (2013), *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch
- CABEZA PEREIRO J. (2013), *La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral del 2012*, en J.P. LANDA (ed.), [\*Flexibilidad interna e innovación en la empresa\*](#), Dykinson
- CRUZ VILLALÓN J. (2012), [\*Hacia una nueva concepción de la legislación laboral\*](#), en *Temas Laborales*, n. 115, pp. 13-54
- CRUZ VILLALÓN J. (1997), [\*La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos\*](#), en *Temas Laborales*, n. 44, pp. 27-71
- DE LA PUEBLA PINILLA A. (2021), *El despido por causas empresariales*, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- FALGUERA BARÓ M.À. (2015), *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, Bomarzo
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. (2022), *La flexibilidad interna en el contexto del despido colectivo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M.Á. ALMENDROS GONZÁLEZ (dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Comares
- GÓMEZ ABELLEIRA F.J. (2016), *La intervención de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos*, en M. GODINO REYES (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch
- GOÑI SEIN J.L. (2012), [\*El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012\*](#), en *Documentación Laboral*, n. 95-96, pp. 25-56
- LÓPEZ CUMBRE L. (2017), *La prejubilación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, tomo II
- LÓPEZ INSUA B.M. (2022), *El plan de recolocación externa para los trabajadores afectados en despidos colectivos*, en P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES (dirs.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Comares
- LÓPEZ INSUA B.M. (2022), *Quiebra, concurso y medidas laborales de supervivencia empresarial*, en P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES (dirs.), *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral. Las relaciones de trabajo post-Covid-19 y recientes reformas*, Laborum

- LÓPEZ INSUA B.M. (2018), [\*La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones\*](#), en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, n. 1, pp. 74-109
- MARTÍNEZ BARROSO M.R. (2019), *Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 430, pp. 15-51
- MERCADER UGUINA J.R. (2016), *El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas*, en M. GODINO REYES (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch
- MERCADER UGUINA J.R., DE LA PUEBLA PINILLA A. (2013), *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch
- MOLINA NAVARRETE C. (2021), [\*La gestión pública de los “ERTE” \(regulación temporal de empleo\) y de los “ERE” \(regulación extintiva\) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas postpandemia\*](#), en *Temas Laborales*, n. 160, pp. 151-188
- MONEREO PÉREZ J.L. (2022), [\*La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia\*](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 4, pp. 215-326
- MONEREO PÉREZ J.L. (2019), *La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares
- MONEREO PÉREZ J.L. (2017), *Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (artículo 29)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares
- MONEREO PÉREZ J.L. (2017), *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo
- MONEREO PÉREZ J.L. (2015), [\*El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno\*](#), en *Temas Laborales*, n. 130, pp. 311-350
- MONEREO PÉREZ J.L. (2014), [\*La intervención administrativa en los despidos colectivos\*](#), en *Temas Laborales*, n. 125, pp. 261-309
- MONEREO PÉREZ J.L. (2012), [\*El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012\*](#), en *Temas Laborales*, n. 115, pp. 315-359
- MONEREO PÉREZ J.L. (2010), *EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. extra., pp. 159-216
- MONEREO PÉREZ J.L. (1994), *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Cívitas
- MONEREO PÉREZ J.L. (1992), *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Cívitas

MONEREO PÉREZ J.L. (1988), *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada

MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G. (2022), *Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M.Á. ALMENDROS GONZÁLEZ (dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Comares

MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G. (2022), [Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo \(Artículo 47 bis del Estatuto de los trabajadores y disposiciones concordantes\)](#), en *Temas Laborales*, n. 161, pp. 305-334

MUROS POLO A. (2022), *Configuración general del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más: sus aspectos más problemáticos*, en AA.VV., *La enrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social (El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo). VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum

MUROS POLO A. (2022), *El fomento de la flexibilidad interna frente al despido ante la crisis de la covid-19: ¿un modelo extrapolable?*, en R. PÉREZ CALLE (coord.), [Empresa, economía y derecho. Oportunidades ante un entorno global y disruptivo](#), Dykinson

NAVARRO NIETO F. (2021), *Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo*, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Ministerio de Trabajo y Economía Social

PÉREZ CAPITÁN L. (2020), *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Aranzadi

ROJO TORRECILLA E. (2021), [Caso Alcoa Inespal. Un conflicto social explicado a través de una sentencia y dos autos, que son algo más que resoluciones judiciales](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), n. 2, pp. 1-10

SÁEZ LARA C. (2015), *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch

SÁEZ LARA C. (2010), [Espacios y funciones de las empresas de recolocación](#), en *Temas Laborales*, n. 107, pp. 337-373

SÁNCHEZ TORRES E., BEL ANTAKI J., GINÈS I FABRELLAS A., ZELICH M. (2015), *Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad? Informe sobre planes de recolocación*, ESADE (IEL)-LHH

SEMPERE NAVARRO A.V. (2021), [Control individual de la causa del despido colectivo pactado \(Caso Ayuntamiento de Ciempozuelos\)](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), n. 8, pp. 1-11

SERRANO GARCÍA J.M. (2009), [El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables](#), en *Temas Laborales*, n. 99, pp. 205-236

SERRANO GARCÍA J.M. (2002), *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova

TERRADILLOS ORMAETXEA E. (2021), *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Ministerio de Trabajo y Economía Social

TERRADILLOS ORMAETXEA E. (2013), *Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012*, en *Revista de Derecho Social*, n. 64, pp. 61-86



# El Trabajo 3.0 en la economía de plataformas en Cuba\*

Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ\*\*

---

**RESUMEN:** El artículo analiza desde la doctrina del Derecho del Trabajo la relación jurídico-laboral del Trabajo 3.0 en la economía colaborativa en la plataforma Web 2.0 al trabajador digital. Parte del reconocimiento en la Constitución de 2019, del empresariado privado con la actualización del modelo económico y social cubano, estudio realizado desde las ciencias sociales con la revisión bibliográfica, el uso del análisis-síntesis, de la inducción-deducción, la comparación jurídica y el histórico, como métodos de las ciencias sociales. Se demostró que el trabajador digital ha revolucionado la manera tradicional del Derecho al Trabajo en la relación jurídico-laboral, con notas de laboralidad, ajenidad, dependencia y autonomía. Necesitado de actualización teórica y normativa en el ordenamiento jurídico-laboral. Contribuirá en la carrera de Derecho a actualizar e integrar contenidos en Derecho del Trabajo, para que desde su modo de actuación profesional presten el servicio de asistencia legal con competencias.

**Palabras clave:** Laboralidad, relación jurídica, trabajador digital, autonomía.

**SUMARIO:** 1. El Trabajo 3.0. Análisis histórico-jurídico. Definición desde la teoría en la sociedad de la información a las tecnologías de la informática y las comunicaciones. 1.1. Análisis holístico de la teoría del Derecho del Trabajo en el siglo XXI. 1.2. El Trabajo 3.0. La laboralidad en la economía de plataformas del trabajo digital. 1.3. El mercado del trabajo en las plataformas digitales. 1.4. La economía colaborativa, apuntes desde la teoría en las plataformas digitales en el entorno mercantil. 1.5. La economía de plataformas. El trabajador autónomo y asalariado. La laboralidad. 1.6. El trabajo digital. Las nuevas formas de trabajo en plataformas Web 2.0. 2. Análisis de la cultura del emprendimiento y la innovación en el ordenamiento jurídico cubano desde el trabajo digital. 2.1. Política cubana

---

\* El trabajo es la re-elaboración y ampliación del artículo, del mismo Autor junto a Díaz Ocampo y Morales Sornoza, *El trabajo digital. Análisis de la economía de plataformas en Cuba y Ecuador*, en *Labos*, 2022, n. 2, pp. 198-224, y responde al proyecto no asistido a programas con la Empresa de Servicios Legales de Granma titulado *Un modelo de formación de competencias innovativas en la asistencia legal por los operadores jurídicos de EMPRESEL (I+D+i)* con la carrera de Derecho a partir del fomento de las MIPYMES en la actualización del modelo económico en Cuba.

\*\* Dr. Hc por el Instituto Jurídico de Baja California, Tijuana (México); Máster en Asesoría Jurídica mención Derecho Administrativo Ambiental por la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente; Profesor Auxiliar de Derecho Ambiental e Internacional Público, Universidad de Granma (Cuba).

en relación a la economía colaborativa en el Trabajo 3.0. 2.2. Formas de manifestación del trabajo digital (APK) en Cuba. 2.3. Insuficiencias en el ordenamiento jurídico cubano sobre el ejercicio del trabajo digital. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

## Work 3.0 in the Platform Economy in Cuba

---

**ABSTRACT:** The article analyses from the doctrine of Labour Law the labour-legal relationship of Work 3.0 in the collaborative economy on the Web 2.0 platform to the digital worker. Part of the recognition in the 2019 Constitution of private business with the updating of the Cuban economic and social model, a study carried out from the social sciences with a bibliographic review, the use of analysis-synthesis, induction-deduction, legal comparison and the historical, as methods of the social sciences. It was demonstrated that the digital worker has revolutionized the traditional way of the Right to Work in the labour-legal relationship, with notes on employment, alienation, dependency and autonomy. In need of theoretical and normative updating in the labour legal system. It will contribute in the Law career to update and integrate contents in Labour Law, so that from their professional mode of action they provide the legal assistance service with competences.

*Key Words:* employment, legal relationship, digital worker, autonomy.

### **1. El Trabajo 3.0. Análisis histórico-jurídico. Definición desde la teoría en la sociedad de la información a las tecnologías de la informática y las comunicaciones**

Las innovaciones tecnológicas producen una revolución en el mercado laboral, imponen nuevas reglas en la búsqueda y selección de empleos. La manera tradicional de la búsqueda de empleo y la selección de personal se ha basado en el contacto directo entre el postulante y el empleador, hoy cambia con el uso de las tecnologías de la informática y las comunicaciones (TIC) en la plataforma Web 2.0. Hoy existen otras posibilidades para ambas partes en la futura relación laboral. Al mutar en la manera de buscar empleos que hace unos años se basaba en el siglo pasado, en la consulta de los periódicos o en clasificados laborales. Las formas y maneras de contactar la oferta y demanda de empleo han cambiado con las TIC en el siglo XXI en la plataforma digital con diversas aplicaciones creadas para ello. Donde, las redes sociales constituyen una de las máximas expresiones de la Web 2.0, convertidas en las principales formas de interacción social que permiten el intercambio entre personas, grupos o instituciones, unidas por uno o varios tipos de relaciones de diversa índole. La economía colaborativa se presupone que incidirá en muchos cambios a nivel social, político y económico, que llevará a una adaptación jurídica de las consecuencias que se deriven de estos modelos de negocios.

El trabajador digital, ejecuta sus labores con el uso de la red de internet, lo ejecuta a través de medios tecnológicos (TIC), usa las aplicaciones u otras herramientas informáticas, con independencia del espacio o lugar físico desde donde lo ejecuta – las instalaciones de una empresa, su domicilio o un espacio público – y si la prestación del servicio se implementa físicamente (off-line) o virtual (on-line). La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, es un aporte para abordar el trabajo digital y promover el debate jurídico sobre el trabajo digital en la Web 2.0<sup>1</sup>. Esta nueva realidad digital, impone un reto legislativo a los juristas a nivel global, que permita calificar la relación telemática laboral que existe entre las plataformas virtuales mediante las que hoy en día se presta servicios, y las personas que prestan el servicio de manera presencial con su empleador, requerida de una construcción jurídica.

El Derecho del Trabajo es concebido desde la teoría como una rama del Derecho, sus principios y normas jurídicas tienen como fin la tutela de los trabajadores, regulan las relaciones entre los sujetos de la relación laboral:

---

<sup>1</sup> OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, 2019.

trabajadores, empleadores, sindicatos, y Estado. Se encarga de normar la actividad humana lícita, prestada por un trabajador en relación de dependencia a un empleador – persona física o jurídica – a cambio de una contraprestación dineraria. Es toda actividad realizada por el hombre, sea a través de esfuerzo físico o intelectual, dirigida a la producción, modificación o transformación de materias en bienes y servicios.

El Derecho del Trabajo, ordena la relación jurídica surgida con ocasión de la prestación del trabajo realizado por una persona física de manera voluntaria y retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero al que denominamos empresario o empleador. Sobre este particular, se valora el aporte dado por De Buen Lozano<sup>2</sup> quien considera que las primeras manifestaciones sobre la regulación normativa del Derecho al Trabajo aparecen en Europa en el siglo XIX, y se consolidan en la segunda década del siglo XX.

Es concebido por Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer<sup>3</sup>, al afirmar en su estudio que en su historicidad surge como un derecho especial de tutela y protección de los trabajadores, actúa como compensador frente a la situación que, como contratante tiene el trabajador individual, y como poder limitador de extralimitaciones empresariales que pudieran sobreexplotar o no tomando en consideración la dignidad y los derechos del trabajador, en una situación jurídica y fáctica de subordinación.

En consecuencia, se valora que el desarrollo del Derecho del Trabajo, se consolida en el siglo XX, pero en el siglo XXI evoluciona hacia otras formas de conformarse la relación jurídica laboral, con el uso de las TIC, es un hecho jurídico en la denominada economía de plataformas en la Web 2.0 con el trabajador digital como empresario privado (trabajador por cuenta propia). Elementos que son vinculantes al “trabajo decente”, definición establecida por la OIT, al señalar «es la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social».

De esta manera, las personas que están inmersas en un modelo de economía colaborativa puedan acceder a iguales beneficios laborales que las que trabajan en el mercado tradicional. Con base a estas posturas, los autores hacen un análisis sobre cuáles serían los estándares laborales en el contexto de las actividades en las plataformas digitales, así como también de la informalidad que ha generado en los trabajadores. En consecuencia, se

---

<sup>2</sup> N. DE BUEN LOZANO, *El nacimiento del Derecho del Trabajo*, Porrúa, 1980.

<sup>3</sup> M. RODRÍGUEZ-PINEIRO Y BRAVO-FERRER, *Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo en el contexto de la economía digital*, en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 10.

asevera que, la economía de plataformas es una realidad social y económica que está generando beneficios, por lo cual es necesario establecer nuevas formas para brindar protección social a los trabajadores, empoderarlos y darles oportunidades de crecimiento y desarrollo personal. Por ello, constituye un desafío para las autoridades el revisar los mecanismos que permitan viabilizar la adaptación de las regulaciones laborales y de seguridad social a las nuevas modalidades de trabajo en las plataformas digitales. Elementos claves en este proceso se aprecia que son el salario mínimo, la estabilidad laboral y la afiliación al seguro social. Sin embargo, no hay duda de la necesidad de impulsar las relaciones laborales armónicas que surgen de las nuevas realidades sociales, económicas y políticas, vinculadas al contrato de trabajo, de aquí que sea requerida una adecuada construcción teórica<sup>4</sup>.

### 1.1. Análisis holístico de la teoría del Derecho del Trabajo en el siglo XXI

No hay dudas que en el siglo XXI se revoluciona el Derecho del Trabajo, construido a partir de delimitar qué tipo de trabajos se regulaban en el mismo, se inicia desde el diseño de la regulación de los actores presentes en el mercado laboral, con la impronta de un trabajo subordinado, articulado en el intercambio de servicios profesionales, con un contrato de trabajo, denominado trabajo por cuenta ajena desde la teoría analizada por De Buen Lozano<sup>5</sup>.

La aplicación del Derecho del Trabajo a las actividades por cuenta ajena es pertinente de manera automática, solo basta con la presencia de las notas de la laboralidad definidas por el legislador como: “la ajenidad y dependencia”, que no son las únicas, pero le caracterizan de forma distintiva. Otro elemento que está presente en este análisis por su relación con el objetivo del artículo, es el trabajo autónomo, al ser el centro del análisis, como la forma no asalariada que tiene mayor presencia en el mercado laboral en el mundo y mayor grado de regulación, convirtiéndose en un modelo alternativo de ordenación del trabajo al usar las TIC.

De esta manera, se aprecia como compite con el trabajo asalariado, aunque le faltan notas distintivas que lo identifican como “la ajenidad y la dependencia”, siendo un trabajo por cuenta propia y autónomo, como

---

<sup>4</sup> A. TODOLÍ SIGNES, *El contrato de trabajo en el S. XXI: La economía colaborativa, On-demand economy, Crowdsourcing, uber economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo*, Universidad de Valencia, 2015.

<sup>5</sup> N. DE BUEN LOZANO, *El nacimiento del Derecho del Trabajo*, Porrúa, 1980.

trabajo no asalariado, ejecutado por el sector privado. Durante algunas décadas, se aprecia como en diversos países de Latinoamérica, el Derecho del Trabajo se constriñó al positivismo jurídico de una legislación garantista de mínimos de derechos, los cuales quedaron rebasados ante la globalización y los nuevos escenarios de una ciudadanía. Ejemplo de ello son los trabajadores, cuya ciudadanía exige el respeto de sus derechos inespecíficos, como son la intimidad, la integridad, la libertad de expresión en las relaciones laborales y la no discriminación<sup>6</sup>. Por tal motivo, Dueñas desde su posición considera «para salvar la desnaturalización del Derecho del Trabajo se precisa de la superación de intocables axiomas que perviven en el pensamiento económico contemporáneo como el que vincula la rigidez de la legislación laboral». Por lo tanto, es necesaria la adaptación de la normativa jurídica laboral a los cambios tecnológicos y particularmente a los derechos laborales inespecíficos de los empleados<sup>7</sup>.

Nos dice que, en la actualidad, el Derecho del Trabajo debe adaptarse a las nuevas perspectivas y desafíos de la sociedad de control para reglamentar en forma específica los derechos laborales inespecíficos de los trabajadores. Ugarte, es del criterio al considerar «que implica enfrentar desafíos en distintas perspectivas y dimensiones: desde los clásicos problemas de las condiciones salariales y de trabajo hasta el ingreso de los derechos fundamentales inespecíficos a la fábrica»<sup>8</sup>.

El nuevo paradigma constitucional económico, está conducido a lograr la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, o sea que los particulares argumentan en contra de otros en el ámbito de sus relaciones privadas los derechos subjetivos públicos. Es una relación frágil que hay que cuidar constantemente e intentar consolidar con el tiempo. Desde aquí, que se valore en este milenio desde la teoría del Derecho del Trabajo, que las figuras de las prestaciones de servicios no encajan en estos modelos tradicionales analizados desde la teoría del Derecho del Trabajo tradicional; es por ello, que deberá regularse esta modalidad de relación jurídica laboral en plataformas, al modificar sus pautas tradicionales.

Este nuevo modelo del trabajo que emerge en el siglo XXI, se distingue en sus notas distintivas por la finalidad del intercambio, la falta de empleador por trabajar para la economía doméstica (trabajo familiar y doméstico), y se le distingue además por tener un marco jurídico alternativo para el

---

<sup>6</sup> L. PÉREZ CAPITÁN, *La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado. El Trade y el trabajo en las plataformas digitales*, 2019, Thomson-Reuters Aranzadi.

<sup>7</sup> L. DUEÑAS HERRERO, *La necesaria recuperación del Diálogo Social para abordar la regulación del impacto de las nuevas tecnologías en los Derechos de los trabajadores*, Ponencia en el Congreso Internacional *Innovación Tecnológica y Futuro del Trabajo*, Santiago de Compostela, 2018.

<sup>8</sup> J. UGARTE, *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*, Thomson Reuters, 2014.

intercambio, conocido como trabajo cooperativo en la plataforma digital Web 2.0. El fundador del Foro Económico Mundial, Schwab<sup>9</sup> sobre este particular afirma en su libro *La cuarta revolución industrial* que nos encontramos al principio de una revolución que está cambiando de manera fundamental la forma de vivir, trabajar y relacionarnos unos con otros. En su escala, alcance y complejidad, lo que considero la cuarta revolución industrial no se parece a nada que la humanidad haya experimentado antes. Por ello, el Derecho del Trabajo, como disciplina jurídica autónoma, en un momento histórico determinado y estrechamente vinculado a un modelo económico y de producción, ha tenido efectos sobre la organización del mercado de trabajo en particular. La explicación del orden causal, exige identificar su surgimiento con una etapa en la que la prestación de trabajo asalariado se configura en forma generalizada, al influjo de la sociedad liberal y cuando dicha realidad social, por ende, se convierte en elemento de identidad del sistema. Con el advenimiento del capitalismo y las innovaciones técnicas que transformaron la estructura de la producción – principalmente industrial – comienza a proliferar el trabajo libre, subordinado, por cuenta ajena y salarialmente retribuido, reemplazando así la organización productiva anterior, como lo consideran Palomeque y Álvarez de la Rosa en sus aportes<sup>10</sup>.

Como se destacó por la OIT desde la conclusión del pasado siglo «Casi todos los términos de servicio de las plataformas contienen cláusulas de acuerdo con las cuales los trabajadores afirman ser trabajadores independientes o contratistas independientes [...a pesar de ello] muchos términos de servicio también imponen restricciones a la autonomía del trabajador que son incompatibles con el empleo independiente».

Con posterioridad, en el nuevo siglo, la OIT publica el informe *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, partiendo de la afirmación del cambio en el mundo del trabajo a raíz de la influencia de las plataformas, en el marco de las economías digitales, situación acelerada y que se ha ido consolidando por la pandemia del Covid-19<sup>11</sup>.

En consecuencia, se justiprecia como el Derecho del Trabajo, tanto desde el punto de vista del concepto y extensión tradicional del elemento de la subordinación, como de sus adaptaciones flexibles a las nuevas realidades que hoy se contextualizan en el siglo XXI, como el Trabajo 3.0 en la economía de plataformas del trabajador digital de manera autónoma,

<sup>9</sup> K. SCHWAB, *La 4<sup>ta</sup> Revolución Industrial*, Debate, 2016.

<sup>10</sup> M. PALOMEQUE, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Universitaria Ramón Areces, 2016.

<sup>11</sup> OIT, *El trabajo a domicilio. De la invisibilidad al trabajo decente*, 2021.



cambiando se su escenario tradicional donde se ejecuta el trabajo en relación a la tarea asignada. Tampoco hay horario de trabajo, al no aplicarse las reglas tradicionales. Permite analizar desde los aportes teóricos de autores estudiados de como la tecnología constituye un elemento importante en la configuración de las condiciones de vida y de trabajo; por lo tanto, las transformaciones tecnológicas afectan de distintas formas la actividad laboral. Y requieren de nuevas construcciones teóricas.

Sobre ello, se valora como Negroponte expresa «La empresa mediatizada por las innovaciones tecnológicas ha informatizado sus procesos productivos, más aún ha privilegiado la producción de información por sobre los tangibles»<sup>12</sup>. Bencomo establece que esta «impone desafíos en el ámbito informacional, revolucionando, los modos de producir a nivel mundial, lo cual obviamente, provoca impactos en los actores de las relaciones laborales del sector»<sup>13</sup>.

En el ámbito doctrinario se han identificado un común denominador en cuatro características: uso de algoritmo en la web; abono del servicio a través de una cuenta *escrow*; voluntariedad en la aceptación del tiempo y lugar de la prestación de servicio; desarrollo de microtarefas; valoración de los servicios por parte del cliente, como lo pondera Mercader Uguina<sup>14</sup>.

En este particular, Cruz Villalón refiere que, dentro del proceso actual de irrupción de la digitalización del empleo, han empezado a surgir diversas interrogantes acerca de la funcionalidad de la norma laboral para abordar las nuevas realidades tecnológicas; así acertadamente, indica que, más allá de entender las nuevas realidades tecnológicas bajo la óptica de la mirada tradicional del derecho al trabajo, resulta necesario previamente redefinir las dimensiones de la era de la digitalización a fin de poder abordar la discusión propuesta bajo una mirada más acorde a los nuevos cambios tecnológicos<sup>15</sup>.

De acuerdo con la postura de Medina, quien refiere que «cualquier proceso de producción puede ser total o parcialmente automatizado, no solo en las

---

<sup>12</sup> N. NEGROPONTE, *El mundo digital. El futuro ha llegado*, B, 2000, p. 20.

<sup>13</sup> T. BENCOMO, *Las Innovaciones tecnológicas y su repercusión en el trabajo de los Comunicadores Sociales*, en *Visión Gerencial*, 2004, n. 2.

<sup>14</sup> J. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización robótica*, Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>15</sup> Consúltese, J. CRUZ VILLALÓN, *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Revista Temas Laborales*, 2017, n. 138, pp. 13-47; R. SERRANO OLIVARES, *Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad. Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017, pp. 19-48; M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, *Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes*, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya*, 2019, n. 28, pp. 1-14.

grandes empresas sino también en las pequeñas o muy pequeñas, gracias al progresivo bajo costo que supone para las empresas incorporar microprocesadores y aplicaciones informáticas»<sup>16</sup>.

De aquí que la nueva era que se origina entre la informática y las telecomunicaciones en el actual siglo XXI, con la postura de esta tecnologización del proceso productivo también repercute en la forma habitual de desarrollar la prestación laboral. Como lo expresa Selma, «se flexibiliza la concreción horaria tradicional de la jornada de trabajo, el concepto de centro de trabajo difumina sus perfiles, y al mismo tiempo, se introducen formas de supervisión del trabajo tan estrictas, que pueden incluso repercutir sobre la intimidad de los trabajadores»<sup>17</sup>.

En consecuencia, se valora como la relación de trabajo es un nexo jurídico que vincula a empleadores y trabajadores que tiene lugar cuando una persona decide prestar su trabajo a cambio de una remuneración, requerida de un adecuado constructo doctrinal. Por qué se afirma esta postura anterior, las plataformas digitales se identifican con el desarrollo de una aplicación digital (software), mediante el cual es posible que las personas interactúen, y particularmente, puedan participar ofreciendo y adquiriendo determinados bienes y/o servicios en la Web 2.0. Las empresas se conectan directamente con la persona que debe prestar la fuerza laborativa, para que ella satisfaga las necesidades del cliente final o usuario (en pocas palabras, con quien requiere el envío de un bien o un transporte, la prestación de una actividad profesional, entre otras. Sobre el tema objeto de estudio, la OIT ha seguido signado pautas, ha explicado que, una plataforma es un negocio que conecta a productores y consumidores externos y permite interacciones de creación de valor entre ellos. La novedad se distingue en que estos instrumentos tecnológicos de las aplicaciones y las plataformas digitales, que permiten crecer y potenciar dicha actividad de intercambio de manera exponencial<sup>18</sup>.

En el aspecto jurídico, hay que destacar en el estudio que, los instrumentos técnicos que canalizan las diversas actividades empresariales son equivalentes al Derecho Económico, al Derecho Comercial, al Derecho de la Propiedad Industrial, al Derecho Tributario Financiero, al Derecho Laboral, al Derecho Administrativo, conservando cada uno su autonomía pero manteniendo indispensable concordancia normativa entre sí, de tal manera que conforman un conglomerado de ramas jurídicas conocidas en

---

<sup>16</sup> E. MEDINA CASTILLO, *Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Del empleo a la participación en la innovación*, 2018, p. 8.

<sup>17</sup> A. SELMA PENALVA, *Las peculiaridades prácticas del Control en la Empresa*, 2018, p. 97.

<sup>18</sup> OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, 2019.

el práctica como Derecho Empresarial; sin embargo, se colige por el articulista que el conjunto de estas ramas señaladas aún no lleva oficialmente el nombre de “legislación empresarial” ni el de “derecho empresarial”, pese a que su función primordial es mantener en orden la vida de la empresa, la conducta del empresario, los derechos del consumidor en el mercado, los derechos y deberes del Estado y de la sociedad civil, respecto de la actividad empresarial. Lo que sí está claro para el articulista que en la formación jurídica hay que integrar contenidos, para que sea un empresario con competencias, como es el caso del trabajo digital con el uso de las TIC y todas las herramientas que aportan para su ejercicio.

## 1.2. El Trabajo 3.0. La laboralidad en la economía de plataformas del trabajo digital

La definición desde la plataforma Nubelo, define al Trabajo 3.0 como «la nueva forma de trabajar, y se lleva a cabo a través de plataformas de gestión de trabajo online en la web 2.0». En la enciclopedia de Wikipedia, en la pesquisa realizada, aparece otra definición, más precisa de la aportada por Nubelo, se denomina al Trabajo 3.0 (en inglés: *work 3.0*; en francés: *travail 3.0*) a la modalidad de trabajo desarrollada exclusivamente online, y basada en las plataformas de gestión de trabajo y negocios ofrecidas por las TIC, herramientas colaborativas que permiten la gestión del trabajo a distancia. De este modo, se analiza como el trabajo 3.0, permite reunir en un mismo escenario online a trabajadores híbridos y trabajadores freelance, los que no necesariamente necesitan de una plataforma para trabajar por proyectos, sino que se conectan de manera offline con las compañías. El Trabajo 3.0 plantea nuevas reglas en las cuales los trabajadores dejan de pertenecer de forma exclusiva a una organización, para desarrollarse de manera mixta<sup>19</sup>. Se demuestra, en este análisis que en el trabajo 3.0, hay una mutación con la aparición de nuevas formas de dependencia, concebidas por las herramientas que aportan las TIC, dando lugar a lo que denominan algunos autores “dependencia tecnológica”, dependencia que se deriva de las nuevas manifestaciones del poder del empresario, a través de medios informáticos, según la postura de Sempere Navarro<sup>20</sup>.

Permite consignar que, la laboralidad en la economía de plataformas del trabajador digital está presente, lo hace por cuenta propia y es con ello su

<sup>19</sup> R. SERRANO OLIVARES, *Economía colaborativa-o mejor, economía digital bajo demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017.

<sup>20</sup> A. SEMPERE NAVARRO, *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*, Dikynson, 2002.

mismo empleador como trabajador digital. La deuda del legislador es su reconocimiento en normas dentro de los ordenamientos jurídicos en la materia laboral. Este hecho jurídico, debe estar asentado en los ordenamientos jurídicos a partir del texto constitucional, por su vínculo con los derechos fundamentales de los trabajadores, que lo hacen a través del Trabajo 3.0 en este nuevo mercado laboral apoyado en el internet, desarrollado en normas especiales en la materia laboral para que garanticen los derechos de los trabajadores digitales.

Los derechos de los trabajadores en la sociedad: el respeto a los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral relacionados con el derecho de intimidad del trabajador y el impacto de estos desde una perspectiva de responsabilidad social de la empresarial. Aunque, hay que destacar que, para Rojo Torrecilla, considera que relación laboral será toda aquella que se ajuste y cumpla con las exigencias marcadas por la normativa aplicable<sup>21</sup>.

La deslaboralización de la relación de trabajo: esto se explica, debido a que los nuevos modos de producción han ido estimulando nuevas y no tan nuevas formas de empleo que se independizan del contrato de trabajo típico, entre las que destacan, por ejemplo, la tercerización, la intermediación laboral, el teletrabajo y las nuevas formas de trabajo autónomo.

La afectación a la salud y la seguridad: inconvenientes en la protección social y seguridad colectiva, la des-estandarización del Derecho Laboral, precarización y externalización, que es potenciada por la novedosa administración por medio de plataformas gobernadas por algoritmos. El aumento considerable de ciertas formas de ocupación – las llamadas contrataciones laborales atípicas – que no pueden insertarse dentro del modelo tradicional de relación de trabajo, viene a ser una respuesta a las necesidades de flexibilización de las empresas y al nuevo escenario nacional e internacional en el que se desarrollan las actividades productivas. Requerido de una construcción jurídica, es criterio personal del articulista<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> E. ROJAS TORRECILLAS, [Unas notas sobre el objeto del Derecho del Trabajo](#).

<sup>22</sup> Confróntese, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes*, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya*, 2019, n. 28, pp. 1-14; G. CEDROLA SPREMOLLA, [Trabajo, organización del trabajo, representación de los trabajadores y regulación laboral en el mundo de la gig economy](#), en *esta Revista*, 2020, n. 1, pp. 36-37; OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, 2019.

### 1.3. El mercado del trabajo en las plataformas digitales

Las TIC toman trascendencia en el panorama de la sociedad de la información, son instrumentos que en gran medida han facilitado la globalización y sus efectos en todas las facetas de la sociedad. Como todas las innovaciones tecnológicas fomentadas en el siglo XXI, se aprecia cómo se ha producido una reorganización del mercado de trabajo, reorganización que ha supuesto la desaparición y a su vez la aparición de nuevos empleos y formas de trabajo, formas de trabajo en algunos casos atípicas, uno de los elementos característicos es el uso de las TIC, referenciado en sus aportes por Kahale Carrillo, Llamosas Trapaga y Cuadros Garrido<sup>23</sup>.

Es indudable negar que Internet es fuente de nuevas amenazas inexistentes en sociedades anteriores, pero renunciar a una herramienta que reporta tantas ventajas a la población mundial (comunicaciones, comercios, información...) no es la respuesta al problema que muta constantemente, ante la contestación que debe darle el Estado en sus políticas pública. Para ello, la nueva rama en el Derecho, el Derecho de la informática, conformada por el conjunto de disposiciones de los sistemas normativos que tratan de integrar todos estos aspectos novedosos introducidos por la tecnología, como lo anota desde su posición Pérez Luño<sup>24</sup>.

El pronunciamiento de la OIT sobre el tema en el actual siglo, al expresar: El surgimiento de las plataformas digitales de trabajo ha supuesto uno de los cambios más importantes acontecidos en el mundo del trabajo en los últimos años. La economía de plataformas se basa en las plataformas en línea, en las cuales el trabajo se terceriza mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa (una modalidad también conocida como crowdwork), y las aplicaciones (o apps) móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en zonas geográficas específicas. Estas tareas suelen llevarse a cabo a nivel local y están orientadas al servicio, como el transporte, las compras o la limpieza de casas, la OIT ha estado estudiando las plataformas laborales digitales con miras a comprender las repercusiones de esta nueva forma de organización del trabajo en los trabajadores y el empleo en general<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Consúltense para profundizar, D. KAHALE CARRILLO, *Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿Avance o retroceso?*, en *Revista de Derecho*, 2006, n. 25; A. LLAMOSAS TRAPAGA, *Las nuevas tecnologías de la información y comunicación y las relaciones laborales*, Tesis Doctoral, Universidad de Deusto, 2012; M. CUADROS GARRIDO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2017.

<sup>24</sup> A. PÉREZ LUÑO, *El derecho ante las nuevas tecnologías*, en *Notario del Siglo XXI*, 2012, n. 41.

<sup>25</sup> OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, 2019.

Otros autores, en sus aportes teóricos consideran como el caso de Cedrola Spremolla, quien refiere que una de las consecuencias más importantes de la aparición de las TIC, ha sido el impulso de la comunicación rápida y sencilla entre los individuos, las que favorecen de esta manera la conexión entre la oferta y demanda, creando nuevos modelos de negocio (modelos que se basan en dinámicas ya existentes, pero que han sido agilizados gracias a las innovaciones tecnológicas) e impulsando determinadas formas de trabajo asociadas a dichos modelos (como puede ser el trabajo autónomo en sus dos variantes, clásica y económicamente dependiente)<sup>26</sup>.

En esta misma línea, Rodríguez-Piñero Royo, desde su postura refiere que las diversas plataformas digitales que hoy se utilizan generan diversas fuentes de empleo, las que generalmente se los cataloga como autónomos, porque el trabajador de cierta manera puede decidir sobre algunas cuestiones inherentes a la actividad, pero está subordinado a patrones técnicos y de calidad que son muy rígidos y que se traducen a que son dependientes en un mercado altamente competitivo<sup>27</sup>.

Por ello, se analiza como la calificación jurídica de las plataformas digitales, al decir de Martín que dependerá mucho de la forma en que estas realicen la actividad, ya sea operando como intermediadoras o prestando un servicio físico, y su relación con los terceros o colaboradores y en simultáneo una posible relación de carácter laboral entre aquella y los últimos<sup>28</sup>.

De aquí, que el reto del desarrollo de las tecnologías, y la aparición de las plataformas digitales denominadas “*gig economy*” han venido a desconfigurar las relaciones tradicionales de trabajo, y la nueva concepción del modelo de empresa, una parte de la doctrina la denomina “huida del derecho de trabajo”, como elementos que han planteado un reto para los estudiosos desde diversos saberes. Desde el Derecho del Trabajo este fenómeno social analizado desde la impronta digital, se han ido multiplicando a escala mundial con la pandemia del Covid-19, ante el confinamiento en los hogares para mitigar el índice de contagiados<sup>29</sup>.

Empero, no todas han sido reconocidas dentro de los ordenamientos jurídicos, lo que ha generado desproporción en el reconocimiento de derechos, las garantías hacia los trabajadores y la implementación de

---

<sup>26</sup> G. CEDROLA SPREMOLLA, [Trabajo, organización del trabajo, representación de los trabajadores y regulación laboral en el mundo de la gig economy](#), en *esta Revista*, 2020, n. 1, pp. 36-37.

<sup>27</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes*, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2019, pp. 3-16.

<sup>28</sup> O. MARTÍN, *El trabajo en plataformas digitales: pronunciamientos y opiniones divergentes respecto a su calificación jurídica*, en *International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies*, 2019, pp. 89-97.

<sup>29</sup> *Idem*.

políticas públicas relativas al uso y aplicación de plataformas digitales como un medio de empleo digno y decente como lo ha ponderado en sus políticas la OIT. De aquí se valore la necesidad de su estudio desde la academia y el análisis para su adecuada regulación normativa de esta relación jurídico-laboral, a partir de nexo jurídico que vincula a empleadores y trabajadores, el que tiene lugar cuando una persona decide prestar su trabajo a cambio de una remuneración<sup>30</sup>.

Se aprecia en el análisis realizado, como algunos autores han llegado a confundir el subempleo como una forma de emprendimiento, llegando a reconocer que esta modalidad de empleo se traduce a un modelo por cuenta propia, que no considera los mínimos derechos laborales como son salario digno, estabilidad laboral, y seguridad social, entre otros aspectos fundamentales que conlleva una relación laboral desde la doctrina del Derecho del Trabajo. Como consecuencia, se colige que es pertinente que en base al estudio de la economía colaborativa, la que como se analiza agrupa a los trabajos que se realizan a través de estas plataformas digitales con la ayuda de las TIC, con la nota distintiva de un modelo empresarial distinto al tradicional, para que desde la norma constitucional tenga un reconocimiento, incorporándole en el Código de Trabajo dentro de sus articulados, con estudios desde la academia por ser un tema transdisciplinario, que permita el fomento de políticas públicas que promuevan un efectivo goce de los derechos fundamentales en el ámbito del estudio del Trabajo 3.0<sup>31</sup>.

Su génesis ha sido el teletrabajo, concebido como la utilización total o parcial de las TIC en la plataforma 2.0, esta les permite el acceso a los trabajadores a ejecutar su actividad laboral desde un lugar físico fuera de su centro laboral. Puede ejecutarse en la modalidad trabajo en casa o móvil utilizando para ello las herramientas tecnológicas. En su evolución, se aprecia cómo en la actualidad, se impone con gran fuerza nuevas formas de relación laboral, caracterizado por un trabajo desarrollado enteramente online a través de plataformas diseñadas específicamente para ello, y contratando profesionales en régimen laboral como *freelance*. Se propicia con ello el fomento del Trabajo 3.0 en las naciones con la pandemia del Covid-19 como ya fue precisado.

Son elementos que demuestran que, el Trabajo 3.0 constituye la evolución del teletrabajo, como modalidad del trabajo a distancia. Las dos formas citadas realizan trabajo a distancia, utilizan TIC en la plataforma digital Web

---

<sup>30</sup> J. RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, en *Revista Chilena de Derecho Informático*, 2003.

<sup>31</sup> M. MALO, *Nuevas formas de empleo: del empleo atípico a las plataformas digitales*, en *Papeles de Economía Española*, 2018, n. 156, pp. 146-158.

2.0 y revolucionan los referentes teóricos del Derecho del Trabajo en lo referente a la relación jurídica laboral tradicional a una relación jurídica laboral telemática. Donde están presentes características que le identifican como la ajenidad, la dependencia, la laboralidad, la autonomía, en esta relación jurídica laboral objeto de estudio.

Hay que señalar que la jurisprudencia estudiada muestra la capacidad resiliente del Derecho del Trabajo para resolver las controversias derivadas de la innovación tecnoeconómica, a través de una recreación de las reglas de interpretación iuslaboral, como son la primacía de la realidad y el desbalance de poder entre las partes. El Derecho del Trabajo es muy dinámico, pero creemos que en la era digital hay que dotarlo de consistencia para evitar que se produzca la desaparición del Derecho del Trabajo. No obstante, se considera que, aunque el Derecho del Trabajo debe adaptar los instrumentos de protección del trabajador a las nuevas realidades y con ello aproximarse a la “lógica contractual”, es necesaria la participación de los sujetos colectivos en este nuevo orden económico para facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal.

#### **1.4. La economía colaborativa, apuntes desde la teoría en las plataformas digitales en el entorno mercantil**

A principios del siglo XXI, se visualiza como las empresas empiezan a implementar sistemas de producción de bienes y servicios diferentes a los tradicionales, debido a los avances en las TIC y las novedades con respecto a la forma en que los consumidores usan y con ello comparten bienes y servicios como era tradicional en el pasado siglo. Estos nuevos modelos y sistemas de producción es lo que se denomina economía colaborativa, al decir de Sastre-Centeno y Inglada-Galiana<sup>32</sup>.

La economía colaborativa (*sharing economy*), se aprecia como originalmente se concibe como una nueva forma de organizar las relaciones económicas sin la mediación de los mercados y de los mecanismos jurídicos de intercambio tradicionales desde la teoría analizada. Se apoya en soportes tecnológicos, basada en relaciones de confianza, sin el uso de medios de cambio. Trae consigo una nueva realidad instaurada a través de los medios informáticos con nuevas formas de trabajo en la Web 2.0 en el año 2007

---

<sup>32</sup> J. SASTRE-CENTENO, M. INGLADA-GALIANA, *La economía colaborativa: un nuevo modelo económico*, en CIRIEC, 2018, n. 94, pp. 219-250.



como un nuevo modelo económico, como lo ponderó Jarnet Muñoz<sup>33</sup>.

El trabajo en las plataformas digitales, se valora como tiene poco que ver con la economía colaborativa, a pesar de que en unos primeros momentos adoptara esta denominación y se apropiara de algunos elementos culturales de esta. El elemento en común era la idea de mercado digital, a través del que se hacen intercambios impensables en los formatos tradicionales, con una mayor rapidez acortando la distancia, con el uso de las aplicaciones de los celulares (APK) en la plataforma digital Web 2.0. Muchos de estos modelos de negocios se insertan dentro de la denominada “economía colaborativa”, definida por la Comisión Europea (CE) como: modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos por particulares. En su inicio, era concebida como un intercambio entre particulares de forma temporal de bienes y servicios, en una segunda fase se introdujo el elemento tecnológico, las plataformas, por medio de las cuales se comunicaban los oferentes y demandantes de bienes y servicios. La definición aportada por la CE, se habla de un intercambio, que responde a una necesidad o demanda.

Para el CESE «puede representar una oportunidad para retomar la senda de un desarrollo sostenible en lo económico, humano en lo social, y armónico con el planeta en lo ambiental». Existen multitud de definiciones de distintos autores sobre este novedoso concepto, pero en definitiva todas podrían resumirse en esta máxima: actividades de intercambio de bienes y servicios entre particulares, profesionales o entre profesionales y clientes tanto de carácter lucrativo como gratuito a través, generalmente, de una plataforma digital que pone en contacto a las partes interesadas.

Ejemplo de manifestaciones de economía colaborativa se aprecian en el contexto mundial con la plataforma digital Spotify para la música en *streaming* utilizada por los creadores musicales. Para las viviendas de alquiler están la plataforma digital HomeAway y la AlterHome; queda claro que, la economía colaborativa implica cambios a nivel jurídico, especialmente en el ámbito tributario y en el ámbito laboral como ya se ha señalado.

Se cierra, afirmando que la economía colaborativa es una nueva realidad que trae el siglo XXI, se encuentra regulada en tanto que pueda existir, aún sin tener un contenido específico al respecto, ya sea en el sector turístico, en el de transporte, el sector artístico, etc., y se avizora que permanecerá por muchos años, su génesis puede considerarse que apareció hace muchos

---

<sup>33</sup> Para profundizar véase, A. TODOLÍ SIGNES, *Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2020; A. TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017; P. JARNE MUÑOZ, *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus, 2019.

años con el intercambio de bienes y de servicios a cambio de una contraprestación, desde la concepción de la satisfacción personal “pequeños encargos”. Por ello se valora que se requieren estudios desde la academia para su asentamiento legal en la teoría del Derecho del Trabajo, y fomentar políticas públicas que protejan los derechos laborales por la Administración Pública. Muchas de las empresas propietarias de plataformas digitales se consideran a sí mismas como prestadoras de servicios de la sociedad de la información, cuya actividad se limita exclusivamente a la intermediación entre el usuario o cliente que solicita un servicio en concreto dentro de esa plataforma y el prestador de dicho servicio, pero deben respetar los derechos laborales de manera adecuada, como lo ha venido citando Todolí Signes en sus aportes<sup>34</sup>.

### **1.5. La economía de plataformas. El trabajador autónomo y asalariado. La laboralidad**

La evolución de la red internet en la plataforma 2.0, ha introducido cambios en la forma de relación de los ciudadanos a escala global. El mercado laboral no es ajeno a esta situación, puesto que, en la búsqueda de empleo, la selección de los recursos humanos se aprecia como hoy impactan a los trabajadores ante esta realidad digital del siglo XXI, hoy reta a las empresas del sector público como actores económicos, desafiándolas a incursionar y mantenerse actualizadas en el uso de los medios que Internet pone a disposición con el uso de herramientas digitales como se ha citado lo que ha originado el nuevo trabajador digital.

A través de la plataforma 2.0, hay nuevas formas de buscar empleo en la web o en las redes sociales, y de seleccionar el personal. Cambios que se manifiestan en la forma en que se contextualiza el trabajo, evolucionando desde el teletrabajo como se refirió, al Trabajo 3.0, basados en las herramientas y aplicaciones de las TIC, y la prestación a distancia, incorporando la figura del trabajador *freelance* on-line, que es su propio jefe y decide cuándo y dónde trabajar, y que desarrolla su actividad a través de plataformas diseñadas a estos efectos como trabajador digital.

Con la llamada revolución *freelance*, supone la multiplicación de formas de trabajo autónomo o de microempresas, diferentes del trabajador por cuenta propia tradicional, que se está generalizando en las economías desarrolladas.

---

<sup>34</sup> Consúltese A. TODOLÍ SIGNES, *Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)*, en *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 2018, n. 140, pp. 95-103; G. LÓPEZ DE LA FUENTE ET AL., *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores (cuestiones actuales y nuevos retos)*, Tirant Lo Blanch, 2020.

Es una nueva forma de afrontar la actividad profesional para las personas, como otra manera de obtener servicios y bienes en el mercado para satisfacer necesidades de consumidores y empresas del sector público y el privado. Hoy la figura del *freelance* se convierte en un nuevo paradigma del mercado de trabajo, junto al asalariado y al autónomo más convencional; con una relación menos continua con el mercado y una menor inversión en infraestructura que éste último, comparte sin embargo un mismo esquema jurídico para articular la prestación de sus servicios.

Nos apoyamos al analizar como la OIT definió desde el pasado siglo XX al teletrabajo como «un trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías». Luego en el 2005, la propia OIT lo hace de la siguiente manera «Trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora».

La OIT, en el art. 13 de la Recomendación R198 sobre la relación de trabajo, establece indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios se encuentran los siguientes:

- el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo;
- el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo y el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

En opinión de Cataño & Gómez, al describir en su análisis que, de acuerdo a la OIT el teletrabajo es una modalidad de empleo en donde su característica principal es la que la actividad la realiza fuera de la oficina habitual de trabajo, alejándose así de su rutina y contacto con los demás compañeros de trabajo y de su empleador, utilizando para ello las

tecnologías de la información y comunicación<sup>35</sup>.

Queda claro que, las innovaciones tecnológicas han producido una revolución importante en el mercado laboral, imponiendo nuevas reglas de búsqueda y selección de empleo. Tradicionalmente la búsqueda de empleo y la selección de personal se basaban en el contacto directo entre el postulante y el futuro empleador, donde el siglo XXI no necesariamente concurre de esta forma. La plataforma 2.0 brinda servicios interactivos basados en internet, permite a las personas colaborar y compartir información, al contener cuatro componentes esenciales: contenidos creados por los usuarios, las redes sociales, las aplicaciones en línea y las herramientas de colaboración. El trabajador lo ejecuta a través de nuevas formas y situaciones de trabajo, que sustentados en procesos y técnicas tales como la telemática, la digitalización y las bases de datos, permiten la deslocalización de los puestos de trabajo, la simplificación del contenido de las tareas de los puestos, y la prestación de las mismas por parte del trabajador sin la necesidad de salir de su casa.

Desde el punto de vista de Gurruchaga, refiere que las relaciones laborales, en determinadas circunstancias es complicado discernir entre los contratos mercantiles o civiles y el contrato laboral. Hay ocasiones en las que las líneas que separan unas relaciones y otras son imprecisas. En el caso que nos ocupa, el grado de dependencia entre los prestadores de servicios y la plataforma es muy bajo comparado con los de un trabajador tradicional vinculado a una sociedad por un contrato laboral. Esa es una de las líneas que entrañan mayor dificultad a la hora de calificar una relación como laboral o para diferenciarlo de otras figuras similares. Lo que a consideración del autor del artículo requiere estudios e investigaciones desde la academia y la praxis jurídica<sup>36</sup>.

Lo que queda clarifica también, el derecho a la desconexión digital persigue un triple objetivo: garantizar el descanso del trabajador, permitir la conciliación de la vida personal y familiar, y prevenir riesgos para la salud de los trabajadores. Es por esta razón que la norma establece que el empleador no pueda exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral fuera de la jornada de trabajo o durante los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> S. CATANO, N. GÓMEZ, *El concepto del teletrabajo: Aspectos para la seguridad y salud en el empleo*, en *Revista CES Salud Pública*, 2014, vol. 5.

<sup>36</sup> C. GURRUCHAGA, *El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral: Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad*, en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, vol. 1.

<sup>37</sup> J. RICART, *Modelos de negocio en la empresa del futuro. Reinventar la empresa en la era digital*, Open

De las cuatro notas de laboralidad, presentan mayor interés la ajenidad y la dependencia por ser las características, como recoge la jurisprudencia, que conforman los dos elementos indispensables para distinguir la relación de trabajo de otros tipos de contrato<sup>38</sup>. Así, cuando no concurren las notas específicas de la dependencia y ajenidad el trabajo será considerado como autónomo, sin perjuicio de que como se ha dicho anteriormente, se trata de conceptos de un nivel de abstracción elevado por lo que deberán ponderarse caso por caso atendiendo a la concurrencia de otros indicios a través de los cuales se puedan materializar<sup>39</sup>.

En el estudio de los ordenamientos jurídicos europeos, en Francia se constata que «la figura introducida en el ordenamiento francés facilita y propicia el desarrollo de nuevas formas de negocio permitiendo un acceso fiable, rápido y cómodo al mundo empresarial y a trabajos complementarios. Las nuevas tecnologías son el presente de la economía, que se está renovando y adecuando a la nueva coyuntura mundial donde las plataformas desempeñan el papel principal». En Italia, existe un Decreto Ley que versa sobre el estatus de los profesionales que ofrecen sus servicios a través de las plataformas digitales y también abarca las obligaciones de las empresas respecto de los repartidores<sup>40</sup>.

## 1.6. El trabajo digital. Las nuevas formas de trabajo en plataformas Web 2.0

El Trabajo 3.0 se ha generalizado en todas las economías, ello ha sido como consecuencia de los cambios tecnológicos, organizativos, económicos y productivos con el uso de las TIC. Aunque se identifica de forma unitaria, presenta una marcada diversidad en su ejecución, toda vez que cada una de sus modalidades genera su propia problemática. El Trabajo 3.0 o en plataformas en la era digital, se basa en un elemento no sólo tecnológico sino también organizativo, el de la plataforma como el punto de intercambio virtual a través del cual contactan oferta y demanda de

---

Mind BBVA, 2015.

<sup>38</sup> Véase, M. BURUAGA AZCARGOTA, *Implicaciones de la «gig-economy» en las relaciones laborales: el caso de la plataforma UBER*, en *Revista Deusto*, 2019; J. LOPEZ GANDÍA, *Las relaciones laborales especiales*, Bomarzo, 2008.

<sup>39</sup> S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de... antes y durante la relación laboral*, Tirant lo Blanch, 1994.

<sup>40</sup> P. JARNE MUÑOZ, *Italia se lanza a regular la economía colaborativa: a propósito del Proyecto de Ley Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione. Democrazia Digital e Governo Elettronico*, en *Florianoópolis*, 2016, n. 14, pp. 83-95.

servicios. La denominación de plataforma se ha generalizado para denominar a múltiples de éstas, y las mismas empresas que las constituyen la utilizan, en muchos casos en combinación con la idea de economía colaborativa. Se habla, así, de “plataformas de economía colaborativa” para referirse a multitud de éstas, en realidad con una gran diversidad entre ellas. Ejemplo de lo señalado se contextualiza con el currículum vitae de un profesional, como la herramienta para quienes buscan empleo, para ello, surgen formas innovadoras las que permiten lograr mayor visualización de las aptitudes laborales, a través de los llamados currículum por infografía, al permitir tomar y asociar los datos a la red LinkedIn; aunque hay varias herramientas de este tipo que se encuentran disponibles en la Web 2.0 para socializar la hoja de vida profesional. Los postulantes pueden valerse es del teléfono inteligente, toda vez que se han desarrollado aplicaciones que permiten recibir ofertas de empleo en el dispositivo celular (APK), como de otros medios informáticos.

Se afirma con ello que, el uso de Internet ofrece nuevos conceptos como el de teleselección o el *e-recruiting* para hacer referencia a la selección y contratación de personal a través de Internet. Los postulantes y las empresas encuentran en Internet un ámbito de comunicación e intermediación laboral más amplio, diverso y en menor tiempo. Otros ejemplos clásicos del Trabajo 3.0 en plataformas es el Deliveroo, se dedica a la comercialización, venta y entrega de comida preparada de restaurantes a domicilio. Para llevar a cabo esta actividad establece contratos con terceros para que actúen como repartidores, los productos transportables se realizan a través de bicicletas o motocicletas con mochilas preparadas para el traslado de alimentos (térmicas) y uniformes. Para hacer llegar estos productos a los clientes la empresa cuenta con trabajadores denominados “*glovers*”, los cuales disponen de una aplicación propiedad de la empresa para la prestación del servicio, mediante la cual reciben los pedidos y se comunican con la empresa. Usa para ello la plataforma digital Telegram a través de un grupo de chat.

Otro conocido del trabajo en plataformas es el Uber, se dedica a la transportación de pasajeros, dispone para ello de una aplicación *easy taxi* en los celulares inteligentes al poner en contacto al pasajero y al conductor. Esta plataforma nació en Estados Unidos en 2009 y hoy en día opera en la mayoría de los países. Otros ejemplos son Bla Bla Car, Airbnb, Wallapop, Globo, que tienen por objetivo conectar la oferta con la demanda a través de la Web 2.0.

En este análisis, Gauthier indica que el desafío del Derecho Laboral no pasa por forzar la aplicación de sus normas y categorías a realidades que difieren a las que originaron su surgimiento, el desafío pasa por plantearse una nueva

regulación que contemple estas nuevas realidades con el uso de las herramientas de las TIC. Ello constata con la incidencia de las TIC en el contrato de trabajo y la relación empresario-trabajador, la introducción de estas herramientas tecnológicas ha propiciado una mutación de las características básicas del trabajo como se concebía en el siglo XX, modificándolo y adaptándolo a la nueva realidad del actual siglo. Hoy hay una dependencia tecnológica, la que se robustece con el uso de los teléfonos inteligentes, y con las APK conformadas por los desarrolladores<sup>41</sup>.

Una de las consecuencias más importantes de la aparición de las TIC, ha sido el impulso de la comunicación rápida y sencilla, entre individuos, favoreciendo de esta manera la conexión entre oferta y demanda, creando nuevos modelos de negocio (modelos que se basan en dinámicas ya existentes, pero que han sido agilizados gracias a las innovaciones tecnológicas) e impulsando determinadas formas de trabajo asociadas a dichos modelos (como puede ser el trabajo autónomo en sus dos variantes, clásica y económicamente dependiente).

Son elementos que signan que, la economía colaborativa ante esta nueva realidad se encuentra regulada en tanto que, pueda existir en el actual siglo, aún sin tener un contenido específico al respecto, ya sea en el sector turístico, en el de transporte, el sector artístico, en el servicio de alimentos, y otras actividades que se irán sumando. El nuevo campo generado por la economía colaborativa, con el uso de la inteligencia artificial, el *big data*, y la internet de las cosas, inobjetablemente producen cambios en materia laboral, hecho que provoca nuevos retos al Derecho Laboral en esta Cuarta Revolución Industrial. La OIT en este sentido, tiene el reto de regular estas nuevas modalidades de trabajo, las que aún no han sido resueltas en la materia laboral, en particular con el mercado laboral. De aquí los Estados la reconocerán en sus ordenamientos jurídicos en la materia laboral. Toda vez que, este nuevo entorno digital provoca profundos cambios no sólo en la manera de vivir, sino en la forma de trabajar a un ritmo vertiginoso. Hace más de 20 años, la Web 2.0 no existía; hace 10 años las redes sociales no existían, los smartphones y las tablets tampoco. La Cuarta Revolución Industrial ha propiciado cambios a lo largo del siglo XXI y los cambios que traerá.

---

<sup>41</sup> G. GAUTHIER, *Teletrabajo: introducción al estudio del régimen jurídico laboral*, Facultad de Derecho, 2006.

## 2. Análisis del emprendimiento y la innovación en el ordenamiento jurídico cubano desde el trabajo digital

Se parte de la postura de Puentes Lozano, para quien un emprendedor es «Una persona que identifica oportunidades de negocios y organiza los recursos necesarios para aprovechar estas circunstancias. Los emprendedores pueden ser trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena»<sup>42</sup>.

En este mismo análisis, también se aprecia el aporte de Giurfa, quien discurre en relación al debate que se genera en torno a cuál es el término correcto, si emprendedurismo o emprendimiento, se refiere al emprendimiento como «la actividad iniciada por el emprendedor con objetivos y medios para llevarlos adelante»; y finalmente se refiere al término emprendedurismo «cuando se mencionan los estudios, las dinámicas sociales, las teorías, la herramienta, la política que tiene su atención en el emprendedor o en su actividad en general»<sup>43</sup>.

Son elementos que permiten al articulista, analizar el status del empresario privado en Cuba, se puede precisar que los antecedentes históricos y legislativos que aparecen en el ordenamiento jurídico sobre la actividad vinculada al Trabajo por Cuenta Propia (TCP), comienzan aparejado a la llegada de los colonizadores a Cuba, toda vez, que por el primitivo grado de desarrollo social existente, los actos vinculados a la actividad del comercio eran incipientes, incluso las primeras relaciones comerciales fueron de tipo exterior, entre grupos geográficamente distantes que practicaban el trueque como una de las formas de esta actividad mercantil<sup>44</sup>. Es así, que a ello se le unió un nuevo elemento: el transporte y hasta que ello no cobró fuerzas no se multiplicó y sistematizó la actividad comercial. Para ello, el uso de la moneda como un medio de pago e instrumento para adquirir mercancías de otras especies, trajo consigo la disminución paulatina de las “permutas” directas. Hay que precisar, que, por el nexo con la actividad mercantil, con el Código de Comercio en España de 1885, surge para Cuba una legislación mercantil, la que comenzó a regir en el país por Real Decreto de 1886, como una legislación de ultramar<sup>45</sup>. Aunque desde el 1876, se había fundado la Junta General de Comercio de La Habana, que

---

<sup>42</sup> H. PUENTES LOZANO, *Los emprendimientos postconflicto para el en Colombia. Modelo conceptual para emprender unidades de negocios para el postconflicto en Colombia, desde un enfoque resiliente*, CECAR, 2020.

<sup>43</sup> A. GIURFA JOHNSON, *Estudio de desarrollo emprendedor de la población joven en la provincia de Tacna*, Universidad Privada de Tacna, 2012.

<sup>44</sup> D. CAÑIZARES ABELEDO, *Derecho Comercial*, Ciencias Sociales, 2012.

<sup>45</sup> RD de 1886, Código de Comercio.



agrupaba bajo su directiva a varios comerciantes e industriales de la época. Institución mercantil, que fue transformándose al cambiar de nombre varias veces, hasta que en el 1927 adoptó la denominación de Cámara de Comercio de la República de Cuba, la cual solo pasó a ser un organismo autónomo mediante la Ley 1091/1963<sup>46</sup>.

Con el triunfo de la Revolución en 1959, toda la base económica y social del país sufrió transformaciones radicales, pasando a las formas de gestión estatal todos los sectores de la producción mercantil, desde los grandes hasta los pequeños negocios. Siendo estos, los últimos en desaparecer tras la ofensiva revolucionaria de finales de la década del 60' del siglo XX, con lo que se abrió paso a la preponderancia del sector estatal sobre el sector privado a partir de la nacionalización realizada<sup>47</sup>. Como consecuencia, derivó que la actividad privada en Cuba durante la primera etapa revolucionaria tuviera varios momentos, a pesar de que las reformas económicas y sociales llevadas a cabo para la naciente construcción del socialismo con la nacionalización; empero, siguieron coexistiendo algunos trabajadores privados, concentrados fundamentalmente en campesinos individuales, transportistas y algunos médicos y estomatólogos (con títulos otorgados antes del triunfo revolucionario).

Para armonizar todo el proceso que se estaba llevando a cabo en el orden interno en la nación, fue proclamada en 1976, la Constitución de la República de Cuba, regulando en sus artículos, los derechos, deberes y garantías fundamentales para los trabajadores, así como el reconocimiento de la propiedad personal, sobre ingresos, ahorros, bienes provenientes de trabajo propio, medios e instrumentos de trabajo, siempre que no sean utilizados para la explotación del trabajo ajeno, como lo pondera en su estudio Mondelo Tamayo<sup>48</sup>.

La figura jurídica analizada, es reconocida en el orden legal en Cuba mediante la implementación del D-Ley 14/1978<sup>49</sup>, del extinto Comité de Trabajo y Seguridad Social, con el objetivo de revitalizar el trabajo por cuenta propia, a raíz de que con el triunfo de la Revolución toda la economía pasó a manos del Estado. Como consecuencia de estas modificaciones constitucionales, continuaron decretándose normas jurídicas con el propósito de regular las relaciones laborales del sector estatal

---

<sup>46</sup> D. CAÑIZARES ABELEDO, *Derecho Comercial*, Ciencias Sociales, 2012.

<sup>47</sup> F. GARCÍA HENRÍQUEZ, Y. MARTÍNEZ LORENZO, J. MARTÍNEZ BARREIRO, *Compendio de disposiciones legales sobre nacionalización y confiscación*, Ministerio de Justicia de Cuba, 2004, pp. 48-147.

<sup>48</sup> J. MONDELO TAMAYO, *La constitución cubana y el trabajo por cuenta propia. A propósito de la actualización del modelo económico*, en *Revista Electrónica Derecho y Cambio Social*, 2015.

<sup>49</sup> D-Ley 14/1978.

de la economía, sin descuidar las enmarcadas en el sector privado; a tales efectos se dictó la Ley 49/1984, Código del Trabajo<sup>50</sup>; cuerpo jurídico que reguló lo concerniente a las relaciones entre las administraciones y los trabajadores y entre los propietarios del sector privado y los trabajadores asalariados. Siendo oportuno recabar que, el sector privado en esta etapa estaba representado fundamentalmente por los pequeños agricultores y en proceso de acomodo a los Trabajadores por Cuenta Propia (TCP)<sup>51</sup>.

En su devenir en el tiempo, no es hasta la década de 90<sup>3</sup> del siglo pasado que concurren otros cambios, que han tenido una mayor reapertura, debido, entre otras causas, a la crisis económica, a la insuficiencia del surtido de la oferta estatal a la población, y a la incapacidad por parte del Estado de generar nuevos empleos. Por lo que, resultó necesario tomar algunas medidas económicas, en aras de satisfacer las demandas del pueblo, como fue la ampliación de las actividades por cuenta propia, como alternativas de empleo, disminuyendo así la economía sumergida en el país dentro de este período de tiempo. Su consecuencia estuvo vinculada a la debacle del bloque socialista en los países europeos y con ello el Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME).

Por lo tanto, la modificación ejecutada en 1992, con la Ley de Reforma Constitucional, se introducen reformas en el país, que requerían de respaldo constitucional y legal. En este sentido, se implantaron en el país otras formas de propiedad, como la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyeran conforme a la Ley. Además, fue necesario incluir en el texto constitucional las obligaciones y derechos de los extranjeros, como se refiere por Antúnez Sánchez y Mondelo Tamayo<sup>52</sup>.

En septiembre de 1993, en las normas de desarrollo en materia laboral, entra en vigor el D-Ley 141, el que derogó al D-Ley 14/1978. Mediante la implementación esta nueva norma, se aprecia cómo se amplió el trabajo por cuenta propia, al considerarlo como un sujeto de la economía cubana<sup>53</sup>.

Posteriormente en el año 2002, fue modificada nuevamente la Constitución

---

<sup>50</sup> Ley 49/1984, Código del Trabajo.

<sup>51</sup> G. FERRIOL, *El Derecho Laboral en Cuba. Fundamentos, actualidad y perspectivas*, en *Alegatos*, 2009, n. 72, pp. 29-66.

<sup>52</sup> Consúltese para profundizar, A. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *Un análisis a partir de la Constitución Cubana sobre el ejercicio del autoempleo, incidencias en el relanzamiento en el modelo económico del siglo XXI*, en *Revista Foro*, 2013, n. 1; A. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *Algunas consideraciones sobre el trabajo no estatal, incidencias en el nuevo relanzamiento en la aplicación del modelo económico de Cuba en la segunda década del siglo XXI*, en *Revista Derecho Comercial*, 2013; J. MONDELO TAMAYO, *La constitución cubana y el trabajo por cuenta propia. A propósito de la actualización del modelo económico*, en *Revista Electrónica Derecho y Cambio Social*, 2015.

<sup>53</sup> D-Ley 141/1993; D-Ley 14/1978.

cubana, con el fin de proporcionarle mayor protagonismo a la actividad de los organismos estatales, la necesidad de encontrar vías para hacer aún más representativas las instituciones democráticas y en consecuencia adoptar decisiones con vistas a perfeccionar sus estructuras, atribuciones y funciones de dirección en sus instituciones. A partir de este momento y hasta la actualidad, continuó vigente la Constitución promulgada en 1976, con las modificaciones realizadas en los años 1978, 1992 y 2002 respectivamente<sup>54</sup>.

Se demuestra que, con el decursar de los años, el Estado cubano facilitó un mayor espacio del ejercicio de la actividad por cuenta propia y se estima que las actividades recogidas en las disímiles normativas aprobadas al respecto no sólo han constituido una fuente emergente de empleo, sino que complementan la actividad estatal y la oferta de bienes y servicios no existentes en los mercados estatales con esta nueva forma de gestión, con la conducción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS). Luego de varios estudios realizados desde el año 2010 por parte del Estado, arrojaron la necesidad para el propio Estado de dejar de tutelar algunos renglones de la economía y así descentralizar la carga que este tenía, en respuesta al proyecto de los Lineamientos del Partido Comunista; se avizora con ello lo relacionado con la modificación de la estructura del empleo, la reducción de las plantillas infladas, así como el fomento e incremento del trabajo no estatal.

Considerando que es a partir de este momento que el TCP recibió un fuerte impulso en Cuba en la actualización del modelo económico, el que como ya se ha citado no ha tenido una mirada adecuada desde la impronta del Derecho Mercantil, a pesar de contar con su regulación en el Código de Comercio de la nación desde ultramar como se ha reseñado. Se preconiza que, sobre el análisis del emprendimiento en Cuba, no surge en el 2010 del siglo XXI, desde mucho antes ya existían experiencias de apertura a los emprendimientos. Puede colegirse que en 1979 y también en los años de la década de 1990 se realizaron aperturas en las que estuvieron presentes, aunque sin un desarrollo adecuado ni reconocimiento como tal al emprendimiento como institución jurídica. Su causa fue la debacle del campo socialista y los efectos adversos a la economía nacional que trajo como consecuencia.

En este sentido, Ferriol Molina es del criterio de que, junto a la introducción creciente de los logros de la microelectrónica, los avances en las telecomunicaciones, la rapidez en el comercio, aunque hay que reconocer que no para todos ni de modo equitativo, se propugna además la

---

<sup>54</sup> Constitución Cubana de 2019.

disminución de la intervención estatal en las relaciones laborales, así como la privatización de programas sociales, como la irrenunciable seguridad social<sup>55</sup>.

Se afirma que, las diversas regulaciones que se han realizado en el ordenamiento jurídico cubano al TCP, cuyo organismo rector de su control público es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) en otorgar la licencia, y que concomitante con este Organismo de la Administración Pública también interactúan el Ministerio de Salud Pública quien otorga la licencia sanitaria, el Ministerio de Finanzas y Precios (Oficina Nacional de Administración Tributaria – ONAT) sobre la política tributaria, y otros Organismos de la Administración Central del Estado en atención al permiso a tramitar. Sin embargo, no es sino hasta el año 2011, que se aprecia como el TCP resurge con fuerza y se convierte en una alternativa de empleo y búsqueda de calidad de vida para una parte importante de la población cubana ante el creciente problema económico que afecta al mundo. La continuidad de los cambios legislativos, la relación jurídica del TCP aparece regulada en el Código de Trabajo, Ley 116/2013 y su Reglamento, Decreto 326/2014<sup>56</sup>.

Con la aprobación de las licencias del trabajo por cuenta propia otorgadas por el MTSS, la complementación de los negocios a la cadena de bienes y servicios nacionales se ha hecho cada día más visible. Un claro ejemplo, se visualiza con los hostales y restaurantes, los que han jugado y aún juegan, un rol importante en la oferta turística del destino Cuba para los que nos visitan. No quedan detrás los transportistas privados, quienes son un sostén fundamental de la movilidad en el país ante la falta de transporte público por el Estado; también, los contratistas y cooperativas de la construcción tienen cada vez mayor presencia en los procesos constructivos de obras públicas y privadas, entre variados ejemplos a citar.

Establecidas como se reseñó en el ordenamiento jurídico a tenor del Código de Comercio, donde se le reconoce personalidad jurídica al empresario individual mercantil (o comerciante), siempre que cumpla con los requisitos legalmente establecidos de capacidad legal, ejercicio habitual del comercio, ejercicio del comercio en nombre propio y que la actividad a desarrollar esté autorizada por la Ley, eso es una zona gris en relación a la naturaleza del contrato, si es civil o mercantil, que permita analizar la nueva óptica de la digitalización del trabajo<sup>57</sup>.

Por lo tanto, se afirma que en Cuba el TCP es un empresario mercantil

---

<sup>55</sup> G. FERRIOL MOLINA, *Los actores en las relaciones laborales en Cuba ante el nuevo escenario económico*, 2020.

<sup>56</sup> Decreto 326/2014.

<sup>57</sup> Código de Comercio, RD de 1886.

individual, pero que por una decisión del Estado (Administración Pública), se regula su actividad de forma diferente a la establecida en el ámbito mercantil internacional doctrinalmente. También, se puede mencionar que al TCP se le pudiera ver en dos aristas; una desde la mercantil fundamentándose con los criterios antes expuestos y, otra, desde la óptica laboral, viéndolo como una persona que realizando algunas de las tareas reguladas para ello lo haga sola, de forma que no necesite la intervención de un tercero para su desarrollo no tiene una relación jurídica de carácter laboral porque no se encuentra subordinado jerárquicamente a ninguna otra persona, el resultado de su trabajo le es propio, no posee salario, está sujeto a la ley de la oferta y la demanda y sus ingresos varían en dependencia de esta.

La Ley 116/2013, Código del Trabajo, en su art. 4 sobre la relación entre el empleador y las personas nacionales y extranjeras. Señala como sujetos el trabajador y el empleador. Labora con subordinación a una persona jurídica o natural y percibe por ello una remuneración; disfruta los derechos de trabajo y de seguridad social y cumple los deberes y obligaciones que por la legislación le corresponden. Concertada bajo un contrato de trabajo escrito o verbal. Pero no se regula el Trabajo 3.0 en la plataforma digital, en el que se descontextualiza la relación jurídica laboral, hay déficit de autonomía<sup>58</sup>.

Con la aprobación de la nueva Constitución de la República de Cuba en el 2019, en la actualización del modelo económico y social, se regula en el art. 22: Se reconocen como formas de propiedad, las siguientes: d) privada: la que se ejerce sobre determinados medios de producción por personas naturales o jurídicas cubanas o extranjeras; con un papel complementario en la economía. Elemento incidente, en el desarrollo del ordenamiento jurídico, con nuevas modificaciones en su marco jurídico, con la promulgación del D-Ley 356/2018, sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia, con el D-Ley 366/2018, de las Cooperativas No Agropecuarias, y el D-Ley 383/2018, modificativo del D-Ley 356, sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia<sup>59</sup>.

Lo que, concomitante con este análisis en el desarrollo del artículo, se valora que los campesinos y la producción agropecuaria del país son otro punto a estudiar. Entre las cooperativas y los campesinos independientes son responsables de alrededor del 80% de la producción agropecuaria del país, y son empresarios privados. En su continua evolución, en su normativa legal han sido establecidas nuevas modificaciones, con el D-Ley 44/2021,

---

<sup>58</sup> Ley 116/2013, Código del Trabajo.

<sup>59</sup> D-Ley 356/2018, sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia, D-Ley 366/2018, de las Cooperativas No Agropecuarias, D-Ley 383/2018, modificativo del D-Ley 356 sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia.

sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia<sup>60</sup>. Cuerpo legal que define en el artículo 2: El trabajo por cuenta propia es la actividad o actividades que, de forma autónoma, realizan las personas naturales, propietarios o no de los medios y objetos de trabajo que utilizan para prestar servicios y la producción de bienes.

También, vinculante al tema, se dispone en el D-Ley 46/2021, sobre las micro, pequeñas y medianas empresas, en el art. 1: El presente Decreto-Ley tiene por objeto regular la creación y funcionamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas, en lo adelante MIPYMES<sup>61</sup>.

Artículo 3.1: A los efectos de esta norma se entiende como MIPYMES, aquellas unidades económicas con personalidad jurídica, que poseen dimensiones y características propias, y que tienen como objeto desarrollar la producción de bienes y la prestación de servicios que satisfagan necesidades de la sociedad.

2. Las MIPYMES pueden ser de propiedad estatal, privada o mixta.

Artículo 11: Las MIPYMES se constituyen como sociedades mercantiles, que adoptan la forma de sociedad de responsabilidad limitada, en lo adelante SRL, mediante escritura pública, la que se inscribe en el Registro Mercantil y con su inscripción adquieren personalidad jurídica.

Otro cuerpo jurídico vinculado al tema analizado, es el D-Ley 47/2021, de las Cooperativas No Agropecuarias, en su art. 7. La cooperativa es de trabajo y se constituye como mínimo por tres personas, denominadas socios, donde cada uno tiene como principal contribución su trabajo personal, sin perjuicio de los aportes que realicen por mandato de la ley o voluntariamente, con arreglo a lo dispuesto en este cuerpo legal<sup>62</sup>.

Se adiciona un nuevo Organismo de la Administración Pública, para emitir la aprobación de las MIPYMES, el Ministerio de Economía y Planificación y en la parte normativa para su constitución el Ministerio de Justicia, a través de la institución del notario público para su conformación como persona jurídica como una forma asociativa de Sociedad mercantil de Responsabilidad Limitada desde la teoría del Derecho Mercantil. Los que se unen al MTSS, a la ONAT, para los procedimientos administrativos.

La reforma del Trabajo por Cuenta Propia precisa, antes que todo, de un reconocimiento de su personalidad jurídica como ente capaz de relacionarse con cualquier otro tipo de organización y con las responsabilidades y derechos reconocidos en el Código de Comercio. Aunque se hace la acotación que es contrario a lo establecido al Código de Comercio, en

---

<sup>60</sup> D-Ley 44/2021, sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia

<sup>61</sup> D-Ley 46/2021, sobre las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.

<sup>62</sup> D-Ley 47/2021, de las Cooperativas No Agropecuarias.

relación al registro de los comerciantes y su autorización. El Plan 2030 en su eje estratégico Potencial Humano, ciencia, tecnología e innovación, plantea en su quinto objetivo el fomento de «una cultura que propicie la vocación científica, innovadora y emprendedora en todos los niveles de la sociedad, especialmente en edades tempranas»<sup>63</sup>. Este es un reto que le corresponde a la universidad cubana fomentar acciones de capacitación para potenciar la cultura del emprendimiento y el estudio de los cuerpos jurídicos vinculantes al tema desde la integración de contenidos en el proceso docente educativo desde lo holístico, como se señala por Antúnez Sánchez<sup>64</sup>.

### 2.1. Política cubana en relación a la economía colaborativa en el Trabajo 3.0

En relación con la política vinculada a la economía colaborativa, se analiza lo señalado por Ferriol Molina, el que en este sentido discurre sobre la política en la relación laboral que se produce en las plataformas digitales, la que, junto a la introducción creciente de los logros de la micro-electrónica, los avances en las telecomunicaciones, la rapidez en el comercio, aunque reconoce que no para todos es de modo equitativo, propugna además la disminución de la intervención estatal en las relaciones laborales, así como la privatización de programas sociales, como la irrenunciable seguridad social. Destaca, por otra parte, la desregulación y la flexibilización de las relaciones laborales, lo que ha provocado una sustancial afectación a los procesos de negociación colectiva y a los derechos de los trabajadores, los que se manifiestan como parte de los cambios citados<sup>65</sup>.

Se considera que, las políticas cubanas sobre el fomento del gobierno digital van en desarrollo, lo evidencian los cuerpos jurídicos vinculados al tema, pero en la materia laboral hay que modernizar la legislación y la teoría, son retos de la academia y del legislador. Empero, se colige que hay que redefinir las dimensiones de la era de la digitalización a fin de poder abordar la discusión propuesta bajo una mirada más acorde a los nuevos cambios tecnológicos del trabajo digital en el contexto cubano.

---

<sup>63</sup> PARTIDO COMUNISTA DE CUBA, *Plan para el desarrollo económico y social hasta 2030: propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*, VII Congreso del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 2017.

<sup>64</sup> A. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *La formación jurídico ambiental. Caracterización holística*, en *Revista Européenne du Droit Social*, 2023.

<sup>65</sup> G. FERRIOL MOLINA, *Los actores en las relaciones laborales en Cuba ante el nuevo escenario económico*, 2020.

Aquí destacar, que una de las preocupaciones desde la teoría del Derecho del Trabajo, es la calidad del empleo que esta relación jurídico-laboral proporciona, respecto de las que ostenta el trabajador tradicional. Se contextualiza en la irregularidad de los ingresos (varía en función del número pedidos, distancia, entre otros) y la inestabilidad del empleo, afectando el tiempo de trabajo (modelo horario tradicional), toda vez que el trabajo a través de las plataformas exige una disponibilidad inmediata. Concomitante con las instituciones analizadas como la ajenidad, la dependencia, la laboralidad, la autonomía, las que se identifican a partir de:

- insuficiente estabilidad económica. Los beneficios obtenidos por los repartidores están sujetos a las fluctuaciones del mercado y su demanda;
- no se delimitan los límites temporales de la prestación. Lo que ocasiona en los repartidores riesgo de agotamiento que repercute en su bienestar psicofísico, dado que en ocasiones se ven en la necesidad de realizar más pedidos para obtener ingresos mayores y cubrir los costes y gastos de su actividad (mantenimiento y compra de pieza del medio de transporte, obligaciones fiscales, seguridad social, protección laboral contra los riesgos, incumplimiento no adecuado de los derechos, entre otras);
- derechos de representación. El hecho de que la *gig economy* abarca un conjunto de trabajadores no agrupados y casi invisibles, conlleva que no puedan beneficiarse de un poder sindical que vele por condiciones de trabajo justas y adecuadas;
- los derechos laborales no son observados por parte de los empleadores de manera adecuada, toda vez que a pesar de que existe un ordenamiento jurídico-laboral son vulnerados la formalización escrita del contrato laboral, los derechos sobre la seguridad y salud, los derechos a vacaciones, la inobservancia de la disciplina laboral, entre otras.

## 2.2. Formas de manifestación del trabajo digital (APK) en Cuba

Las formas de manifestación del Trabajo 3.0 (trabajo digital) en el territorio nacional se contextualizan en aplicaciones del transporte privado, la entrega de comida elaborada de por restaurantes y cafeterías privadas a domicilio, en las artes, en los servicios; estas utilizan las APK en plataformas de Telegram y Whatsapp con las denominaciones: Mandao, Mercazona, Comprando en Cuba, Lucy, D'Taxi, Alamesa, ToDus, E-firma, Viajando, Sandunga, Sijú, Trabajar en Cuba, Cubaempleo, Ya va, Excelencia, entre otras.

Conlleva a considerar que, en el siglo XXI, las TIC, internet y las redes sociales favorecen la creación de nuevos negocios, están caracterizados por



su capacidad de alcance mayoritario y por la capacidad que tienen de satisfacer necesidades con un solo clic de forma mucho más rápida. El que se revoluciona y evoluciona con el empleo de la Inteligencia Artificial. Por ello, y siguiendo al profesor Todolí Signes en sus aportes, con el cual se concuerda hay que modernizar los conceptos clásicos de dependencia y ajenidad, adaptándolos a los nuevos modelos productivos que surgen, como el de las plataformas de reparto, presente dicha modalidad en la nación cubana con los repartidores contratados y no contratados por los trabajadores por cuenta propia y las empresas privadas, requeridos de competencias digitales, en una economía digital y competitiva, para dar respuesta a estos efectos disruptivos de la nueva economía digital que hoy reta al empresariado nacional<sup>66</sup>.

### 2.3. Insuficiencias en el ordenamiento jurídico cubano sobre el ejercicio del trabajo digital

- El Trabajadores por Cuenta Propia (pequeños empresarios) en el ordenamiento jurídico ha sufrido diversas modificaciones desde el pasado siglo XX hasta el actual siglo XXI, lo que dificulta su adecuada comprensión por parte de los actores económicos ante la multiplicidad de normas legales y de su adecuado control público a los empresarios por quienes ejercitan esta función desde el ámbito administrativo, laboral, fiscal, económico, sanitario, entre otras materias que, por la transversalidad de la institución jurídica objeto de estudio requieren ser controladas.
- El reconocimiento del empresario privado aparece desde el Código de Comercio de Cuba desde el siglo XVIII, y se le da un nuevo reconocimiento en el texto constitucional de 2019, como nuevo actor económico. Pero hay que actualizarlo en el programa legislativo en el derecho sustantivo de manera adecuada.
- La Ley 116, Código de Trabajo, no reconoce el Trabajo 3.0 en la relación jurídica laboral, requerida de actualización y modernización, en pos del reconocimiento de los derechos y obligaciones.
- En la política pública cubana, la emisión de permisos se ejecuta indistintamente por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS)

---

<sup>66</sup> Véase, A. TODOLÍ SIGNES, *Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)*, en *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 2018, n. 140, pp. 95-103; A. TODOLÍ SIGNES, *El contrato de trabajo en el Siglo XXI: La economía colaborativa, On-demand economy, Crowdsourcing, uber economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo*, Universidad de Valencia, 2015, pp. 1-32.

y el Ministerio de Economía y Planificación (MEP), en contradicción con lo establecido en el Código de Comercio, también participan el Ministerio de Industria Alimentos (MINAL), Oficina Tributaria (ONAT), Ministerio de Salud Pública (MINSAP), Ministerio de Transporte (MITRANS), y por el Ministerio de Justicia (MINJUS). Debe primar la armonía en el otorgamiento del permiso en una ventanilla única creada para este fin.

- La teoría del Derecho del Trabajo en Cuba no hace alusión al trabajo en plataformas, requiere su actualización para las formas asociativas que se fomentan.
- No ha sido habilitado el Registro de Comerciantes para el emprendimiento privado, que permita su trámite ágil y dinámico, que puede ser por sociedades de acciones simplificadas, para su autorización de manera ágil.
- No hay una Ley de Emprendimiento en el ordenamiento jurídico para las formas asociativas.
- No hay una Ley de Competencias en el ordenamiento jurídico para los sujetos que intervienen, que incida en la actual problemática del poder adquisitivo, en la relación trabajo-ingresos-consumo.
- No hay una Ley de Empresas en el ordenamiento jurídico, que señale los límites de ambas formas jurídicas, ante la competencia desleal que hoy pervive, que limita el encadenamiento productivo entre el sector estatal y el privado.
- No hay una Ley de Ordenación del Transporte en el ordenamiento jurídico, para los que ejercitan este servicio por las formas asociativas.
- No hay una Ley Concursal para las formas asociativas que hoy operan en el tráfico mercantil.
- No hay una Ley de Quiebra para las formas asociativas operando en el tráfico mercantil.
- Actualizar la normativa fiscal para las formas asociativas.
- Se requiere procesos de formación en materia de emprendimiento por parte de la academia, que integren contenidos desde los negocios y conocer de finanzas; de contabilidad; comunicación interpersonal, marketing; créditos; ética, etiqueta y presentación, entre otros saberes.
- No hay un adecuado control por parte del MTSS en los trabajadores autónomos por parte de sus empleadores a través de la función inspectiva, ahora extendido a la función auditora de la Contraloría de la República para las MIPYMES.

### 3. Conclusiones

Las primeras empresas que desarrollaron un modelo de producción y distribución propio de la economía colaborativa nacieron hace más de 10 años, el Derecho del Trabajo tanto a nivel nacional como internacional como ciencia social, no ha sido capaz todavía de dar una respuesta clara al respecto, en favor del principio de seguridad jurídica. Las únicas líneas legislativas son dictadas por los Tribunales, siendo estas diferentes y contrarias dependiendo del país. En el marco jurisprudencial es preciso que se uniformen las mismas por las cortes en las sentencias en la materia que se les consulta. Quizá sea necesaria una regulación a nivel supranacional que fije unas pautas que requiere incidentes en la construcción teórica.

La digitalización de un gran número de actividades tradicionales es uno de los cambios importantes que la sociedad ha experimentado y que más impacto ha tenido en el ámbito del Derecho en las últimas décadas, afectando al Derecho del Trabajo. El trabajador digital, realiza labores en base al uso de la red de internet, de las computadoras, las aplicaciones u otras herramientas informáticas, con independencia del espacio o lugar físico desde donde lo ejecuta – las instalaciones de una empresa, su domicilio o un espacio público – y si la prestación del servicio se implementa físicamente (off-line) o virtual (on-line), con ello se modifica la relación jurídica laboral tradicional en una telemática.

Para el Derecho del Trabajo, el trabajo digital está requerido de una construcción desde lo teórico, que delimite elementos desde la laboralidad, ajenidad, derechos y seguridad laboral, beneficios sociales, obligaciones relacionadas con la legislación laboral, con criterios uniformes. Los más destacados son la dependencia y la ajenidad, aunque hay irregularidad en sus ingresos a causa de la fluctuación del mercado, ausencia de protección laboral ante un contexto laboral inestable e inseguro ante una modalidad atípica.

En el trabajo digital se defiende la no laboralidad de las prestaciones en su modelo fundamentándose en el nivel de control de la prestación que tiene el trabajador y en la calificación que ambas partes han otorgado al contrato que les vincula. Incluso la terminología que utilizan para referirse a los prestadores del servicio, que es la más empleada y conocida, hace pensar a los juristas la existencia de una voluntad de evitar una «denominación más tradicional que podría tener efectos legales», las notas características de la relación de trabajo (subordinación, ajenidad y dependencia).

Los nuevos negocios del trabajo desarrollado a través de plataformas digitales que generan un contexto de inseguridad jurídica respecto de la situación laboral de las personas que deciden acudir a las mismas para el

desarrollo de su actividad. Por ello muchos autores del ámbito del Derecho del Trabajo entienden que estos empleos conllevan la pérdida de garantías y derechos de los que disfrutaban los trabajadores en sectores más tradicionales debido a su transversalidad jurídica.

Con la aprobación del texto constitucional cubano en el 2019, en el ordenamiento jurídico, urge actualizar el Código de Comercio y el Código de Trabajo, para que permitan armonizar ambos cuerpos jurídicos en relación con el empresario privado y el Trabajo 3.0 en la plataforma Web 2.0. Es un reto para el legislador cubano, concomitante con normas que regulen las competencias de los actores económicos en materia de empresarial, los derechos del consumidor, la distinción entre la empresa pública y la privada, cómo se establecerá el emprendimiento, cómo se ordenará el transporte vinculados a la concesión de permisos que tienen los organismos de la Administración Pública en el sector privado al crear nuevos modelos de negocios como es el caso del trabajador digital, al ser un nuevo emprendimiento, requerido de armonía legislativa en lo laboral y lo mercantil debido a su transversalidad normativa para alcanzar una cultura empresarial.

Desde el Derecho Mercantil cubano, hay que reestablecer el Registro Mercantil como lo dispone el Código de Comercio, concomitante con los cuerpos jurídicos de las sociedades mercantiles y de asociaciones, que permita la armonía jurídica y robustez cuando sean dispuestos por el legislador desde la economía colaborativa para el trabajador digital, hoy pervive la multiplicidad normativa, bien pudiera pensarse en concebir las sociedades por acciones simplificadas.

#### 4. Bibliografía

- AA.VV. (1994), *Derecho de Sociedades Anónimas. II. Capital y Acciones*, Civitas
- ALEXY R. (2012), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- ALFONSO SÁNCHEZ R. (2016), *Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social*, en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n. 88
- ALONSO GARCÍA M. (1958), *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Bosch
- ALONSO OLEA M. (2002), *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas
- ÁLVAREZ A., DURAN J. (2009), *Manual de la micro, pequeña y mediana empresa. Una contribución a la mejora de los sistemas de información y el desarrollo de las políticas públicas*, CEPAL

- ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2022), *El trabajo 3.0 en la economía de plataformas en Cuba y Brasil*, en *Revista AICA*, n. 1
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2018), *El empresario privado, reconocimiento en el ordenamiento jurídico cubano*, en *Revista Derecho y Cambio Social*, n. 52
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2016), *El Trabajo autónomo: una opción de empleo para los jóvenes en la actualización del modelo económico cubano*, en *Revista Derecho del Trabajo Universitas*
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2016), *La relación jurídica laboral del empleador autónomo y sus empleados en el ordenamiento jurídico laboral cubano*, en *Revista Derecho y Cambio Social*
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2014), *El ejercicio del autoempleo, incidencias en el nuevo relanzamiento en el modelo económico de Cuba en la segunda década del siglo XXI en torno a la protección del medio ambiente*, en *Revista Jurídica Ulpiano*
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2013), *Algunas consideraciones sobre el trabajo no estatal, incidencias en el nuevo relanzamiento en la aplicación del modelo económico de Cuba en la segunda década del siglo XXI*, en *Revista Derecho Comercial*
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2013), *Un análisis a partir de la Constitución Cubana sobre el ejercicio del autoempleo, incidencias en el relanzamiento en el modelo económico del siglo XXI*, en *Revista Foro*, n. 1
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2008), *El teletrabajo en Cuba*, en *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, n. 51
- ARAGÚEZ VALENZUELA L. (2018), *El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital. El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca
- ARANGO JARAMILLO M. (1997), *La economía solidaria: una alternativa económica y social*, Universidad de Texas
- ARAGÚEZ VALENZUELA L. (2019), *Relación laboral digitalizada. Colaboración y control*, Aranzadi
- ARREDONDO CERVANTES L. (2012), *La micro y la pequeña empresa privada en Cuba. Una propuesta para su fomento*, Tesis Máster, Universidad de La Habana
- BARBAGELATA H. (2007), *Derecho del Trabajo*, FCU
- BAUMAN Z. (2013), *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica
- BAUMAN Z. (2010), *Mundo consumo*, Paidós
- BAYÓN CHACÓN G., PÉREZ BOTIJA E. (1978), *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons
- BERG J. ET AL. (2020), *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, OIT

- BROSETA PONT M. (1991), *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos
- CABANELLAS G. (2001), *Compendio de Derecho Laboral*, Heliasta
- CABANELLAS G. (1989), *Tratado de Derecho Laboral*, Heliasta
- CALVO GALLEGO F. (2017), *UBERPOP como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el derecho del trabajo. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo
- CAÑIZARES ABELEDO D. (2012), *Derecho Comercial*, Ciencias Sociales
- CARAZO ALCALDE J. (2019), [Economía colaborativa](#)
- CARRAZCO FERNÁNDEZ F. (2020), *Control de la actividad laboral a través de la información tecnológica*, en *Revista IUS*, n. 45
- CATAÑO S., GÓMEZ RÚA N. (2014), *El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo*, en *Revista CES*, pp. 82-91
- CEDROLA G. (2017), *El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 31
- CRUZ VILLALÓN J. (2017), *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos
- CRUZ VILLALÓN J. (2017), *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Revista Temas Laborales*, n. 138, pp. 13-47
- CUADROS GARRIDO M. (2017), *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia
- DÁVALOS FERNÁNDEZ R. ET AL. (2007), *Derecho Internacional Privado*, Félix Varela
- DE BUEN LOZANO N. (1980), *El nacimiento del Derecho del Trabajo*, Porrúa
- DE LAS HERAS A., LANDADERA E. (2019), *El trabajo en plataformas digitales, puro y duro. Un análisis desde los factores de riesgo laboral*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, pp. 55-83
- DE LEÓN L., PIZZO N. (2019), *Trabajo a través de plataformas digitales*, FCU
- DÍAZ I., BARREIRO L. (2017), *Potencialidades del sector cuentapropista en la economía cubana, El emprendimiento: una aproximación internacional al desarrollo económico*, Universidad de Cantabria
- DÍAZ OCAMPO E., MORALES SORNOZA A., ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. (2022), [El trabajo digital. Análisis de la economía de plataformas en Cuba y Ecuador](#), en [Labos](#), 2022, n. 2, pp. 198-224
- DUEÑAS HERRERO L. (2018), *La necesaria recuperación del Dialogo Social para abordar la regulación del impacto de las nuevas tecnologías en los Derechos de los trabajadores*, Ponencia en Congreso Internacional *Innovación Tecnológica y Futuro del Trabajo*

- FERNÁNDEZ H. (2016), *Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno 'Uber': la llamada 'economía disruptiva'*, en *Revista Derecho Laboral*, n. 261
- FERRIOL MOLINA G. (2020), *Los actores en las relaciones laborales en Cuba ante el nuevo escenario económico*
- FORMICHELA M. (2002), *El concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local*, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria
- FRAGA MARTÍNEZ R. (2004), *Nociones de Derecho Mercantil*, Félix Varela
- GALANTINO L. (1992), *Diritto del lavoro*, Giappichelli
- GAUTHIER G. ET AL. (2016), *Disrupción, Economía Compartida y Derecho*, Fundación de Cultura Universitaria
- GORDO Á. ET. AL. (2017), *La economía colaborativa y sus impactos sociales en la era del capitalismo digital. Ciberpolítica: gobierno abierto, redes, deliberación, democracia*, INAP
- GORLICH PESET J. (2018), *Derecho del Trabajo*, Tecnos
- GUEVARA RAMÍREZ L. (2010), *El Trabajo por Cuenta Propia en Cuba*, en *Revista Cubana de Derecho*, n. 10
- GURRUCHAGA C. (2018), *El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral: Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad*, en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, vol. 1
- HERNÁNDEZ-BEJARANO M. (2017), *Nuevos modelos de cooperativas de trabajadores autónomos: un análisis de las cooperativas de impulso empresarial y las cooperativas de facturación. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo
- HERNÁNDEZ-BEJARANO M. ET AL. (2020), *Cambiando la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real*, Tirant lo Blanch
- HERNÁNDEZ-BEJARANO M., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2017), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Bomarzo
- HERNÁNDEZ-BEJARANO M., TODOLÍ SIGNES A. (2018), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Aranzadi
- IGARTUA M. (2018), *Ordenación flexible del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch
- JARNE MUÑOZ P. (2019), *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus
- JARNE MUÑOZ P. (2016), *Italia se lanza a regular la economía colaborativa: a propósito del Proyecto de Ley Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione. Democrazia Digital e Governo Elettronico*, en *Florianópolis*, n. 14, pp. 83-95
- KAHALE CARRILLO D. (2006), *Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿Avance o retroceso?*, en *Revista de Derecho*, n. 25

- LÓPEZ BALAGUER M. (2018), *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch
- LÓPEZ BALAGUER M. (2018), *Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias*, en *Labour & Law Issues*, n. 2
- LOZANO PAREDES L., REILLY K. (2018), [\*Trabajo decente para los trabajadores de "Ride Hailing" \(viajes a demanda\) en la economía de plataformas en Cali. Transporte urbano en la era de la economía colaborativa: Ciudades colaborativas\*](#)
- LLAMOSAS TRAPAGA A. (2012), *Las nuevas tecnologías de la información y comunicación y las relaciones laborales*, Tesis Doctoral, Universidad de Deusto
- MACHADO R., GATTORNO K. (2013), *Abrir y mantener un negocio por cuenta propia*, Ciencias Sociales
- MALO M. (2018), *Nuevas formas de empleo: del empleo atípico a las plataformas*, en *Papeles de Economía Española*, n. 156, pp. 146-158
- MARTÍN MORAL M. (2017), *Economía colaborativa y protección del consumidor*, en *Revista de Estudios Europeos*, n. 70
- MARTÍN A. (2009), *Derecho del Trabajo*, Tecnos
- MARTÍN O. (2019), *El trabajo en plataformas digitales: pronunciamientos y opiniones divergentes respecto a su calificación jurídica*, en *International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies*, pp. 89-97
- MARTÍNEZ GIRÓN J., ARUFE VARELA A. (2014) *Derecho crítico del Trabajo*, Atelier
- MARTÍNEZ MOURE O. (2017), *Sistemas de relaciones laborales*, Centro de Estudios Financieros
- MARX K. (2018), *El capital*, Akal
- MELLA MÉNDEZ L. ET AL. (2015), *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Aranzadi
- MERCADER UGUINA J. (2017), *El futuro del trabajo en la era de la digitalización robótica*, Tirant lo Blanch
- MERCADER J. (2016), *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch
- MONDELO TAMAYO J. (2015), *La constitución cubana y el trabajo por cuenta propia. A propósito de la actualización del modelo económico*, en *Revista Electrónica Derecho y Cambio Social*
- MONEREO PÉREZ J. ET AL. (2019), *Manuel del Derecho Sindical*, Comares
- MONEREO PÉREZ J. ET AL. (2011), *Manual de Teoría de las relaciones laborales*, Tecnos
- MONTOYA MELGAR A. (2019), *Derecho del Trabajo*, Tecnos
- MORALES CÁCERES A. (2020), [\*Relación laboral en las plataformas digitales\*](#), Agnitio



- MORENO VIDA M. (2019), *Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador*, en *Temas Laborales*, n. 150
- NIETO ROJAS P. (2019), *Nuevamente sobre la laboralidad del vínculo contractual de los prestadores de servicios en plataformas digitales*, en *IUSLabor*, n. 1, pp. 327-341
- OIT (2021), *El trabajo a domicilio. De la invisibilidad al trabajo decente*
- OIT (2019), *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*
- OIT (2018), *The architecture of digital labour platforms: Policy recommendations on platform design for worker well-being*
- OIT (1978), *Convenio 150 sobre Administración del Trabajo*
- OJEDA ÁVILES A. (2010), *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley
- ORTIZ CHAPARRO F. (1996), *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, Mac GrawHill
- PAGÉS C., RIPANI L. (2017), *El empleo en la Cuarta Revolución Industrial, Robotización. El futuro del trabajo en la integración 4.0 de América Latina n° 42*, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID-INTAL)
- PALOMEQUE M., ÁLVAREZ DE LA ROSA M. (2016), *Derecho del Trabajo*, Universitaria Ramón Areces
- PCC (2017), *Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*, Documentos del VII Congreso del PCC, La Habana
- PCC (2017), *Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta 2030: propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*, Documentos del VII Congreso del PCC, La Habana
- PÉREZ AMORÓS F. (2019), *Un Trabajo sin Contrato y sin Frenos: un Trabajo por Cuenta Ajena en la Economía Digital*, Thomson Reuters
- PÉREZ BOTIJA E. (1969), *Derecho del Trabajo*, Marcial Pons
- PÉREZ CAPITÁN L. (2019), *La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado. El Trade y el trabajo en las plataformas digitales*, Thomson-Reuters Aranzadi
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F. (2018), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis de su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F. (1990), *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch
- PÉREZ LUÑO A. (2012), [El derecho ante las nuevas tecnologías](#), en *Notario del Siglo XXI*, n. 41

- PÉREZ VILLANUEVA O. ET AL. (2013), *Cuba: la necesaria ruta del cambio económico*, Ciencias Sociales
- PLAZA ANGULO J., PATIÑO-RODRÍGUEZ D., GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ R. (2018), *Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico*. Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado, Aranzadi Thomson Reuters
- RAMÍREZ J. (2012), *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch
- RASO DELGUE J. (2017), [\*La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo\*](#), en [\*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo\*, n. 1](#), pp. 73-107
- RIFKIN J. (2003), *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, en *Revista Chilena de Derecho Informático*
- RODRIGO URÍA Y MENÉNDEZ A. (2001), *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas
- RODRÍGUEZ GARCÍA J. (1995), *Cuba 1990-1995. Reflexiones sobre una política económica acertada*, Cuba Socialista
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M. (2018), *La figura del trabajador de plataforma: Las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios. El trabajo en plataformas digitales, análisis de su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M. (2017), *El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa, Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2019), *Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes*, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, pp. 3-16
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2019), *Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes*, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya*, n. 28, pp. 1-14
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., HERNÁNDEZ BAJARANO M. (2017), *Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*, Bomarzo
- ROJAS P. (2010), *Reclutamiento y selección 2.0. La nueva forma de encontrar talento*, UOC
- ROSENBAUM CARLI F. (2021), *Dos nociones para delimitar la laboralidad del trabajo mediante plataformas digitales: autonomía y ajenidad*, en *Revista Teoría Jurídica Contemporánea*, vol. 6, pp. 1-47
- SAGARDOY BENGOCHEA J., GIL Y GIL J. (2001), *Prontuario de derecho del trabajo*, Civitas
- SALA FRANCO T. (1997), *Derecho al Trabajo*, Tirant lo Blanch
- SÁNCHEZ EGOZCUE J., TRIANA CÓRDOVI J. (2010), *Un panorama actual de la economía cubana, transformaciones en curso y retos perspectivas. Cincuenta años de la Economía cubana*, Ciencias Sociales

- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA M. (2017), *Uber como plataforma digital de servicios de transporte*, en *Revista Foro*, n. 2
- SASTRE-CENTENO J., INGLADA-GALIANA M. (2018), *La economía colaborativa: un nuevo modelo económico*, en *CIRIEC*, n. 94, pp. 219-250
- SERRANO OLIVARES R. (2017), *Economía colaborativa-o mejor, economía digital bajo demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo
- TIC LAUDE (2013), *El reto de emprender*, Serrei de pub. España
- TODOLÍ SIGNES A. (2020), *Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al s. XXI*, Tirant lo Blanch
- TODOLÍ SIGNES A. (2018), *Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)*, en *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, n. 140, pp. 95-103
- TODOLÍ SIGNES A. (2017), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch
- TODOLÍ SIGNES A. (2015), *El contrato de trabajo en el S. XXI: La economía colaborativa, On-demand economy, Crowdsourcing, uber economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo*, Universidad de Valencia
- TODOLÍ SIGNES A. ET AL. (2018), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters-Aranzadi
- TODOLÍ SIGNES A. (2020), *El contrato de trabajo en el Siglo XXI: La economía colaborativa, On-demand economy, Crowdsourcing, uber economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo*, España
- TORRES MANRIQUE F. (2004), *Derecho empresarial*, Gráfico Euro Americana
- UGARTE J. (2014), *Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica*, Thomson Reuters
- VIAMONTES GUILBEAUX E. (2007), *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*, Félix Varela
- VICENT CHULIÁ F. (1991), *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, José María Bosch
- VIDA SORIA J. ET AL. (2009), *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares
- VILANOVA L. (1999), *El trabajo por cuenta propia en Cuba*, Tesis Máster, Universidad de Barcelona

# La nueva regulación de los contratos de formación en alternancia y para la obtención de la práctica profesional: ¿la apuesta definitiva para la inserción de la juventud en el mercado laboral?\*

Gloria María MONTES ADALID\*\*

---

**RESUMEN:** Mediante la aprobación del RD-Ley 32/2021, se ha introducido una de las reformas laborales españolas más importantes del Gobierno actual. Con dicha reforma, se ha efectuado una nueva regulación de los contratos formativos para el año 2022. En este estudio procederemos a abordar un análisis actual de la situación de la juventud en el mercado de trabajo español (sin duda, marcada por la lacra de la precariedad y los altos índices de desempleo juvenil), para luego realizar un debate crítico y una aproximación jurídico-laboral a la nueva redacción del art. 11 ET que establece un “contrato formativo” (en singular) con dos modalidades que dependen de la formación y del nivel de cualificación profesional de la persona trabajadora.

**Palabras clave:** Jóvenes, mercado de trabajo, desempleo, reforma laboral, contratos formativos.

**SUMARIO:** 1. Una breve aproximación a los jóvenes en el mercado de trabajo. 2. Los contratos formativos como vías específicas de acceso de los jóvenes al mercado de trabajo. 2.1. Desde un punto de vista jurídico. 2.2. La titulación, certificación o formación del trabajador como criterio referencial. 3. El nuevo contrato formativo y su configuración legal. 3.1. El contrato de formación en alternancia: objeto, ámbito subjetivo y requisitos formales y formativos. 3.2. El contrato formativo para la obtención de práctica profesional: objeto, ámbito subjetivo y requisitos formales y formativos. 3.3. La encrucijada de las dos

---

\* El presente artículo proviene de la ponencia *Los nuevos contratos formativos como medio para luchar contra el desempleo juvenil*, presentada en el XII Congreso Internacional ADAPT, *Towards the Social Constructions of New Labour Markets. Interdisciplinary Reflections on the Changing World of Work*, Bèrgamo, 24-26 noviembre 2022. Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del grupo PAIDI SEJ-347 de Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social. Asimismo, ha sido realizado en el marco de las actividades de una estancia de investigación de carácter predoctoral en el Dpto. de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles Parthenope (Italia).

\*\* Contratada FPU en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

modalidades de contrato formativo. 3.4. Una aproximación en cifras al uso de los contratos formativos. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## The New Regulation of Alternating Training Contracts and for Obtaining Professional Practice: the Definitive Bet for the Insertion of Youth in the Labour Market?

---

**ABSTRACT:** Through the approval of Royal Decree-Law No. 32/2021, one of the most important Spanish labour reforms of the current Government has been introduced. With this reform, a new regulation of training contracts has been made for the year 2022. In this study we will proceed to address a current analysis of the situation of youth in the Spanish labour market (undoubtedly, marked by the scourge of precariousness and high rates of youth unemployment), to then carry out a critical debate and an approximation legal-labour to the new wording of Art. 11 of the Workers' Statute that establishes a 'training contract' (in the singular) with two modalities that depend on the training and level of professional qualification of the worker.

*Key Words:* Young people, labour market, unemployment, labour reform, training contracts.

## 1. Una breve aproximación a los jóvenes en el mercado de trabajo

Desde el estallido de la crisis financiera en España, se han acusado las deficiencias de carácter estructural del mercado de trabajo en general<sup>1</sup>. Sin embargo, las consecuencias fueron más acusadas en algunos sectores concretos: los jóvenes (en este grupo, la tasa de desempleo es asiduamente mucho mayor que la tasa de desempleo general)<sup>2</sup>.

Como consecuencia, este grupo accedió a los puestos de trabajo que exigían baja cualificación, elevada temporalidad y poca productividad, originando un aumento de la precariedad laboral<sup>3</sup>.

Conviene anotar, en adición a lo anterior, que, aunque todo desempleo supone un grave problema económico y social para un país, el aumento del paro juvenil en España fue la gota que colmó el vaso. De hecho, la importancia del empleo es una cuestión de la colectividad, no únicamente del individuo, como pilar básico del Estado de Bienestar<sup>4</sup>.

Asimismo, existe un gran abanico de cuestiones sociales controvertidas que son consecuencia del desempleo, como el riesgo de sufrir exclusión social<sup>5</sup>. Por ende, si nuestro mercado laboral no se encuentra capacitado para insertar a los trabajadores jóvenes en el mundo del empleo, esto supone un gran riesgo para el país.

Se suma a esto, a su vez, los efectos provocados por la pandemia del Covid-19, crisis sanitaria, económica y laboral, con un impacto pronunciado sobre las cifras de desempleo juvenil. De conformidad a los datos brindados por Encuesta de Población Activa del INE, en España, en mayo de 2021, la cifra de parados juveniles se situaba en los quinientos mil y para el cómputo

---

<sup>1</sup> Vid. D. FERNÁNDEZ NAVARRETE, *La crisis económica española: una gran operación especulativa con graves consecuencias*, en *Estudios Internacionales*, 2016, n. 183.

<sup>2</sup> Vid. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, *Desempleo juvenil y contratos formativos: la evolución de la precariedad de los jóvenes*, en A. GUAMÁN HERNÁNDEZ (dir.), *Temporalidad y precariedad del trabajo asalariado: ¿el fin de la estabilidad laboral?*, Bomarzo, 2013.

<sup>3</sup> Cfr. R. CASTRO MEDINA, *El empleo juvenil a través de los contratos formativos para la obtención de práctica profesional*, en E. GARRIDO PÉREZ (coord.), *Análisis actual de la contratación laboral. XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Junta de Andalucía, 2022; F. ROCHA, *La crisis económica y sus efectos sobre el empleo en España*, en *Gaceta Sindical*, 2012, n. 19.

<sup>4</sup> Vid. M. ARRAZOLA, S. GALÁN, J. DE HEVIA, *Desempleo juvenil en España: situación, consecuencias e impacto sobre la vida laboral de los adultos*, en *Papeles de Economía Española*, 2018, n. 156.

<sup>5</sup> Vid. J.M. GARCÍA MORENO, R. MARTÍNEZ MARTÍN, *El aumento de la reserva de mercado. Riesgos de exclusión social como consecuencia del desempleo juvenil*, en S. GIMÉNEZ RODRÍGUEZ, G. TARDIVO (coords.), *Proyectos sociales, creativos y sostenibles*, Asociación Castellano-Manchega de Sociología, 2013.

de todo 2021 se situó en 452.500 personas y una tasa del 30,7%<sup>6</sup>.

Por ello, los debates en torno al empleo juvenil han adquirido en España una importancia creciente en los últimos años. Al respecto de esta importancia, a nivel comunitario podemos mencionar el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de la Comisión. Este, por su parte, realiza una propuesta de objetivos que la UE ha de alcanzar antes de 2030, destacando el logro de un aumento significativo de la participación en el mercado laboral. A este tenor, podemos destacar la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la *Garantía Juvenil*, que sustituye a la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la *Garantía Juvenil*, en la que se hace una recomendación a los Estados miembros: «garanticen que todos los jóvenes menores de 30 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o prácticas en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar la educación formal, de acuerdo con el principio 4 del Pilar Europeo de Derechos Sociales»<sup>7</sup>.

Los jóvenes que terminan sus estudios y preparan su entrada en el mercado laboral se enfrentan a una carencia de formación práctica y experiencia en los entornos de trabajo, que motivan este desempleo del que veníamos hablando. Ante esta situación, las sucesivas respuestas normativas, desde 1977, han seguido el camino de la contratación temporal<sup>8</sup>. Por este motivo, el trabajo de los jóvenes está rodeado por el cerco de la temporalidad, especialmente elevada en este colectivo<sup>9</sup>.

En cualquier caso, las dificultades entre la transición formación/trabajo ha originado que se ponga el foco en el diseño de las políticas orientadas a la integración de los jóvenes españoles en el mercado de trabajo, existiendo una infinidad de estudios que analizan la situación actual. De igual modo, supone un gran escollo para la continuidad en el mercado laboral la falta o escasa experiencia intrínseca en los jóvenes.

A este tenor, existen vías específicas de acceso de los jóvenes al mercado laboral y diversas figuras contractuales o relaciones jurídicas que se ajustan a lo que el nuevo profesional requiere y le facilitan y aceleran su inmersión en el mundo laboral, entre las que encontramos los contratos formativos.

---

<sup>6</sup> Vid. P. RÍOS, [El contrato de formación en alternancia, herramienta eficaz para combatir el desempleo juvenil](#), en [www.europapress.es](#), 17 marzo 2022.

<sup>7</sup> M.Á. GÓMEZ SALADO, [Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre](#), [Lan Harremanak](#), 2023, n. 48, p. 42.

<sup>8</sup> Vid. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, *op. cit.*

<sup>9</sup> Vid. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Jóvenes y mercado de trabajo. Junio 2022](#), Informe Jóvenes, 2022, n. 33, p. 15.



En este sentido, podemos ver a los contratos formativos como una estrategia para luchar contra el desempleo juvenil. Vamos a verlo.

## 2. Los contratos formativos como vías específicas de acceso de los jóvenes al mercado de trabajo

### 2.1. Desde un punto de vista jurídico

De manera ya clásica, las dudas sobre la finalidad última de los contratos formativos – ahora contrato formativo en singular –, así como la eficacia respecto a su diseño y configuración ha motivado que, de manera recurrente, en cualquier reforma laboral desde la regulación del Estatuto de los Trabajadores, se ha retocado, en mayor o menor medida<sup>10</sup>. E incluso fuera del contexto de reformas concreto, también había sido objeto de atención por la vía, por ejemplo, de incorporar la formación en alternancia con los estudios universitarios<sup>11</sup>. La explicación o justificación para ello es bastante evidente: no funcionaban como se había pretendido. Y ello motiva cambios sucesivos en busca de reactivar la utilización de estos contratos para la funcionalidad que pretendían. La cuestión es ¿a qué funcionalidad nos referimos?

El elemento primordial de esta funcionalidad gira en torno a la cualificación de los trabajadores. Finalidad que se conforma como causa de temporalidad para esta figura contractual, de ahí que si se incumplen las obligaciones formativas el contrato deviene en indefinido.

Así, reconocemos una singularidad material sustancial, presentándose esta figura de un modo absolutamente diferenciado del resto, apartada del régimen común. De la mayor o menor separación dependerá su identificación como relación laboral especial o como modalidad contractual, sin que, a estos efectos, la opción legislativa sea determinante. Las reflexiones sobre su naturaleza jurídica tienen, en consecuencia, una razón de peso, ya que el contrato formativo es un contrato con especiales connotaciones que escapan, al menos en parte, al modelo de contrato ordinario o común. En este caso, la especial naturaleza se deriva de la

---

<sup>10</sup> Vid. G.M. MONTES ADALID, [La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción](#), en [Lex Social](#), 2022, n. 2, p. 11.

<sup>11</sup> De manera más específica, a través de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (LPGE) introdujo en la DF 36ª una modificación en el art. 11 ET para dar cabida al contrato para la formación dual universitaria. Vid. F.J. BARBA RAMOS, [La reforma laboral y su conexión universitaria: los contratos formativos y las prácticas](#), en [cronicasociolaboral.es](#), 10 enero 2022.

existencia de una causa compleja, en la que al contrato arquetipo caracterizado por el intercambio de servicios y salario del contrato de trabajo habitual, añadimos el elemento formativo que condiciona completamente el régimen jurídico.

La formación se erige como elemento dominante que determina la causa del contrato y los deberes que han de tener los sujetos. Así, la ajenidad como elemento definitorio de trabajo asalariado (la actividad profesional del trabajador en el marco de un contrato produce un resultado o una utilidad patrimonial en beneficio del empresario) viene modificada en el caso de los contratos formativos, traducida en un beneficio para el trabajador, al obtener una formación que le aporta una cualificación para el empleo. Así, esta es la razón de temporalidad y la consideración del carácter indefinido del contrato si se difumina el contenido formativo.

La cuestión es que la primacía del carácter formativo no ha sido patente a lo largo de los años, poniendo sobre la mesa la duda sobre el orden de finalidades, al coincidir con otros objetivos. Aunque siempre se ha abogado su función como instrumento de cualificación, paralelamente otros fines se han cruzado por el camino (la inserción laboral de los jóvenes o el mero fomento del empleo) y que han cobrado especial protagonismo (incluso totalmente determinante)<sup>12</sup>, dependiendo de las prioridades que ha pretendido el legislador reformista<sup>13</sup> en cada momento. Sin embargo, su utilización que el legislador le ha brindado, como política de Fomento de empleo o como vía de inserción, no varía la caracterización última de esta relación jurídica, que es la formación.

Por ello, es justamente este perfil formativo el que condiciona todos los cambios o su configuración más reciente en la última reforma normativa a través del 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.

---

<sup>12</sup> Y, de hecho, la exposición de motivos del 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 plantea que «se pretende establecer una regulación eficaz de los contratos formativos, que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, ya se trate de contratos en alternancia con los estudios o bien de contratos para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios». Destacando, por tanto, el carácter del contrato, como contrato de inserción.

<sup>13</sup> *Vid.* F. VILA TIERNO, *El Contrato para la Formación en el Trabajo*, Aranzadi, 2008, p. 55 ss.

## 2.2. La titulación, certificación o formación del trabajador como criterio referencial

El contrato formativo viene delimitado por la formación previa como elemento de referencia. Así, si no se posee una titulación habilitante para concertar un contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, se podrá celebrar un contrato de formación en alternancia, pero no viceversa (siendo fundamental que exista una vinculación directa entre formación o titulación con las funciones a desempeñar objeto del contrato). La pretensión del legislador es, en este punto, reordenar la estructuración del contrato formativo en derredor de la formación, como elemento axial<sup>14</sup>. De especial relevancia, a este tenor, es que los contratos formativos pasan a ser uno solo, pero bifurcándose su ordenación en dos submodalidades: el contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional. Esta decisión de unificación por parte del legislador actúa como catalizadora de la reconfiguración de esta modalidad contractual, con el objetivo de poner de relieve (una vez más) la formación.

En adición, el lenguaje utilizado por el legislador es concienzudo y meticuloso en lo que se refiere a elementos formales, como identificación clara de objetivos, finalidad, naturaleza... En esta línea, en la parte dogmática del articulado que regula esta modalidad contractual, se explicita como un contrato de inserción juvenil basado en la cualificación del trabajador. Vemos, así, que la formación se erige como un medio para alcanzar un fin. Y, la forma de conseguir dicho fin atiende a un doble diseño atendiendo a si el trabajador tiene, o no, formación previa.

Por un lado, en el supuesto de tenerla, se procura una cualificación práctica

---

<sup>14</sup> Exposición de motivos, RD-Ley 32/2021: «Modificaciones relativas a la modernización y simplificación de las modalidades de contratación que permitan superar la segmentación injustificada del mercado de trabajo, así como las tasas de temporalidad, en especial las asociadas con personas jóvenes, respondiendo de manera plena y efectiva a las exigencias de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, mejorando la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y estableciendo un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada». Incluyen, a su vez, «Una modificación del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, que supone en sí un cambio de modelo, estableciéndose un contrato formativo con dos modalidades. En primer lugar, el contrato de formación en alternancia, que tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. En segundo lugar, el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios».

adaptada a la formación recibida previamente. Por otro lado, en ausencia de formación, el objeto del contrato será que la misma se obtenga facilitando el empleo y el proceso formativo. De esta manera, se posibilita el acceso del joven al mercado de trabajo, pero sin precarizar sus condiciones de trabajo, sino incrementando su empleabilidad.

Entonces, de conformidad al RD-Ley 32/2021, pasamos del contrato en prácticas, el contrato para la formación y el aprendizaje y el contrato para la formación dual universitaria a una nueva reordenación: el contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de práctica profesional. Estas nuevas modalidades, aun no siendo una equivalencia absoluta con los anteriores, sigue manteniendo los nexos comunes: finalidad formativa y de inserción.

### **3. El nuevo contrato formativo y su configuración legal**

#### **3.1. El contrato de formación en alternancia: objeto, ámbito subjetivo y requisitos formales y formativos**

El nuevo contrato para la formación en alternancia tiene por objeto – art. 11.2 ET –, como su predecesor, posibilitar que, paralelamente a la prestación de servicios de naturaleza laboral, se desarrolle un proceso formativo vinculado a la formación profesional, los ciclos universitarios o el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo<sup>15</sup>. Con la nueva normativa, la variación de mayor envergadura es que se permite compatibilizar el contrato con los estudios universitarios<sup>16</sup>. De esta manera, se recoge la previsión de la DF 36ª LPGE para el 2021, que había modificado el ET contemplando este contrato para la formación dual en alternancia.

Esta novedad se construye sobre una estructura mucho más lógica y ordenada que la anterior, facilitando el alcance de la formación universitaria y mejorando las competencias y empleabilidad de los jóvenes. Con la anterior regulación existía una traba para utilizar este contrato como instrumento de inserción de universitarios, al estar excluidos. Así, en el momento actual, la utilización de una u otra submodalidad dependerá de si

---

<sup>15</sup> Cfr. F. VILA TIERNO, *El contrato para la formación*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, 2010, p. 329 ss.; F. VILA TIERNO, *Contratos formativos*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ (coords.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, 2010, p. 101 ss.

<sup>16</sup> Vid. G.M. MONTES ADALID, *op. cit.*, p. 13.

previamente se ha obtenido una titulación o certificación (vinculada siempre al objeto del contrato), pero en ambos casos, la formación o el proceso formativo en curso, le da acceso al contrato formativo y a la posibilidad de inserción en el mercado de trabajo, lo que responde con más sentido a naturaleza del contrato<sup>17</sup>.

Conforme a este objeto, queda vetado el establecimiento de un periodo de prueba, carente de sentido, al ser el fin mismo del contrato la formación y ser evidente que la prestación de servicios no se va a desarrollar de manera perfeccionada desde el inicio del contrato y no se le ha de reprochar esto al trabajador en un supuesto periodo de prueba.

Tampoco es posible concertar un contrato de este tipo con un trabajador que ya posea conocimientos o experiencia previa que le posibilite realizar la prestación laboral sin necesidad de pasar por un proceso de cualificación a través de esta vía. Por ello, se explicitan tres elementos como excluyentes:

- actividad o puesto desarrollado con anterioridad;
- misma empresa;
- tiempo superior a seis meses.

Desde un punto de vista crítico, podemos coincidir en el punto de haber realizado idénticas tareas por ser la misma actividad o puesto, ya que el trabajador poseería ya destrezas, conocimientos y habilidades suficientes para desempeñarlas. Sin embargo, ¿tiene sentido que, en un contrato cuyo fin es la formación y la inserción laboral, se establezca como requisito temporal un umbral de seis meses? ¿Por qué no tres meses (duración mínima del contrato), o dos años (duración máxima del contrato)? De esta manera, no se configura como una posibilidad de inserción laboral estable, ya que, superando los seis meses previos de desarrollo de las mismas tareas, no se admite la consecución de un proceso de formación más extenso y completo.

Tampoco se entiende el impedimento de la “misma empresa”, lo que puede parecer absurdo si el fin de la norma era mejorar la eficacia de los contratos formativos, porque el trabajador tiene (o no) experiencia práctica sea cual sea el lugar donde haya prestado sus servicios. Debería, en todo caso y para evitar la precarización, extenderse a todas las empresas.

Además, tenemos que recordar que la finalidad del contrato responde a una doble vertiente: teoría y práctica. ¿Y si el trabajador excluido en base a estas tres condiciones no ha recibido la formación teórica necesaria? Estamos

---

<sup>17</sup> Recuérdese, en este sentido, que las ordenaciones anteriores han ido estableciendo, lo que podríamos identificar como “parches” al respecto. Y, de esta forma, se identificaban regulaciones en las que teniendo formación profesional previa se permitía un contrato para la formación sin proceso formativo, con posterioridad se pasa esta opción al contrato en prácticas... *Vid.* F. VILA TIerno, *El contrato para la formación*, cit., p. 231 ss.

excluyendo su posible capacitación teórica y afectando negativamente a su empleabilidad... ¿No es esto contrato al fin último del contrato?

Lo que sí tiene sentido con respecto al ámbito subjetivo, en todo caso, es la condición de carecer de la cualificación profesional reconocida por las titulaciones o certificados requeridos para concertar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional. Esto es totalmente coherente, tanto con la naturaleza del contrato, como con su configuración actual mediante la existencia de dos submodalidades diferentes que giran en torno a la existencia de un proceso formativo abierto (contrato de formación en alternancia) o cerrado (contrato formativo para la obtención de la práctica profesional).

Previsión que se completa con la inclusión de la posibilidad de realizar contratos vinculados a estudios de formación profesional o universitaria por trabajadores que ya tengan una formación acreditada. Lo que se condiciona al requisito de que «no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo». O lo que es lo mismo, que se trate de otra actividad distinta. En este sentido, lo que se admite, es que, o bien el trabajador no ha obtenido una inserción estable en el mercado de trabajo, o que no es posible, abriéndose la puerta a otra oportunidad laboral.

Lo que no se entiende, en cualquier caso, es la referencia que, en esta excepción se hace a «que posean otra titulación». Expresión que, cuanto menos, es desafortunada. Y es que, para suscribir un contrato de formación en alternancia no es preciso tener ninguna formación por lo que no cabe hablar de “otra”. Y, tampoco limitarlo a “titulación”, por cuanto que la habilitación puede obtenerse, para el contrato del art. 11.3 ET (para la obtención de la práctica profesional) – excluyente, por tanto, del contrato de formación en alternancia –, por ejemplo, mediante la obtención de un «certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional». Debemos entender, en consecuencia, que la referencia a titulación no tiene que entenderse en sentido estricto, sino en sentido amplio, incluyendo dichos certificados de profesionalidad.

Junto a esta exclusión, también cobran sentido las limitaciones para evitar la concatenación o sucesión de contratos de formación en alternancia. Así, como regla general, la previsión es que solamente podrá celebrarse un contrato por cada ciclo formativo de formación profesional y titulación universitaria, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades formativas. Regla que, no obstante, viene exceptuada por la posibilidad de poder formalizar diferentes contratos con distintas empresas, en base al mismo ciclo, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades si

los contratos respondan a distintas actividades y sin que la duración máxima de todos los contratos pueda exceder el límite de los 2 años (duración máxima del contrato).

En síntesis, podemos aludir a los siguientes aspectos para delimitar el ámbito subjetivo del contrato: eliminación de los topes de edad que estaban presentes para el contrato para la formación y el aprendizaje (recordemos que existía una regla general y sus excepciones para colectivos que, o bien presentaban dificultades para acceder al mercado de trabajo, o bien se insertaban en programas específicos de empleo y formación)<sup>18</sup>. No confundamos el límite de edad cuando el contrato se celebre vinculado a certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo/formación que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, cuyo límite es 30 años, pero no es el límite absoluto para concertar el contrato<sup>19</sup>. No existe una limitación por edad, ya que hasta este límite en el caso específico está exceptuado, en tanto no se aplica el tope de 30 años para las personas que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en el marco de la Ley de Empleo<sup>20</sup>.

Seguidamente, vamos a analizar los aspectos laborales, resumiremos varias cuestiones: ámbito temporal, parte de la jornada dedicada al trabajo efectivo, retribución y cotización.

Partiendo del ámbito temporal, la duración será la prevista en el plan o programa formativo vinculado al contrato de formación en alternancia; y se podrá celebrar por un período mínimo de 3 meses y por un máximo de 2 años, sin que exista posibilidad de modificación por convenio colectivo. Además, existe la posibilidad de concertar una prórroga, si el contrato se ha celebrado por una duración inferior a la máxima legal, sin que se haya podido obtener la formación habilitante para suscribir un contrato para la obtención de la práctica profesional. La prórroga se hará por acuerdo de las

---

<sup>18</sup> «Se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas. Se podrán acoger a esta modalidad contractual los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo. El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad ni con los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente» (redacción anterior del art. 11.2 ET).

<sup>19</sup> Error grueso que exime y justifica la exclusión de la cita.

<sup>20</sup> DA 9ª del RDL 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, de nueva redacción.

partes, hasta que se consiga dicha formación, sin superar la duración máxima de dos años.

En relación a la parte de la jornada dedicada al trabajo efectivo, se establece que el tiempo efectivo de trabajo no podrá ser superior al 65%, el primer año, o al 85%, el segundo de la jornada máxima según convenio colectivo, o, en su defecto, a la jornada máxima legal, en base al art. 11.2 ET, con la prohibición de realizar horas complementarias o extraordinarias, ni trabajo nocturno o a turnos (excepto que esté vinculado a la propia naturaleza de la actividad). No obstante, el contrato podrá celebrarse a tiempo parcial.

En lo que respecta a la retribución, se estará a lo regulado por el convenio colectivo de aplicación, o, en su defecto, no podrá ser inferior al 60% el primer año ni al 75% el segundo de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En adición, la retribución no podrá ser inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

En relación a la retribución, cabe mencionar el régimen de cotización. La DA 43ª LGSS señala que:

- la empresa deberá cotizar por la totalidad de las contingencias de la Seguridad Social;
- en el caso de que, mensualmente, la base de cotización por contingencias comunes no supere la mínima de su Régimen, el empleador habrá de ingresar las cuotas únicas. A estos efectos, la normativa presupuestaria anual – LPGE – fijará anualmente las cuotas a cargo de la empresa, así como del trabajador. Para la determinación de prestaciones, la base de cotización será la base mínima en el Régimen General de la Seguridad Social;
- si, por el contrario, la base de cotización supera la mínima, la cuota a ingresar será la suma de las cuotas únicas reseñadas y las cuotas resultantes de aplicar los tipos de cotización que correspondan al importe que exceda la base de cotización mínima. Para prestaciones, se aplicará esta base de cotización;
- esta regulación es aplicable a los contratos formativos en alternancia suscritos a tiempo parcial;
- a los contratos formativos en alternancia les resultarán de aplicación los beneficios en la cotización a la Seguridad Social que están establecidos para los contratos para la formación y el aprendizaje (y que se mantengan hasta la entrada en vigor del nuevo art. 11 ET)<sup>21</sup>.

Siguiendo con los aspectos formativos, en síntesis, las tareas efectuadas por

---

<sup>21</sup> *Vid.* G.M. MONTES ADALID, *op. cit.*, p. 15.



el trabajador han de estar ligadas a las actividades formativas bases del contrato (justificándose, así, el establecimiento de un marco de coordinación sustentado sobre los correspondientes acuerdos y/o convenios de cooperación entre las entidades formadoras, autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades, y empresas y entidades colaboradoras, para la elaboración de los planes formativos).

Además, como sabemos, la acción formativa tiene una vertiente teórica y una vertiente práctica, recibiendo la primera en el centro de formación – o la empresa, en su caso – y la segunda en la empresa, siendo necesaria una adecuada y cercana vinculación y coordinación (con la existencia de un doble tutor), entre las entidades formadoras y las empresas.

### **3.2. El contrato formativo para la obtención de práctica profesional: objeto, ámbito subjetivo y requisitos formales y formativos**

La otra submodalidad de contrato formativo, más sencilla que la anterior, viene bajo la denominación contrato formativo para la obtención de práctica profesional (art. 11.3 ET). Vamos a verlo.

Con respecto al ámbito subjetivo, este viene determinado por un colectivo sin margen de edad – al igual que su antecedente en el contrato en prácticas –, con el requisito de posesión de una formación habilitante finalizada no más allá del período que, a tal efecto, marca el legislador<sup>22</sup>.

Respecto a la titulación, certificación o formación, se requiere disponer de un título universitario o grado medio o superior de formación profesional, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, así como la novedosa inclusión de títulos de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo<sup>23</sup>.

Al tener el contrato como fin la práctica profesional adecuada a aquellos estudios, tiene que haber una conexión temporal entre la finalización de aquellos y la celebración del contrato. Por este motivo, la exigencia de celebración dentro de los 3 años siguientes a la finalización o superación de las enseñanzas, salvo que se trate del colectivo de personas con discapacidad, en cuyo caso, el número de años sería 5.

Dentro de este ámbito subjetivo también existen limitaciones lógicas del alcance, para preservar el aludido carácter formativo. Si se acredita que la

---

<sup>22</sup> Cuestiones que han sufrido escasa modificación. *Vid.* al respecto F. DE VICENTE PACHÉS, *El contrato de trabajo en prácticas*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *op. cit.*, p. 316 ss.

<sup>23</sup> *Vid.* G.M. MONTES ADALID, *Una mirada a la reforma laboral. Luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2022*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2022, n. 4, p. 388.

formación práctica (elemento principal de este contrato) ya se ha producido, no cabe su celebración. A este tenor, no se puede concertar este tipo de contrato con quien:

- haya obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa;
- que sea la misma actividad dentro de la empresa;
- que se haya desarrollado por un tiempo superior a 3 meses (en este sentido, no computan los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita esta contratación)<sup>24</sup>.

No obstante, tampoco podrá ser contratado el trabajador en la misma o distinta empresa por tiempo superior a los máximos previstos por la misma titulación o certificado profesional. Ni podrá estar contratado en formación en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a los máximos, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado, si bien, los títulos de grado, máster y doctorado universitarios no se consideran la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez estuviera ya en posesión del título superior.

En cuanto a la duración del contrato, será entre los 6 meses, como mínimo, y un año, como máximo<sup>25</sup>. Los convenios, dentro de los mencionados límites, podrán concretar el ámbito temporal.

En este contrato sí está la opción de establecer un periodo de prueba de hasta de un mes, salvo que se disponga otra duración distinta en convenio colectivo. Pero si al término del contrato la persona continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración del contrato formativo a efectos de antigüedad.

En cuanto a la división entre jornada en formación y jornada efectivamente trabajada, no hay una distribución establecida. Lo único al respecto que se dispone es la prohibición de la realización de horas extraordinarias (salvo en supuestos de prevención o reparación de siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, conforme al art. 35.3 ET).

En lo que respecta a la retribución, se estará a lo regulado por el convenio colectivo de aplicación, o, en su defecto, la retribución será la de del grupo

---

<sup>24</sup> A estos efectos, y dada la problemática que puede suponer el campo de fricción o coincidencias entre los contratos formativos y las prácticas no laborales en empresas, el RD-Ley 32/2021 deroga la regulación de las mismas prevista en el RD 1543/2011. Al tiempo, dispone la DA 2ª del RD-Ley 32/2021, el Gobierno, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, para el futuro Estatuto del Becario, dirigido a ordenar la formación práctica tutelada en empresas u organismos equiparados, y la realizada a en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares incluidas en el contexto de estudios académicos.

<sup>25</sup> *Vid.* E. FERNÁNDEZ NAVARRO, *Puntos esenciales de la nueva reforma laboral. Principales puntos de interés*, en *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 2022, n. 4, p. 377.

profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas. En adición, la retribución no podrá ser inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

Como en la anterior submodalidad de contrato formativo, las tareas efectuadas por el trabajador tienen que tener vinculación con las actividades formativas base del contrato, con una garantía real de un proceso de cualificación en el que la empresa será responsable de establecer un plan formativo individual en el que se recoja el contenido de la práctica profesional y la designación de tutor/a que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento del plan y del cumplimiento del objeto del contrato.

Al término del contrato se tendrá derecho a la obtención de una certificación del contenido de la práctica realizada y adquirida.

### 3.3. La encrucijada de las dos modalidades de contrato formativo

La formación, de nuevo, actúa como eje y nexo común que sirve para identificar como único un contrato en el que se refuerza este aspecto formativo. Por tanto, existen una serie de rasgos en común:

- obligación de contrato por escrito, que debe incluir como contenido un plan formativo individual en el que se reflejaran la formación o prácticas y las actividades de tutoría, los acuerdos y convenios a los que se refiere el art. 11.2.e ET;
- obligación de deber de información a la representación legal de los trabajadores<sup>26</sup>;
- en relación a la formalización del contrato, reglamentariamente se establecerán, los requisitos que deben cumplirse para su celebración, tales como el número en función tamaño de centro de trabajo<sup>27</sup>, las personas en formación por tutor o tutora, o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla;
- de conformidad a las limitaciones de duración, las empresas, cuando

<sup>26</sup> Art. 11.5 ET: «La empresa pondrá en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras los acuerdos de cooperación educativa o formativa que contemplen la contratación formativa, incluyendo la información relativa a los planes o programas formativos individuales, así como a los requisitos y las condiciones en las que se desarrollará la actividad de tutorización. Asimismo, en el supuesto de diversos contratos vinculados a un único ciclo, certificado o itinerario en los términos referidos en el apartado 2.h), la empresa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras toda la información de la que disponga al respecto de dichas contrataciones».

<sup>27</sup> Recuperándose una antigua regulación reglamentaria prevista, en su momento, para el contrato de aprendizaje.

pretendan suscribir contratos formativos, podrán solicitar por escrito al servicio público de empleo competente, información relativa a si las personas a las que pretenden contratar han estado previamente contratadas bajo dicha modalidad y la duración de estas contrataciones. Dicha información deberá ser trasladada a la representación legal de las personas trabajadoras y tendrá un valor liberatorio de responsabilidad por rebasar aquella duración máxima legal;

- cuando se trate de empresas de inserción que pretendan realizar un contrato formativo con personas con discapacidad o en exclusión social, no estarán sujetos a las únicas limitaciones establecidas por edad, ni a los topes de duración. En cualquier caso, el desarrollo reglamentario fijara cuales son aquellos topes;
- en los supuestos de empresas que están aplicando los instrumentos de flexibilidad interna del art. 47 o 47-*bis* (ERTE y mecanismo RED), cuando formalicen contratos formativos, éstos no servirán para asumir funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada que se deriven de aquellos. Esto es, que no se podrán utilizar para sustituir a trabajadores afectados por ERTE o mecanismo RED;
- se remite a la negociación colectiva para el establecimiento de criterios para una presencia equilibrada por géneros a la hora de suscribir contratos formativos, así como vías para su transición a la estabilidad en el empleo mediante compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido;
- interrumpirán el cómputo de la duración del contrato la IT, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género, interrumpirán el cómputo de la duración del contrato. De otra parte, no se podrá establecer un nuevo período de prueba si continua en la empresa sin solución de continuidad;
- en cuanto a la acción protectora de la Seguridad Social, esta alcanzará todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y FOGASA. Si el contrato se celebra con personas con discapacidad, las empresas tendrán derecho a una bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del SEPE durante la vigencia del contrato<sup>28</sup>;
- conforme al art. 11.4.*b* ET dispone que «Los contratos formativos celebrados en fraude de ley o aquellos respecto de los cuales la empresa incumpla sus obligaciones formativas se entenderán concertados como

---

<sup>28</sup> DA 20<sup>a</sup> ET: dicha bonificación será del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, previstas para estos contratos.

contratos indefinidos de carácter ordinario».

Esto supone que, del mismo modo que los contratos de duración determinada, ante una situación de incumplimiento, se reconducen hacia su fijeza por falta de causa de temporalidad, formativa en este caso. Pero, sin embargo, se aparta de la regulación que el art. 15.4 ET ha fijado para los contratos temporales.

En primer lugar, porque en aquella regulación se redacta una cláusula más extensa y dura. Concretamente, porque se refiere a que cualquier incumplimiento del contenido del art. 15, incluyendo las obligaciones de forma, conducen a aquella solución. De este modo, si se formalizó un contrato temporal de manera errónea, aun por la simple referencia inexacta al tipo de contrato, por más que se demuestre que existe causa de temporalidad, el contrato ya pierde tal carácter temporal. No cabe prueba en contrario. Es, además, una aplicación automática: cualquier incumplimiento del precepto, determina de manera directa el efecto señalado por el legislador. Sin embargo, en el contrato formativo, no existe dicha automaticidad, sino que, como primera medida, deberá acreditarse el fraude de ley, que no se presume, sino que hay que probarlo.

La antigua redacción del art. 15.3 ET en el que se regulaba el efecto de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, que se entendían contratos indefinidos ordinarios. Esta previsión legal ha sido sustituida por la más extensa del nuevo art. 15.4, ya desarrollada. Desaparece la referencia al fraude de ley para los contratos de duración determinada, pero sí aplican para el contrato formativo. Además, mientras que para los primeros se establece “fijeza”, para éstos será su conversión en indefinidos ordinarios. ¿Es una distinción únicamente terminológica o es sustancial?

Debido a su especial y característica naturaleza formativa, se introduce el efecto de la conversión en indefinido cuando hay un incumplimiento de las obligaciones formativas. Pero ello nos lleva a que surjan numerosas dudas y preguntas a este respecto:

- ¿se incluyen las obligaciones meramente formales? Podemos entender que no, ya que se podría haber dado la misma redacción que el art. 15.4 ET – incumplimiento de cualquier contenido del precepto – y porque al situarlo junto al fraude de ley – habría que ver si al incumplir las obligaciones formativas se produce también fraude de ley –, se entiende que sólo se refiere a aquellos supuestos en los que se produce una alteración y tergiversación de la naturaleza del contrato. La dificultad aparece cuando no se reflejan aspectos esenciales que aparecen como obligaciones formales para garantizar el desarrollo y calidad del proceso

- formativo<sup>29</sup> y que serían las que podrían reconducir al fraude de ley<sup>30</sup>;
- ¿se puede recuperar la jurisprudencia que distinguía entre incumplimiento total y parcial? A estos efectos, la STS 31 mayo 2007<sup>31</sup> (y antes la STS 19 febrero 1996)<sup>32</sup> concluye: «la *ratio legis* del precepto es la formación y enseñanzas que ha de recibir el trabajador; [...] tal formación no puede quedar reducida a la adquisición de conocimientos prácticos conseguida mediante la mera realización efectiva del trabajo [como en la LCT], sino que es necesario que el empleador reciba enseñanzas de carácter teórico; [...] esta obligación formativa está a cargo del empresario y se integra en el área esencial de la naturaleza de este contrato, de forma que si el empresario no cumple tal exigencia, el nexo contractual se desnaturaliza y pierde su condición de contrato para la formación; [...] en tal caso coma tal contrato no puede considerarse temporal y ha de ser calificado como concertado por tiempo indefinido». De este modo, y como establecía en su momento el art. 11.2.ª ET, habría de concretarse si se estaba ante un incumplimiento total, porque si dicho incumplimiento sólo era parcial no se producía el efecto de conversión en indefinido<sup>33</sup>.

Sin embargo, no se alude en la nueva redacción al carácter total o parcial, pero es cierto que sin que ello apareciera, la jurisprudencia distinguió entre ambas dependiendo del alcance del incumplimiento (misma STS 31 mayo 2007). En este sentido, la obligación que alcanzaba al empresario de garantizar un proceso formativo que garantice la obtención de una acreditación o de una formación práctica. Por tanto, una obligación formal sería solo parcial, pero si desemboca en un fraude de ley por imposibilitar aspectos esenciales del contrato, sería total. En este último caso, los efectos derivados serían dobles: de un lado, la conversión en indefinido y, de otro, la reclamación de las cantidades dejadas de percibir<sup>34</sup>, si bien, no

<sup>29</sup> Vid. *v.gr.* STSJ Galicia 15 diciembre 2005 o STSJ Castilla y León, Valladolid, 991/2008, de 29 de octubre.

<sup>30</sup> Vid. F. VILA TIERNO, *El contrato para la formación*, cit., p. 357.

<sup>31</sup> Rec. 401/2006.

<sup>32</sup> Rec. 2906/1995, citada en R. QUESADA SEGURA, *Derechos de formación profesional y contratos formativos*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, p. 183.

<sup>33</sup> Cfr. S. RUANO ALBERTOS, *Efectos del incumplimiento de la formación teórica en el contrato para la formación*, en *Aranzadi Social*, 2004, n. 5; F. VILA TIERNO, *Efectos del incumplimiento de las obligaciones formativas en el contrato para la formación*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1997, n. 2, y F. VILA TIERNO, *De nuevo a vueltas con el proceso de cualificación en el contrato para la formación. La ausencia de causalidad en supuestos de enseñanza a distancia*, en *Aranzadi Social*, 2009, n. 5.

<sup>34</sup> Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, M. CARDENAL CARRO, *Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral*, La Ley, 1996, p. 219.

acumulables en el mismo proceso por la previsión que, a estos efectos, realiza el párrafo segundo del art. 26.3 LRJS<sup>35</sup>. También tenemos que tener en cuenta que no es lo mismo el doble componente formativo del contrato de formación en alternancia que la de carácter práctico incluida en el contrato para la obtención para la práctica profesional, siendo en este último caso donde hay más imprecisión a la hora de distinguir cumplimiento total o parcial.

### 3.4. Una aproximación en cifras al uso de los contratos formativos

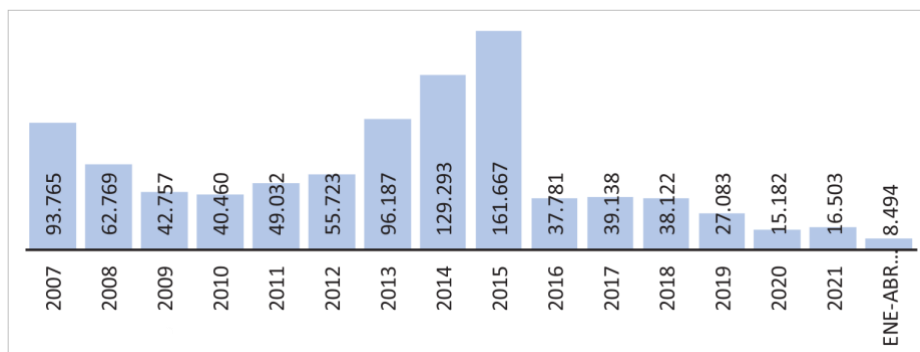
De conformidad a los datos brindados por el Servicio Público del Empleo Estatal podemos ver un incremento de los contratos para la formación y el aprendizaje (ahora, formación en alternancia) concertados bajo esta modalidad a partir de 2011, con un pico máximo en 2015, con 161.667 nuevas contrataciones. Sin embargo, para el 2016 tuvo lugar un pronunciado descenso de su uso, con causa en el requisito exigido en relación con la formación recibida que, a partir de enero de 2016, tenía que ser certificable. También hubo otras causas, como la existencia del contrato de fomento del primer empleo o el fraude del uso de becarios.

A partir de ese momento, la modalidad ha visto mermado su uso, planteando la necesidad de reforma. En 2020, en concreto, ante la crisis sanitaria, hubo una gran caída que se recupera levemente en 2021. En el primer cuatrimestre del año 2022, los contratos el número de contratos concertados es de 8.494. Podemos verlo en el siguiente gráfico.

---

<sup>35</sup> «El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, sin que por ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del artículo 105 de esta Ley. No obstante, si por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante».

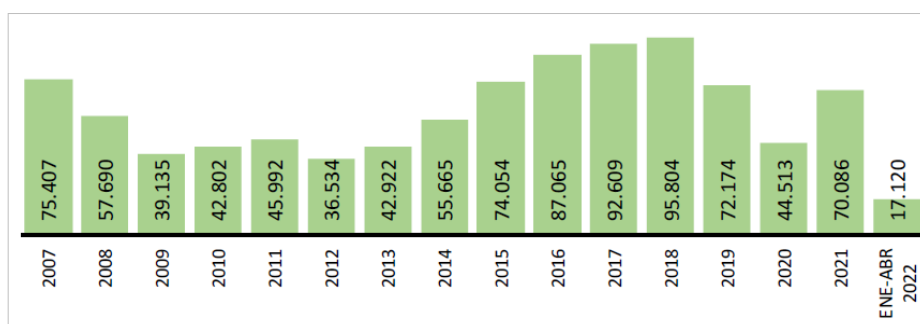
**Gráfico 1** – Total contratos de formación en alternancia (16-29 años)



**Fuente:** MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Jóvenes y mercado de trabajo. Junio 2022](#), Informe Jóvenes, 2022, n. 33, p. 16

Por otra parte, con respecto al contrato para la obtención de la práctica profesional, cuyo predecesor es el contrato en prácticas, la evolución se presenta positiva desde 2016. En 2020, con motivo de la pandemia, se celebraron menos contratos que en 2019. En 2021, con la recuperación económica, el número de contratos concertados aumentó considerablemente. Para el 2021, se registraron 70.086 contratos en prácticas, 25.573 más que en 2020 (un crecimiento de un 57,5%). Entre los meses de enero y abril de 2022 hay registrados 17.120 contratos.

**Gráfico 2** – Total contratos para la obtención de la práctica profesional (16-29 años)



**Fuente:** MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Jóvenes y mercado de trabajo. Junio 2022](#), Informe Jóvenes, 2022, n. 33, p. 18

Podemos preguntarnos: ¿cuál es el motivo de este descenso en los últimos dos años?



#### 4. Conclusiones

Ciertamente, los debates en torno al empleo juvenil han adquirido en España una importancia creciente en los últimos años, y aquellos que terminan sus estudios y preparan su entrada en el mercado laboral se enfrentan a una carencia de formación práctica y experiencia en los entornos de trabajo. El contrato formativo se presenta como una figura contractual que facilita y acelera la inmersión de los jóvenes en el mundo laboral.

No obstante, la cobertura de los contratos formativos es mínima en relación con la población desempleada, de conformidad al informe CCOO de 2021, *Principales datos de evolución de los contratos formativos*. Los datos ofrecidos en 2019 y 2020 ponen de manifiesto que únicamente un 5% sobre el total de personas desempleadas menores de 25 años son contratados en prácticas, teniendo en consideración a los jóvenes menores de 30 años que cuentan con estudios superiores o de formación secundaria. Para el año 2019 se celebraron 82.476 contratos en prácticas. Sin embargo, en 2020 tan solo 51.387 dada la evolución del mercado laboral y la preocupante situación económica y social que experimentamos actualmente<sup>36</sup>.

No cabe duda de que los contratos formativos juegan un papel destacado en el mercado laboral juvenil. Han sido lugar común de reformas laborales previas, retocándose también en la reforma actual, debido a que se consideran herramientas clave en el robustecimiento del mercado de trabajo: pretenden incrementar la empleabilidad, mejorar la adaptabilidad formativa a las necesidades del mercado y fomentar el crecimiento del empleo.

Tras la mencionada reforma laboral, el contrato formativo, que ahora resulta ser único, ha visto reforzado su carácter estrictamente formativo, de igual modo que esta formación se vincula claramente a un fin último, conseguir la inserción laboral no mediante la precarización de condiciones laborales o el establecimiento de incentivos económicos, sino por la vía de apostar por la empleabilidad del trabajador a través de procesos de cualificación.

Se ha potenciado, en este contexto, los requisitos y formalidades que atienden a asegurar el cumplimiento del fin formativo, si bien la carga que ello ha supuesto en tiempos anteriores – y que ahora se ha visto aumentada – ha sido, precisamente, el elemento que ha provocado una menor

---

<sup>36</sup> *Vid.* R. CASTRO MEDINA, *op. cit.*, p. 9.

utilización de la prevista de estas figuras de contratación<sup>37</sup>. Además, la posible conversión en indefinido del contrato ante determinados incumplimientos no parece contribuir a animar a empresarios con dudas, más aún ante la eliminación de rebajas de costos sociales. Excusas que, sin embargo, no deben repercutir en su uso.

Se han eliminado, casi en su totalidad, los límites de edad, pero, a pesar de ello, su configuración, y así lo dispone expresamente el legislador – exposición de motivos – apunta que es un instrumento dirigido a facilitar la inserción de un colectivo que está vinculado de manera estrecha a los procesos formativos: los jóvenes<sup>38</sup>. Se presenta, por tanto, como una herramienta que se dirige a facilitar su acceso al mercado de trabajo, pero presentando ahora unas figuras en las que ha desaparecido elementos de precariedad como la reducción sistemática de retribuciones o la rebaja en materia de protección social, a la par que la rebaja en cotizaciones que, a la larga, afectaba al propio mantenimiento del sistema.

Se mantienen, no obstante, lagunas y defectos técnicos en tanto que, a pesar del interés rupturista, muchas de los aspectos de la nueva regulación, son una continuidad de lo anterior y lejos de solucionar todos los problemas alguno que otro se incrementa. Y seguimos, entre otros, con el viejo debate sobre su naturaleza jurídica (modalidad contractual *versus* relación laboral especial).

En cualquier caso, esta nueva regulación fruto del acuerdo social, en términos generales positiva en cuanto a su evolución respecto de los precedentes históricos de esta modalidad contractual, nos invita ser optimistas. Su éxito o no, será objeto de reflexión en el futuro, en el que, con casi toda seguridad, volveremos a debatir sobre las resoluciones judiciales que sobre el mismo se dicten, conociendo de dónde partimos, hacia dónde vamos y cuál es la mejor ruta a seguir.

## 5. Bibliografía

ARRAZOLA M., GALÁN S., DE HEVIA J. (2018), *Desempleo juvenil en España: situación, consecuencias e impacto sobre la vida laboral de los adultos*, en *Papeles de Economía Española*, n. 156, pp. 62-75

---

<sup>37</sup> R.M. RODRÍGUEZ ROMERO, *Los contratos formativos a la luz del RDL 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos*, AEDTSS, 2022.

<sup>38</sup> Como siempre lo ha sido. *Vid.* G.M. MONTES ADALID, *Contrato para la formación y el aprendizaje*, en E. GARRIDO PÉREZ (coord.), *op. cit.*

- BARBA RAMOS F.J. (2022), *La reforma laboral y su conexión universitaria: los contratos formativos y las prácticas*, en *cronicasociolaborales.es*, 10 enero
- CASTRO MEDINA R. (2022), *El empleo juvenil a través de los contratos formativos para la obtención de práctica profesional*, en E. GARRIDO PÉREZ (coord.), *Análisis actual de la contratación laboral. XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Junta de Andalucía
- CCOO (2021), *Principales datos de evolución de los contratos formativos*
- DE VICENTE PACHÉS F. (2010), *El contrato de trabajo en prácticas*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares
- FERNÁNDEZ NAVARRETE D. (2016), *La crisis económica española: una gran operación especulativa con graves consecuencias*, en *Estudios Internacionales*, n. 183, pp. 119-151
- FERNÁNDEZ NAVARRO E. (2022), *Puntos esenciales de la nueva reforma laboral. Principales puntos de interés*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 4, pp. 374-382
- GALA DURÁN C. (2022), *Los contenidos en materia de seguridad social del Real Decreto-Ley 32/2021*, en *www.aedtss.com*, 31 enero
- GARCÍA MORENO J.M., MARTÍNEZ MARTÍN R. (2013), *El aumento de la reserva de mercado. Riesgos de exclusión social como consecuencia del desempleo juvenil*, en S. GIMÉNEZ RODRÍGUEZ, G. TARDIVO (coords.), *Proyectos sociales, creativos y sostenibles*, Asociación Castellano-Manchega de Sociología
- GÓMEZ SALADO M.Á. (2023), *Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre*, *Lan Harremanak*, n. 48, pp. 13-56
- GUAMÁN HERNÁNDEZ A. (2013), *Desempleo juvenil y contratos formativos: la evolución de la precariedad de los jóvenes*, en A. GUAMÁN HERNÁNDEZ (dir.), *Temporalidad y precariedad del trabajo asalariado: ¿el fin de la estabilidad laboral?*, Bomarzo
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), *Jóvenes y mercado de trabajo. Junio 2022*, Informe Jóvenes, 2022, n. 33
- MONTES ADALID G.M. (2022), *Contrato para la formación y el aprendizaje*, en E. GARRIDO PÉREZ (coord.), *Análisis actual de la contratación laboral. XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Junta de Andalucía
- MONTES ADALID G.M. (2022), *La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción*, en *Lex Social*, n. 2, pp. 1-25

- MONTES ADALID G.M. (2022), *Una mirada a la reforma laboral. Luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2022*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 4, pp. 383-392
- QUESADA SEGURA R. (2012), *Derechos de formación profesional y contratos formativos*, en *Temas Laborales*, n. 115, pp. 165-191
- RÍOS P. (2022), *El contrato de formación en alternancia, herramienta eficaz para combatir el desempleo juvenil*, en *www.europapress.es*, 17 marzo
- ROCHA F. (2012), *La crisis económica y sus efectos sobre el empleo en España*, en *Gaceta Sindical*, n. 19, pp. 67-89
- RODRÍGUEZ ROMERO R.M. (2022), *Los contratos formativos a la luz del RDL 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos*, AEDTSS
- ROJO TORRECILLA E. (2022), *Las disposiciones transitorias de la reforma laboral de 2021*, AEDTSS
- RUANO ALBERTOS S. (2004), *Efectos del incumplimiento de la formación teórica en el contrato para la formación*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 383-389
- SEMPERE NAVARRO A.V., CARDENAL CARRO M. (1996), *Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral*, La Ley
- VIDA SORIA J. (1965), *El aprendizaje y el contrato de aprendizaje*, en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid
- VILA TIERNO F. (2010), *Contratos formativos*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ (coords.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares
- VILA TIERNO F. (2010), *El contrato para la formación*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares
- VILA TIERNO F. (2009), *De nuevo a vueltas con el proceso de cualificación en el contrato para la formación. La ausencia de causalidad en supuestos de enseñanza a distancia*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 49-58
- VILA TIERNO F. (2008), *El Contrato para la Formación en el Trabajo*, Aranzadi
- VILA TIERNO F. (1997), *Efectos del incumplimiento de las obligaciones formativas en el contrato para la formación*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2, pp. 648-678

# La formación como instrumento indispensable en la lucha contra las desigualdades en el trabajo

Lara MUNÍN SÁNCHEZ\*

---

**RESUMEN:** El mercado laboral está experimentando, en un periodo de tiempo relativamente corto, una profunda transformación motivada no solo por los cambios tecnológicos, sino también culturales y sociales. Todos estos factores conllevan la desaparición de numerosos empleos y puestos de trabajo que tienden a afectar a sectores sociales y poblacionales determinados, normalmente mujeres, personas de edad más avanzada, con diversidad funcional o simplemente, de poder adquisitivo más bajo, por las menores posibilidades que presentan para actualizarse y adaptarse a los cambios. La otra cara de este mismo fenómeno está relacionada con las nuevas ocupaciones que surgen impulsadas por innovaciones tecnológicas. Ahora bien, todas ellas necesitan también de unos conocimientos y una formación específicos y, nuevamente, las posibilidades de acceso a los mismos son más limitadas para los mismos colectivos. El presente trabajo aborda la relevancia que tiene la formación no solo en el acceso al empleo y a la promoción profesional en general, sino, específicamente, como instrumento que permite que la evolución del mercado de trabajo no deje atrás a los colectivos más desfavorecidos.

*Palabras clave:* Nuevas tecnologías, competencias digitales, brecha digital, empleo, formación profesional, formación para el empleo, futuro del trabajo.

**SUMARIO:** 1. La denominada “revolución tecnológica”: precisión conceptual. 2. Revolución tecnológica y empleo: hacia una nueva quiebra de la igualdad. 3. El relevante papel de la formación ante las desigualdades generadas por la expansión de la tecnología. 4. Referencia a la formación en el derecho español. Formación profesional y formación para el empleo. Derechos laborales vinculados a la formación. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

---

\* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela (España).

## Training as an Indispensable Tool in the Fight Against Inequalities in the Workplace

---

**ABSTRACT:** The labour market is experiencing, in a period of time relatively short, a deep transformation motivated not only by the technological changes, but also cultural and social. All these factors comport the disappearance of numerous employments and places of work that tend to affect to social and populational sectors determinate, usually women, people of age more advanced, with functional diversity or simply, of purchasing power lower, by the lower possibilities that present to update and adapt to the changes. The other face of this same phenomenon is related with the new occupations that arise promoted by technological innovations. Now well, all of them need also of some knowledges and a specific training and, again, the possibilities of access to them are more limited for the same communities. The present work tackles the importance that has training not only in the access to employment and to the professional promotion in general, but specifically, like instrument that allows that the evolution of the market of work does not leave backwards the most disadvantaged communities.

*Key Words:* New technologies, digital skills, digital gap, employment, vocational training, training for employment, future of job.

## 1. La denominada “revolución tecnológica”: precisión conceptual

Desde hace unas décadas – pues en realidad no es un fenómeno reciente – se vienen imponiendo de manera exponencial nuevas formas de hacer las cosas; maneras distintas de proceder, en muy diferentes ámbitos. Es evidente que las actividades de producción o fabricación, la distribución, el transporte, la comercialización, las prestaciones de servicios de la más variada índole, las comunicaciones e incluso nuestra forma de trabajar o de relacionarnos, nada tienen que ver con las imperantes en épocas no tan remotas. En este cambio mucho ha contribuido sin duda, la innovación tecnológica – entendida en sentido amplio – aunque tampoco podría afirmarse con rotundidad que sea su único desencadenante. Pero, en cualquier caso, hoy en día no resulta extraño que muchos procesos y actividades estén completamente mecanizados, o dirigidos y controlados en mayor o menor medida por sistemas electrónicos, informáticos o similares. Tal es la trascendencia del cambio vinculado a los modernos avances tecnológicos como la inteligencia artificial (IA), la robótica o el denominado “internet de las cosas” (IoT)<sup>1</sup> – entre otros que están por venir – que nos sitúan ya ante la que se conoce como la Cuarta Revolución Industrial<sup>2</sup>.

La comprensión adecuada de la trascendencia de este fenómeno en el campo que nos ocupa merece, a modo de introducción explicativa – que no de manera técnica, por ser ajena al ámbito jurídico propiamente dicho – una breve referencia al concepto mismo de revolución tecnológica o de lo que deba entenderse actualmente incluido en la tan mencionada expresión de las “nuevas tecnologías” y ello porque el fenómeno evolutivo es tan vertiginoso que en un corto período de tiempo, el mismo término ya abarca a realidades distintas. Por este motivo resultaría obsoleto referir esta expresión sin más, a los ordenadores o a múltiples instrumentos y dispositivos electrónicos que se encuadran dentro del concepto de “Tecnologías de la Información y Comunicación” (TIC) y forman parte desde hace tiempo de nuestra vida cotidiana, como la televisión, el teléfono móvil, las tablets, etc.

Así, la noción o término de revolución tecnológica se emplea en sentido amplio o genérico comprensivo de fenómenos de cambio tecnológico profundo y de un alcance generalizado tal, que llegan a transformar la base

---

<sup>1</sup> Acrónimo de *Internet of Things*.

<sup>2</sup> Este término fue acuñado por Klaus Schwab, fundador del World Economic Forum (*vid.* K. SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Debate, 2016). No obstante, no faltan detractores de este término, que prefieren referirse a la misma como “revolución tecnológica” o “revolución productiva”. *Vid.*, en este sentido, E. SUÑÉ LLINÁS, *Derecho e inteligencia artificial, De la robótica a lo posthumano*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 151.

económica y social de los países<sup>3</sup>. Puede entonces afirmarse que, si bien la tecnología afecta siempre de uno u otro modo al contexto en que se introduce, no todos los cambios o transformaciones son de la misma intensidad, por lo que no todos ellos alcanzarían a merecer el calificativo de “revolucionarios”. Tal expresión se limita históricamente a unos momentos o épocas concretas.

El primero de ellos, es sin duda, el de la introducción de sistemas de producción mecánicos de tracción hidráulica y de vapor hacia la segunda mitad del siglo XVIII. Esta primera revolución industrial, supuso la desaparición de la manufactura artesanal y la conformación de sociedades cada vez más urbanas.

Hacia finales del siglo XIX y principios del XX la introducción del sistema de la producción en serie y el uso de sistemas eléctricos, marcará la segunda revolución industrial que contribuyó al desarrollo progresivo de sociedades mecanizadas y más dependientes de la energía eléctrica y las telecomunicaciones.

Con la aparición de la microelectrónica a partir de 1960, se inicia la tercera revolución calificada no ya como industrial, sino más acertadamente, como revolución tecnológica<sup>4</sup>. Tras el gran avance que supuso el desarrollo de la informática desde finales de los años ochenta y en la década de los noventa, la creación de internet, asistiremos a la gran expansión de las nuevas TIC y a una nueva fase de automatización. En el siglo XXI aparecerán una nueva serie de innovaciones que permiten hablar ya de la “Cuarta Revolución Industrial” o la “Cuarta Revolución Tecnológica”. En esta línea se sitúan la digitalización, el manejo de grandes volúmenes de información (*big data*), la IA, la robótica, las neurociencias y la biotecnología, o el IoT, además de otras nuevas que sin duda surgirán y cuyas aplicaciones prometen ser casi infinitas. Si analizamos con relativa distancia este fenómeno, podemos observar que la velocidad a la que se desarrollan estas nuevas tecnologías y se manifiestan sus cambios es cada vez mayor. Esto es, su crecimiento no es progresivo sino exponencial<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. L. MERTENS, [La revolución tecnológica 4.0 y su impacto en las competencias de las personas: ¿disrupción o evolución?](#), en [www.amedirb.com.mx/blogrb](#), 15 octubre 2018.

<sup>4</sup> Vid. K. SCHWAB, *op. cit.*

<sup>5</sup> Sobre la Cuarta Revolución industrial *vid.* K. SCHWAB, [The Fourth Industrial Revolution. What It Means and How to Respond](#), en [www.foreignaffairs.com](#), 12 diciembre 2015.



## 2. Revolución tecnológica y empleo: hacia una nueva quiebra de la igualdad

Ante el panorama que se acaba de describir, no es de extrañar que la comunidad científica internacional se haya lanzado a analizar el posible impacto que este fenómeno haya de tener en el mercado trabajo con diagnósticos un tanto contradictorios a veces. Por un lado, los más pesimistas advertían de una automatización a gran escala, con una destrucción de empleo de tales dimensiones que conducirían a un escenario de crisis de social con desigualdades extremas<sup>6</sup>. Otros apuntaban algunas ventajas como el incremento de la productividad, la aparición de nuevos empleos o incluso, mayor seguridad y oportunidades de conciliación<sup>7</sup>. En puridad, aunque los efectos concretos de estos cambios sobre el empleo pueden variar en función de otros muchos factores no siempre predecibles, como la influencia de distintas regulaciones laborales, fluctuaciones de la economía y los mercados, aspectos sociológicos, etc. la digitalización afectará necesariamente al empleo de múltiples maneras<sup>8</sup>.

En este sentido, la mayor parte de los estudios realizados<sup>9</sup> constatan que al igual que sucedió con sus predecesoras, la revolución digital siempre conllevará la aparición de nuevos empleos vinculados a la fabricación, desarrollo, gestión y la reparación de estas mismas tecnologías.

Por regla general, se mantendrán también todos aquellos trabajos en los que siga siendo imprescindible la intervención humana, ya sea porque precisan de cierta creatividad o porque requieren habilidades interpersonales o sociales (por ejemplo, comerciales o profesionales del marketing) y aunque para algunos autores es solo cuestión de tiempo que la sustitución alcance también a estas actividades<sup>10</sup>, por el momento es innegable que el fenómeno de destrucción de empleo que conllevan estos procesos se centra especialmente en tareas rutinarias, repetitivas, de tipo administrativo, o simplemente mecánico<sup>11</sup>.

De lo anteriormente expuesto se deriva otra consecuencia que es la

---

<sup>6</sup> Vid. M.G. QUINTERO LIMA, *Las nuevas necesidades formativas en el marco de la digitalización y demás avatares 4.0 (la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible como herramientas docentes)*, en *Lan Harremanak*, 2017, n. espec.

<sup>7</sup> Vid. E.M. SIERRA BENÍTEZ, *La Protección Social de los Trabajadores ante el desafío del Nuevo Trabajo a Distancia, del Trabajo Digital y la Robótica*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2017, n. 11.

<sup>8</sup> Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 206-219.

<sup>9</sup> Vid. OIT, *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, 2017.

<sup>10</sup> Vid. E. SUÑÉ LLINÁS, *op. cit.*, p. 146.

<sup>11</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2018*, 2018.

polarización de la ocupación, esto es, la pérdida progresiva de puestos de trabajo en los sectores con salarios medios que serían los más afectados por la digitalización, mientras que las ocupaciones situadas en los extremos opuestos de la distribución salarial crecen, es decir el empleo de alta y de baja cualificación, por lo que a la postre, comportará también un incremento de la desigualdad salarial. Este efecto se multiplica si tenemos en cuenta que la reducción de la demanda en los sectores laborales intermedios forzaría a muchos de los trabajadores que copaban este sector a aceptar ocupaciones de menor cualificación, desplazando a los trabajadores de menor formación aún más abajo en la escala ocupacional y, en algunos casos, fuera del mercado laboral<sup>12</sup>. Y a la misma situación contribuye la precarización que caracteriza a algunos nuevos empleos surgidos de la proliferación de la tecnología (como los trabajos para las plataformas digitales) que al obligar a los trabajadores a cambiar constantemente de empleador e incluso de sector incrementarán la presión en búsqueda de empleo perjudicando nuevamente a los colectivos menos cualificados.

La tecnología puede ser, por tanto, un importante factor generador de desigualdades. Ya la propia OIT<sup>13</sup> puso de manifiesto en 2017 que con el cambio tecnológico aumentaría la productividad, pero también la desigualdad. Ya se no se trata solo de que la brecha salarial entre los trabajos de escasa cualificación y los cualificados, aumente en lugar de disminuir. Sino que, además<sup>14</sup>, se incrementan las diferencias entre las propias empresas pues solo un pequeño grupo estaría aprovechando las nuevas tecnologías, mientras que muchas otras empresas se están quedando rezagadas, especialmente las de menor dimensión.

También se apunta el riesgo de que el impacto desigual de digitalización empeore los desequilibrios de género existentes pues las oportunidades de empleo alternativo para las mujeres se encuentran a menudo en el sector del cuidado de personas y otros considerados tradicionalmente “femeninos”, perpetuando los roles de género en la ocupación. Otro sector claramente perjudicado es el de los mayores y parados de larga duración porque la probabilidad de obsolescencia se incrementa en épocas de cambios tecnológicos constantes y a medida que se incrementa la edad, aumenta también el riesgo de amortización por la mayor dificultad y coste

---

<sup>12</sup> Vid. C.B. FREY, M.A. OSBORNE, *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, en *Technological Forecasting and Social Change*, 2017, vol. 114.

<sup>13</sup> Vid. OIT, *op. cit.*

<sup>14</sup> Vid. COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, [La influencia de la tecnología en la calidad y la cantidad del empleo. Nota informativa 6](#), OIT, 2018.

de su formación o readaptación<sup>15</sup>.

Los datos estadísticos confirmaban la tendencia apuntada. De entre los numerosos informes elaborados acerca de este extremo, uno de los más difundidos y comentados fue el citado informe sobre el futuro del trabajo de 2018 publicado por el World Economic Forum<sup>16</sup> con previsiones para los años 2018-2022, que vino a coincidir con los efectos señalados.

Más recientemente, el informe de 2020<sup>17</sup> hace una previsión de evolución del mercado laboral para el período 2020-2025 algo menos halagüeña. En este sentido, los expertos prevén que el ritmo de implantación de tecnología se verá incrementado en este tramo temporal con la consiguiente reducción de puestos de trabajo. Ahora bien, aunque el número de empleos desaparecidos se verá también superado por el de puestos de nueva creación<sup>18</sup>, a diferencia de años anteriores, ahora la creación de empleo se desacelera, mientras que la destrucción de empleo se incrementa.

Nuevamente las innovaciones que se prevén para el futuro van a demandar competencias de mayor nivel, por lo que se espera que un elevado porcentaje de trabajadores precisarán de una recapacitación o la adquisición de nuevas habilidades. Partiendo de estos datos el propio informe pone de manifiesto que es probable que la desigualdad se vea exacerbada por el impacto dual de la tecnología y la recesión pandémica dado que los trabajos ocupados por trabajadores con salarios más bajos, mujeres y jóvenes, que ya se vieron más profundamente afectados en la primera fase de la contracción económica de 2008, fueron también los más perjudicados por la crisis del Covid-19, siendo el impacto actual mucho más significativo.

En contrapartida se observa una mayor conciencia de la necesidad de capacitación, razón por la cual, el aprendizaje y la capacitación en línea se incrementaron, y a su vez, desde la perspectiva empresarial y pese la recesión económica sufrida, la gran mayoría de los empleadores reconocen el valor de la inversión en capital humano. Es más, muchas empresas muestran preferencia por redistribuir internamente al menos a una parte

---

<sup>15</sup> J.R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*

<sup>16</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *op. cit.*

<sup>17</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2020*, 2020.

<sup>18</sup> En concreto, según el informe del World Economic Forum se espera que para 2025 los roles cada vez más redundantes disminuyan del 15,4% de la fuerza laboral al 9% (6,4% de disminución) y que las profesiones emergentes crezcan del 7,8% al 13,5% (5,7% de crecimiento) de la base total de empleados encuestados de la empresa. Con base en estas cifras, calculan que 85 millones de puestos de trabajo pueden ser desplazados por un cambio en la división del trabajo entre humanos y máquinas, mientras que pueden surgir 97 millones de nuevos roles que se adapten mejor a la nueva división del trabajo entre humanos, máquinas y algoritmos (WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2020*, cit., p. 29).

significativa de los trabajadores desplazados por la automatización y el aumento tecnológico, en lugar de hacer un uso más amplio de los despidos. Por eso se advierte de la conveniencia de que desde el sector público se proporcione un mayor apoyo para la reconversión y mejora de las habilidades de los trabajadores desplazados o en riesgo de estarlo por consecuencia de los nuevos procesos de desarrollo tecnológico.

### 3. El relevante papel de la formación ante las desigualdades generadas por la expansión de la tecnología

La puesta en valor de la formación como mecanismo de superación de las desigualdades ha sido una preocupación constante de los organismos internacionales. La propia OIT en el citado informe [\*El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global\*](#), tras analizar los efectos de la tecnología en el trabajo, apuntando a los datos que se acaban de indicar, afirmaba que las competencias son esenciales para garantizar que los trabajadores se encuentran en el lado correcto de la brecha tecnológica, por lo que resulta necesario diseñar incentivos para que los trabajadores mejoren sus competencias, sobre todo en los países emergentes y en determinados colectivos como son, señaladamente, los trabajadores de entre 40 y 50 años, pues su situación es más complicada en lo que respecta a la adquisición de nuevas competencias y la adaptación a nuevos empleos. Con esta finalidad, la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, creada en el seno de la OIT para el desarrollo de estas directrices, propondrá un plan de actuación<sup>19</sup> centrado en las personas para el futuro del trabajo, basado en la inversión en las capacidades de los individuos, las instituciones laborales y en el trabajo decente y sostenible, y hace un llamamiento a todas las partes interesadas para asumir responsabilidades en estas materias. En particular invita al reconocimiento de un derecho universal al aprendizaje permanente, concepto que engloba el aprendizaje formal e informal desde la primera infancia y la educación básica, así como todo el aprendizaje adulto, y que combine competencias básicas, sociales y cognitivas (como el aprendizaje para aprender), al igual que las competencias necesarias para trabajos, ocupaciones o sectores específicos, que ofrezca a los jóvenes y a los desempleados una vía de inserción en los mercados laborales y a los trabajadores, capacidad y posibilidades de transformación y reciclaje. Es este, desde luego, un objetivo ambicioso que requerirá por lógica, la

---

<sup>19</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, [\*Trabajar para un futuro más prometedor\*](#), OIT, 2019.

participación de las instituciones y de los principales actores sociales.

Con respecto a los gobiernos, destaca la Comisión, la necesidad de reconfigurar algunas instituciones como las políticas de desarrollo de competencias, los servicios de empleo y los sistemas de formación para que ofrezcan a los trabajadores el tiempo y el apoyo financiero que necesitan para aprender.

Las organizaciones de empleadores y de trabajadores también tendrán un papel destacado tanto en la previsión de sus futuras necesidades en materia de competencias, como en la ejecución y financiación del sistema. De hecho, habida cuenta de la importancia que reviste la formación continua en el lugar de trabajo, se considera que los empleadores deben contribuir a su financiación debiendo buscarse opciones viables para incentivar a las empresas a que aumenten su inversión en formación. Todo ello acompañado de la propuesta de articular un sistema de derechos de formación mediante un modelo rediseñado de “seguro de empleo” o de “fondos sociales” que permitan a los trabajadores tomarse tiempo libre remunerado de sus trabajos para participar en la formación o mediante el derecho a un determinado número de horas de formación. Se insta también a potenciar el uso de las tecnologías digitales en tanto que abren nuevas posibilidades para una amplia participación en la formación, superando limitaciones de tiempo y recursos a través de vías de aprendizaje flexibles y de menor duración.

Finalmente, se hace hincapié en la importancia de diseñar mecanismos de control de la calidad del aprendizaje permanente y de su eficacia, siendo especialmente importante en aras a la efectividad del sistema, la posibilidad de que las competencias sean transferibles fácilmente mediante el establecimiento de un marco común de reconocimiento de estas, tanto en el plano nacional como en el internacional.

También la Unión Europea ha acogido esta preocupación por el aprendizaje permanente, hasta el punto de que la [Recomendación \(UE\) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales](#)<sup>20</sup> reconoce expresamente que toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente, inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral, aludiendo también al derecho a recibir formación como medida de apoyo activo para el empleo.

Desde entonces, esta idea se ha recalado insistentemente en las múltiples disposiciones adoptadas en el seno de la Unión en materia de robótica, IA

---

<sup>20</sup> Cap. I, §§ 1 y 4.

y otras tecnologías dirigidas siempre a orientar la regulación de estos fenómenos desde una perspectiva responsable y respetuosa con los principios y valores de la Unión<sup>21</sup>.

El punto de partida en estas políticas podría situarse en el [Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica](#)<sup>22</sup> en el que partiendo de la realidad de que casi la totalidad de puestos de trabajo requerirá al menos unas capacidades digitales básicas; insta a la Comisión a que preste un apoyo significativo al desarrollo de las competencias digitales, a que Estados miembros desarrollen sistemas de formación y educación más flexibles y propone analizar y supervisar más estrechamente la evolución del empleo con el fin de determinar en qué ámbitos se está creando empleo y en cuáles se pierde como consecuencia de la utilización de robots.

Posteriormente, en la Comunicación de la Comisión [Inteligencia artificial para Europa](#)<sup>23</sup>, se exponen las principales iniciativas a adoptar en esta materia en el ámbito de la unión que insisten en los mismos objetivos que venimos remarcando. También lo hará el [Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza](#)<sup>24</sup> que anuncia programas de actuación orientados a la capacitación en competencias digitales, adquisición de habilidades en IA, y recualificación profesional de los trabajadores; o la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica<sup>25</sup>.

Especial interés presenta la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas<sup>26</sup>, por cuanto dedica un apartado a lo que denominaba *Empleo, derechos de los trabajadores, competencias digitales y lugar de trabajo* en el que «Subraya la necesidad de desarrollar competencias a través de la formación y la educación de los trabajadores y sus representantes en relación con la inteligencia artificial en el lugar de trabajo» y «la importancia de la inversión empresarial en la formación [...] y en el aprendizaje permanente» y «destaca [...] que las empresas que despliegan inteligencia artificial tienen la

---

<sup>21</sup> Un análisis detallado de la normativa europea en esta materia se aborda en M.Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, [Robótica inclusiva: rendimiento económico y empleo](#), en *Arbor*, 2021, n. 802.

<sup>22</sup> 2015/2103(INI).

<sup>23</sup> COM(2018)237 final.

<sup>24</sup> COM(2020)65 final.

<sup>25</sup> 2018/2088(INI).

<sup>26</sup> 2020/2012(INI).

responsabilidad de garantizar un reciclaje profesional y una mejora de las capacidades adecuados a todos los empleados afectados, a fin de que aprendan a utilizar [...] nuevas tecnologías», adaptándose a las necesidades cambiantes del mercado laboral y conservando el empleo, además de reiterar también la importancia de la educación y el aprendizaje continuo pidiendo a los Estados miembros «que inviertan en sistemas de educación, formación profesional y aprendizaje permanente», prestando «especial atención a la inclusión de los grupos desfavorecidos».

En febrero de 2023, la Comisión publica la [European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade](#), en la que, al igual que hizo en su día la Recomendación sobre el Pilar europeo de derechos sociales, incluye en su capítulo II una referencia expresa al derecho de toda persona tiene derecho a la educación, la formación y el aprendizaje permanente y a poder adquirir todas las capacidades digitales básicas y avanzadas, recogiendo el compromiso de a) promover una educación y una formación digitales de alta calidad, también con vistas a colmar la brecha digital de género; b) apoyar los esfuerzos que permiten a todos los estudiantes y docentes adquirir y compartir las capacidades y competencias digitales necesarias para una participación activa en la economía, la sociedad y los procesos democráticos, en particular la alfabetización mediática y el pensamiento crítico; c) promover y respaldar los esfuerzos por dotar de conectividad, infraestructuras y herramientas digitales a todas las instituciones de educación y formación; d) brindar a toda persona la posibilidad de adaptarse a los cambios provocados por la digitalización del trabajo mediante el perfeccionamiento y el reciclaje profesionales.

En este contexto y con una clara tendencia proactiva, se han desarrollado en el ámbito de la Unión Europea múltiples planes y programas de actuación.

En particular, puede traerse a colación el [Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales](#)<sup>27</sup> lanzado por la Comisión Europea el 4 de marzo de 2021, en el que se establecen tres objetivos de la UE para 2030 que corresponden a tres áreas de intervención, el empleo, la protección social y las capacidades. Es especialmente de interés ésta última, por cuanto en el ámbito de las capacidades, el Plan se pone como objetivo que al menos el 60% de los adultos participen en actividades de formación todos los años, en especial en relación a las capacidades digitales básicas, «una condición previa para la inclusión y la participación en el mercado laboral»<sup>28</sup>.

En la misma línea la Comunicación de la Comisión [Brújula Digital 2030: el](#)

---

<sup>27</sup> COM(2021)102 final.

<sup>28</sup> *Ibidem*, § 2.

*enfoque de Europa para el Decenio Digital*<sup>29</sup> viene a establecer los objetivos digitales de la Unión Europea para la próxima década abarcando distintas áreas como infraestructuras, digitalización de servicios públicos y transformación digital de las empresas<sup>30</sup>. Como complemento de la misma y en el mismo año, entra en vigor el Programa *Europa Digital*<sup>31</sup> que destina una importante dotación presupuestaria a reforzar, en el período 2020-2027, las capacidades de Europa en IA, informática de alto rendimiento, ciberseguridad y competencias digitales especializadas<sup>32</sup>. En cierta medida es correlativo al *Plan de Recuperación para Europa* presentado por la Comisión Europea el 27 de mayo de 2020 para afrontar la era post-Covid-19 (y aprobado por el Consejo 21 de julio de 2020) que ya incidía en la importancia de la adquisición de competencias digitales entre los destinos de las ayudas que podrán obtener financiación prevista para el período 2021-2027<sup>33</sup>.

Otras iniciativas relacionadas son el *Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027)* dirigido a apoyar una adaptación sostenible y eficaz de los sistemas de educación y formación de los Estados miembros de la UE a la era digital y la *European Skills Agenda* orientada a ayudar a las personas y las empresas a desarrollar más y mejores capacidades, fortalecer la competitividad sostenible, garantizar la equidad social y desarrollar la resiliencia. Para lo cual se estructura a través de 12 “acciones”:

1. fomento de un pacto por las habilidades<sup>34</sup>;
2. fortalecimiento de las habilidades de inteligencia;
3. apoyo de la UE a la acción estratégica nacional de mejora de las cualificaciones;
4. propuesta de educación y formación profesionales para la

---

<sup>29</sup> COM(2021)118 final. Vid. también COMISIÓN EUROPEA, *La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 20 enero 2023.

<sup>30</sup> Como objetivos en materia de capacitación digital se propone alcanzar los 20 millones de especialistas TIC en la UE y que al menos el 80% de la población cuente con competencias digitales básicas.

<sup>31</sup> Vid. Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240.

<sup>32</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *The Digital Europe Programme*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 31 enero 2023.

<sup>33</sup> Vid. CONSEJO EUROPEO, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Plan de Recuperación para Europa*, en [www.consilium.europa.eu](https://www.consilium.europa.eu), 24 junio 2020.

<sup>34</sup> En noviembre de 2020, la Comisión Europea puso en marcha el *Pact for Skills*, cuyo objetivo es movilizar recursos e incentivar medidas concretas a fin de capacitar y reciclar profesionalmente a las personas trabajadoras, aunando esfuerzos y estableciendo asociaciones en favor de las transiciones ecológica y digital y estrategias de crecimiento locales y regionales.



- competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia<sup>35</sup>;
5. despliegue de la iniciativa de las universidades europeas y mejora de las capacidades de los científicos;
  6. desarrollo de las habilidades para apoyar las transiciones verde y digital;
  7. aumento de los graduados en STEM y fomento de las habilidades empresariales y transversales;
  8. fomento de las habilidades para la vida;
  9. iniciativa sobre Cuentas Individuales de Aprendizaje<sup>36</sup>;
  10. enfoque europeo de las micro credenciales<sup>37</sup>;
  11. creación de la plataforma [Europass](#)<sup>38</sup>;
  12. mejora del marco propicio para desbloquear las inversiones privadas y de los Estados miembros en habilidades.

De lo expuesto se deduce la apuesta clara por la formación como valor estratégico en el ámbito de la productividad, la competitividad y el empleo<sup>39</sup> aunque las políticas y directrices en esta materia precisarán también del complemento de las disposiciones que al respecto se adopten en cada uno de los Estados miembros.

#### **4. Referencia a la formación en el derecho español. Formación profesional y formación para el empleo. Derechos laborales vinculados a la formación**

Por lo que respecta a la situación existente en el ámbito español, si tenemos en cuenta el último informe del Consejo Económico y Social España de 2021, *La digitalización de la economía*, se puede observar que nos sitúa en niveles algo más altos de desempleo que en la media de la Unión Europea,

---

<sup>35</sup> Vid. la [Recomendación del Consejo de 24 de noviembre de 2020 sobre la educación y formación profesionales \(EFP\) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia \(2020/C 417/01\)](#).

<sup>36</sup> Vid. la [Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a las cuentas de aprendizaje individuales \(2022/C 243/03\)](#).

<sup>37</sup> Vid. la [Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a un enfoque europeo de las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad \(2022/C 243/02\)](#).

<sup>38</sup> Portal que ofrece orientación en la redacción de CV, sugiere trabajos personalizados y oportunidades de aprendizaje y brinda información sobre tendencias en habilidades, entre otras utilidades.

<sup>39</sup> N. GARCÍA PIÑEIRO, *Política de empleo y nuevas tecnologías*, en E. MONREAL BRINGSVAERD, J. THIBAUT ARANDA, Á. JURADO SEGOVIA (coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Oribuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, 2020.

con mayores índices de polarización, y un nivel inferior en formación del capital humano y competencias digitales; por tanto, los riesgos asociados a la digitalización son mayores y, por ende, la importancia de la formación también.

En este sentido, y en línea con la estrategia europea, se diseña para España la agenda [España Digital 2026](#) como la hoja de ruta para la transformación digital del país. Esta agenda consta de cerca de 50 medidas que se articulan en torno a diez ejes estratégicos: uno de los cuales está vinculado precisamente a la formación. En concreto se pretende reforzar las competencias digitales de la fuerza laboral y del conjunto de la ciudadanía, reduciendo las brechas digitales; completar la transformación digital de la educación; garantizar la formación en competencias digitales a lo largo de la vida laboral; y aumentar el porcentaje de especialistas digitales en la economía española consiguiendo una paridad de género en este colectivo. Para el cumplimiento de este objetivo en concreto, articuló el [Plan Nacional de Competencias Digitales](#) con medidas orientadas a mejorar las competencias digitales en distintos ámbitos: 1) ciudadanía en general, garantizando la inclusión digital; con especial énfasis en colectivos de riesgo de exclusión digital; 2) disminución de la brecha digital de género; 3) adquisición de competencias digitales para la educación en todos los niveles del sistema educativo; 4) competencias digitales avanzadas de la población activa a lo largo de la vida laboral; 5) competencias digitales de las personas al servicio de las Administraciones Públicas; 6) competencias digitales para las empresas en particular las PYME; 7) fomento de especialistas TIC.

La formación en competencias digitales se integrará, asimismo, aunque sin valor normativo, en la [Carta Derechos Digitales](#) que incluye en su § XIX, letra *h*, entre otros, el derecho a «la cualificación digital de las personas trabajadoras, ya se encuentren ocupadas o desempleadas, con la finalidad de la adquisición de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral para disponer de mayores y mejores oportunidades de empleo».

En suma, no se articula un derecho específico a la formación digital, sino que este se incardina en los que ya amparan el derecho a la formación en general, que sigue desempeñando un papel crucial que no podemos reducir exclusivamente a la adquisición de competencias vinculadas a las nuevas tecnologías. No en vano, se contemplan en el propio texto constitucional (arts. 27, 35.1 o 40.2 CE).

La efectividad de este derecho a la formación en nuestro sistema (al margen de otros niveles educativos que exceden de nuestro ámbito de estudio), descansa en un primer momento, sobre dos instrumentos fundamentales: la formación profesional y la formación para el empleo.

Con respecto a la formación profesional, la LO 3/2022, de 31 de marzo, de

ordenación e integración de la Formación Profesional – todavía pendiente de desarrollo reglamentario en algunos extremos –, responde a la necesidad de adaptación del sistema a las nuevas exigencias impuestas por la transformación digital y tecnológica<sup>40</sup>. A tal fin, se perfila un sistema de formación profesional que acompañe a las personas desde el sistema educativo y durante toda su vida laboral y sea capaz de responder con flexibilidad a sus intereses, expectativas y aspiraciones de cualificación profesional a lo largo de su vida como también a las competencias demandadas por el mundo laboral.

En el diseño de los sistemas de formación destaca la sustitución de la noción de la cualificación por la de competencia profesional<sup>41</sup> para adaptarse al modelo europeo, siquiera su efectividad todavía deba esperar al pertinente desarrollo normativo. Tales competencias, definidas e identificadas con intervención de las empresas y sectores implicados, se recogerán en estándares, que servirán para el diseño de la oferta de formación permitiendo que se adapte a las necesidades del mercado y la economía<sup>42</sup>.

Otro aspecto a destacar es el hecho que se sitúe a la persona en el centro del sistema haciéndolo más flexible ya que el nuevo diseño de los módulos<sup>43</sup> permite su realización de forma progresiva y al permitir también acreditaciones parciales, facilita enormemente que los mismos se puedan cursar por personas trabajadoras o con responsabilidades de otro tipo, adaptándose a sus tiempos y evitando el abandono de la formación. De acuerdo con ello, el nuevo sistema se articula en 5 grados que configuran una progresión formativa. El grado A representaría la formación más básica cuya superación da lugar a la obtención de una “acreditación parcial de competencia”. El segundo nivel (grado B) se corresponde con la realización de un módulo profesional que conduce a la obtención de un Certificado de Competencia. El grado C implica la superación de varios módulos y permite la obtención de un Certificado Profesional. El siguiente nivel (grado D) incluye las ofertas de formación correspondiente a los ciclos formativos de formación profesional (que según la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, corresponden a los grados básico, medio y superior) y permiten acceder a los títulos de técnico de formación profesional. Finalmente, la oferta del grado E integra los cursos de especialización de quienes ya disponen de un título de formación profesional y desean obtener el título

---

<sup>40</sup> Sobre la valoración crítica de la norma *vid.* F. CAMAS RODA, *La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 94.

<sup>41</sup> Art. 2, LO 3/2022.

<sup>42</sup> Arts. 22-27, LO 3/2022.

<sup>43</sup> Arts. 28-54, LO 3/2022.

de Especialista del perfil profesional correspondiente. Con ello se logra no solo el objetivo de adquirir nuevas competencias y mantener actualizada su competencia profesional, sino ascender en la especialización de su cualificación, y progresar en el Sistema Educativo y Formativo. Por ello toda competencia debe ser acumulable y acreditable.

En cuanto al modo de llevar a cabo la oferta de la formación profesional se establecen dos regímenes<sup>44</sup> ambos de carácter dual, pero distintos atendiendo a la duración, el porcentaje de currículo que se desarrolle en la empresa y el estatus de la persona en formación. Por un lado, la Formación Profesional General, de carácter estrictamente formativo y de menor duración (entre un 25 y 35% del total de la duración) previsto para desarrollar hasta un 20% de resultados de aprendizaje en la empresa y por otro, la Formación Profesional Intensiva, con una relación contractual con la empresa y caracterizado asimismo por la mayor duración de la formación en la empresa u organismo equiparado (que ha de ser superior al 35% de la duración total de la formación) y su mayor alcance al requerirse que la participación de la empresa sea de más de un 30% de los resultados de aprendizaje o módulos profesionales del currículo.

La persona en formación deberá estar bajo la supervisión de un tutor dentro de la empresa, que deberá coordinarse a su vez con el tutor del centro de formación profesional correspondiente. Para cada persona en formación debe elaborarse un plan de formación en el que se detalle el régimen de la actividad.

Además, se permite a las empresas asumir funciones más directas en la impartición de la formación profesional. Junto al desarrollo de actividades de formación en la modalidad de régimen intensivo, se incorpora la realización de acciones formativas en empresas para sus propios trabajadores y en el marco del propio Sistema de Formación Profesional<sup>45</sup>. Se posibilita con ello adquirir formación acreditable para un título de formación profesional en la propia empresa y según necesidades de esta, al tiempo que se incrementa la probabilidad de conservación empleo o de promoción de sus propios trabajadores, de modo que la ventaja es doble. No obstante, las empresas deberán solicitar y recibir autorización de las administraciones educativas para impartir estas acciones formativas debiendo ajustarse a la programación de los centros de formación profesional y debiendo ser verificados los resultados por los responsables públicos correspondientes.

Las empresas y organismos equiparados también pueden desarrollar

---

<sup>44</sup> Arts. 65-67, LO 3/2022.

<sup>45</sup> Art. 50, LO 3/2022.

programas formativos específicos para quienes presenten servicios mediante contrato de trabajo, que mantienen mientras tanto su condición de trabajadores<sup>46</sup>. Preferentemente se destinan a trabajadores que hayan abandonado el sistema educativo sin haber obtenido titulación profesional alguna, y cuando se trate de trabajadores con contratos formativos que no hayan finalizado la educación secundaria postobligatoria, la formación tendrá por objeto prioritario la obtención de un título de Técnico de Formación Profesional o, en su caso, un Certificado Profesional del mismo nivel. Son programas formativos para los que se requiere la suscripción de un convenio entre la empresa u organismo equiparado, la administración educativa y la administración laboral, salvo que la normativa de aplicación permita otra fórmula jurídica de colaboración.

En consonancia con la necesidad de adaptarse a la digitalización e incentivar también la formación se introducen modalidades de seguimiento semipresencial y virtual<sup>47</sup>. Al tiempo que se prevé la adaptación a las necesidades de personas o colectivos con necesidades específicas de apoyo o dificultades de inserción, sin duda con la finalidad de cumplir el objetivo de prestar especial atención a las personas con mayor riesgo de exclusión<sup>48</sup>. Siendo especialmente relevante que la formación sea acreditable y capitalizable se simplifica y agiliza la acreditación de competencias<sup>49</sup>, posibilidad que se extiende a competencias adquiridas de manera informal, supuesto bastante frecuente en personas que reciben cursos de formación en empresas o adquieren competencias en su puesto de trabajo, que, a su vez, una vez acreditadas le permiten continuar el itinerario de la formación profesional con la obtención consiguiente de un título o certificado oficial<sup>50</sup>. Para tal acreditación se instaura un procedimiento administrativo «abierto de forma permanente» que deja de depender de convocatorias de las administraciones y regido por los principios de simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos<sup>51</sup>.

Otros aspectos destacados de la norma son los siguientes: a) crea y regula el sistema de orientación profesional vinculado al sistema de Formación Profesional destinado a acompañar a los ciudadanos en su toma de decisiones formativas, b) promueve la innovación, la investigación y el emprendimiento, c) estrecha las relaciones entre Formación Profesional y Universidad, d) la internacionalización del Sistema contemplando la

---

<sup>46</sup> Art. 74, LO 3/2022.

<sup>47</sup> Art. 68, LO 3/2022.

<sup>48</sup> Arts. 70-73, LO 3/2022.

<sup>49</sup> *Vid.* Título VI, art. 90 ss., LO 3/2022.

<sup>50</sup> Arts. 6 y 22, LO 3/2022.

<sup>51</sup> Art. 93, LO 3/2022.

participación en proyectos y organismos internacionales, estancias dobles titulaciones, etc. y e) se establece la obligatoriedad de contar con un mecanismo de Evaluación y Calidad del Sistema, de acuerdo con los principios acordados en el ámbito europeo.

El sistema de formación para el empleo – regulado en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, todavía vigente<sup>52</sup>, y demás disposiciones de desarrollo<sup>53</sup> – se caracteriza por lo que podríamos denominar, su versatilidad pues de un lado, el ámbito de aplicación del sistema es muy amplio (se dirige tanto a desempleados como a trabajadores ya ocupados, sean asalariados o autónomos, e incluso a los sectores de las cooperativas y de la economía social o empleados públicos)<sup>54</sup>. En su propia finalidad<sup>55</sup>, que es también amplia, dirigida a impulsar y extender, entre las empresas y los trabajadores (ocupados o desempleados), una formación que contribuya al desarrollo personal y profesional de los trabajadores y a su promoción en el trabajo, que responda a las necesidades del mercado laboral y que esté orientada a la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y la competitividad empresarial<sup>56</sup>.

La oferta de actividades formativas es también extensa contemplando múltiples modalidades<sup>57</sup>.

Caben en primer lugar, actividades programadas por las propias empresas<sup>58</sup> para sus trabajadores, que se adaptan a sus necesidades<sup>59</sup>.

Podrán beneficiarse de estas acciones, los trabajadores asalariados que prestan sus servicios en empresas o en entidades públicas no incluidas en el ámbito de aplicación de los acuerdos de formación en las Administraciones Públicas, así como los trabajadores fijos/discontinuos en los períodos de no ocupación, que accedan a situación de desempleo mientras realizan la formación, o se vean afectados por medidas temporales de suspensión de contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción,

---

<sup>52</sup> *Vid.* el nuevo [Proyecto de Ley de Empleo](#), todavía en tramitación.

<sup>53</sup> RD 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

<sup>54</sup> Art. 1, Ley 30/2015.

<sup>55</sup> Art. 2, Ley 30/2015.

<sup>56</sup> Arts. 40.1, RDL 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, y 1.2, RD 694/2017.

<sup>57</sup> Art. 8, Ley 30/2015.

<sup>58</sup> Arts. 5.1.a y 9, RD 694/2017.

<sup>59</sup> Sobre esta modalidad formativa y sus implicaciones *vid.* L. MELLA MÉNDEZ, *La empresa como entidad formadora de los trabajadores, especialmente en competencias digitales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 56.

en sus períodos de suspensión. También se podrá aplicar a los trabajadores de los colectivos cuyo régimen de cotización contemple el pago de la cuota de formación profesional, para cubrir sus propias necesidades formativas en las mismas condiciones que las previstas para la formación programada por las empresas. Esta modalidad admite una enorme flexibilidad tanto temporal como de contenido, debiendo respetarse siempre con respecto a la misma, el derecho de información y consulta de la representación legal de los trabajadores, siendo su duración mínima de dos horas. También estarán sujetas a seguimiento control, y evaluación por la Administración Pública competente.

Una segunda modalidad son las actividades programadas por las Administraciones Públicas para trabajadores ocupados. Se desarrollan de forma complementaria a la anterior y responden a necesidades específicas sectoriales, intersectoriales o cualificación o reconocimiento profesional. Pese a su denominación, esta oferta formativa permite la participación de personas desempleadas hasta en un 30%, y se llevan a cabo mediante alguno de los siguientes programas:

- a. programas de formación sectoriales. Se componen de acciones dirigidas a desarrollar acciones formativas de interés general para un determinado sector y para satisfacer necesidades específicas de formación del mismo. Estas últimas también podrán dirigirse al reciclaje y recualificación de trabajadores procedentes de subsectores en crisis;
- b. programas de formación transversales contemplan acciones formativas dirigidas a obtener competencias transversales a varios sectores de actividad que deben ser objeto de atención prioritaria;
- c. programas de cualificación y reconocimiento profesional. se orientan a lograr que todos los trabajadores (ocupados y desempleados) avancen y completen las cualificaciones profesionales mediante procedimientos que avalúen y acrediten las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral y que combinen el reconocimiento de dichas competencias<sup>60</sup>.

Las actividades formativas de las Administraciones públicas dirigidas a trabajadores desocupados estarán ajustadas tanto a las necesidades formativas individuales, de cada trabajador, como a las necesidades del sistema productivo, con el objeto de que adquieran las competencias requeridas por el mercado de trabajo y mejoren su empleabilidad. Con este fin se articulan programas de formación de los Servicios Públicos de Empleo dirigidos a cubrir las necesidades formativas detectadas en los itinerarios personalizados de inserción y en las ofertas de empleo, otros

---

<sup>60</sup> Arts. 10, Ley 30/2015, y 20, 22 y 23, RD 694/2017.

específicos dirigidos a personas desempleadas con necesidades formativas especiales o con dificultades para su inserción o recualificación profesional, así como planes formativos que incluyan compromisos de contratación<sup>61</sup>.

En esta oferta formativa pueden participar las personas desempleadas, inscritas como demandantes de empleo en los servicios públicos (salvo que dicha inscripción no se exija legalmente), otorgándose prioridad a los desempleados con bajo nivel de cualificación.

Por lo que respecta al desarrollo de las actividades de formación<sup>62</sup>, se potencia también el régimen de alternancia con las empresas, así como la teleformación, de ser posible. Por supuesto, están habilitadas para desarrollar tales actividades las Administraciones Públicas competentes en materia de formación profesional para el empleo, bien a través de centros propios adecuados para impartir formación o bien mediante convenios o conciertos con entidades o empresas públicas o privadas que estén debidamente acreditadas y/o inscritas y cumplan los demás requisitos establecidos al efecto.

Finalmente, la eficacia del sistema precisa que se dote a los trabajadores de los mecanismos que les permitan contar con el tiempo y recursos necesarios para su formación.

Las opciones de financiación<sup>63</sup> contemplan múltiples modalidades en su mayoría provenientes bien de las correspondientes cotizaciones en la parte correspondiente a la cuota de formación profesional, del presupuesto del Servicio Público de Empleo, o ayudas de las Comunidades Autónomas, a la que se suman también aportaciones provenientes de la Unión Europea ya sea del Fondo Social Europeo o de cualquiera de las iniciativas antes señaladas.

En principio, la financiación del sistema de formación profesional para el empleo proviene de la cuota de formación profesional y de aportaciones específicas del presupuesto del Servicio Público de Empleo, aunque también se prevé la aportación de fondos propios por las Comunidades Autónomas y la cofinanciación a través del Fondo Social Europeo o de otras iniciativas europeas, sin perjuicio de la cofinanciación en parte de las empresas y de modalidades de financiación o aportaciones privadas según los casos. Todos ellos podrán asignarse con arreglo a distintas técnicas siendo las más frecuentes las bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la seguridad social, concursos de contratación pública, subvenciones a entidades organizadoras, concesión de cheques formación

---

<sup>61</sup> Art. 28, RD 694/2017.

<sup>62</sup> Art. 14 ss., Ley 30/2015.

<sup>63</sup> Arts. 6, Ley 30/2015, y 8 y 32, RD 694/2017.



a desempleados o concesión directa de subvenciones mediante becas, ayudas para gastos de distinto tipo, en los que deberá atenderse siempre al principio de convocatoria abierta y concurrencia competitiva.

No se agotan con lo expuesto, desde luego, las opciones posibles de formación o reciclaje en competencias digitales o de índole, toda vez que los expresados sistemas coexisten con otras figuras que pueden desarrollarse al margen de los sistemas oficiales de formación, como cursos de todo tipo realizados a iniciativa de los propios trabajadores o prácticas en empresas que pueden partir de la propia programación empresarial o de acuerdos colectivos o de colaboración con entidades privadas y se suelen conceder tras la oportuna convocatoria o proceso de selección, normalmente acompañadas de una beca o ayuda similar.

No debemos olvidar, de otra parte, la garantía representada por los derechos que la ley contempla para hacer realmente efectiva la formación y promoción profesional de los trabajadores<sup>64</sup>. En concreto – y siempre sin perjuicio de la posibilidad de mejora o ampliación mediante la correspondiente regulación convencional – el art. 23 ET establece, al respecto:

1. El trabajador tendrá derecho:

- a) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo y a acceder al trabajo a distancia, si tal es el régimen instaurado en la empresa, y el puesto o funciones son compatibles con esta forma de realización del trabajo, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.
- b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional.
- c) A la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.
- d) A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

[...]

3. Los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años. El derecho se entenderá

---

<sup>64</sup> R. POQUET CATALÁ, *El derecho a la formación profesional del trabajador*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 8.

cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva. Sin perjuicio de lo anterior, no podrá comprenderse en el derecho a que se refiere este apartado la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes. En defecto de lo previsto en convenio colectivo, la concreción del modo de disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario.

Como puede observarse, la regulación contemplada para estos derechos tiene el carácter de regulación mínima o básica, toda vez que el propio legislador ha remitido su desarrollo a la regulación convencional, de modo que será en la negociación colectiva en la que se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos; exigiendo eso sí, que en dicha regulación se ajusten los convenios a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo.

En cuanto tales derechos, pueden y deben hacerse exigibles en vía judicial, en caso de incumplimiento<sup>65</sup>, para cual se habrá de acudir desde el punto de vista de la correcta técnica procesal, al procedimiento ordinario<sup>66</sup>. A esta consecuencia habrá que sumar la correspondiente responsabilidad administrativa por la infracción cometida al amparo del art. 7.10 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 (LISOS), que tipifica como infracción grave a los actos u omisiones contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el art. 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Y todo ello, para concluir, al margen de la relevancia que la falta de formación pueda tener como hecho determinante de la improcedencia de los denominados “despidos tecnológicos”<sup>67</sup> realizados con base en el art. 52.ª ET<sup>68</sup> o de los motivados por la falta de adaptación del trabajador a los

---

<sup>65</sup> La STSJ Castilla y León 106/2013, de 26 de febrero, establece que su exigencia por el trabajador no puede canalizarse a través del proceso de tutela de derechos fundamentales (derecho a la educación), sino a través del proceso ordinario.

<sup>66</sup> *Vid.* Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, art. 76 ss.

<sup>67</sup> Sobre los despidos tecnológicos *vid.* R. ROJAS ROSCO, *El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales*, en E. ORTEGA BURGOS (dir.), *Nuevas tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, 2022.

<sup>68</sup> En múltiples ocasiones se ha insistido en que, aunque la automatización o digitalización pueda incluirse en este supuesto, debe igualmente existir una relación de causalidad y la debida razonabilidad y proporcionalidad entre la misma y la decisión adoptada (*vid.* STSJ Madrid 745/2019, de 7 de octubre).

nuevos requerimientos técnicos introducidos en su puesto de trabajo, en virtud de lo prevenido en el art. 52.*b* ET tal y como se puede deducir del criterio seguido por las sentencias de los tribunales recaídas en procedimientos de despido.

Así, en el primer supuesto al amparo, por ejemplo, de una posible falta de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y con relación al segundo, teniendo en cuenta que la empresa está obligada, con carácter previo a la extinción de la relación laboral, a ofrecer al trabajador formación específica dirigida a facilitar la adaptación a las modificaciones tecnológicas operadas. Solo si la persona trabajadora, después de recibir el ofrecimiento de la oportuna formación, no se hubiera adaptado a los referidos cambios y siempre que éstos fueran también razonables, y hubieran transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o finalizó la formación, la empresa podría proceder a la extinción por causas objetivas.

## 5. Conclusiones

Resulta innegable que los mercados y la tecnología imponen e impondrán en el futuro, cambios constantes. En este contexto, el mantenimiento del empleo requiere que los trabajadores sean capaces de adaptarse y además que se dote a los colectivos con mayores dificultades de capacitación de herramientas formativas que les permitan acceder al mercado laboral o mantenerse en el mismo. Ahora bien, en el cumplimiento de este objetivo deben también contar con empresas valientes e innovadoras que sean conscientes de la relevancia de la inversión en el capital humano y tanto unos como otros, con la ayuda e impulso decidido de los poderes públicos. Ciertamente el desarrollo tecnológico es imparable, pero no por ello debe convertirse en un elemento generador de una nueva y moderna esclavitud para el ser humano.

El futuro de un trabajo para todos en condiciones de igualdad y dignidad es, en suma, trabajo de todos los agentes sociales. Facilitar la formación, y una formación que sea accesible a todos, es garantía de construcción de un mercado laboral tan innovador y tecnológico como equitativo y humano.

## 6. Bibliografía

CAMAS RODA F. (2022), *La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral*, en *Trabajo y Derecho*, n. 94

- COMISIÓN EUROPEA (2023), [La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030](#), en [commission.europa.eu](#), 20 enero
- COMISIÓN EUROPEA (2023), [Plan de Acción de Educación Digital \(2021-2027\)](#), en [commission.europa.eu](#), 4 enero
- COMISIÓN EUROPEA (2022), [Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales](#), en [commission.europa.eu](#), 22 diciembre
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO (2019), [Trabajar para un futuro más prometedor](#), OIT
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO (2018), [La influencia de la tecnología en la calidad y la cantidad del empleo. Nota informativa 6](#), OIT
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2021), [La digitalización de la economía. Actualización del Informe 3 | 2017](#), Informe CES, n. 1
- CONSEJO EUROPEO, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2020), [Plan de Recuperación para Europa](#), en [www.consilium.europa.eu](#), 24 junio
- EUROPEAN COMMISSION (2023), [The Digital Europe Programme](#), en [commission.europa.eu](#), 31 enero
- EUROPEAN COMMISSION (2023), [European Skills Agenda](#), en [commission.europa.eu](#), 27 enero
- FREY C.B., OSBORNE M.A. (2017), *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, en *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 114, pp. 254-280
- GARCÍA PIÑEIRO N., *Política de empleo y nuevas tecnologías*, en E. MONREAL BRINGSVAERD, J. THIBAUT ARANDA, Á. JURADO SEGOVIA (coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, 2020
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), [Carta Derechos Digitales](#)
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), [Plan Nacional de Competencias Digitales](#)
- MELLA MÉNDEZ L. (2020), *La empresa como entidad formadora de los trabajadores, especialmente en competencias digitales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 56
- MERCADER UGUINA J.R. (2022), *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch
- MERTENS L. (2018), [La revolución tecnológica 4.0 y su impacto en las competencias de las personas: ¿disrupción o evolución?](#), en [www.amedirh.com.mx/blogrh](#), 15 octubre
- MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL (2022), [España Digital 2026](#), en [portal.mineco.gob.es](#), 15 septiembre

- OIT (2017), *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*
- POQUET CATALÁ R. (2013), *El derecho a la formación profesional del trabajador*, en *Aranzadi Social*, n. 8, pp. 239-258
- QUINTERO LIMA M.G. (2017), *Las nuevas necesidades formativas en el marco de la digitalización y demás avatares 4.0 (la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible como herramientas docentes)*, en *Lan Harremanak*, n. espec., pp. 128-149
- ROJAS ROSCO R. (2022), *El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales*, en E. ORTEGA BURGOS (dir.), *Nuevas tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA M.Y (2021), *Robótica inclusiva: rendimiento económico y empleo*, en *Arbor*, n. 802, artículo 626, pp. 1-14
- SCHWAB K. (2016), *La cuarta revolución industrial*, Debate
- SCHWAB K. (2015), *The Fourth Industrial Revolution. What It Means and How to Respond*, en [www.foreignaffairs.com](http://www.foreignaffairs.com), 12 diciembre
- SIERRA BENÍTEZ E.M. (2017), *La Protección Social de los Trabajadores ante el desafío del Nuevo Trabajo a Distancia, del Trabajo Digital y la Robótica*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 11, pp. 135-161
- SUÑÉ LLINÁS E. (2020), *Derecho e inteligencia artificial, De la robótica a lo posthumano*, Tirant lo Blanch
- WORLD ECONOMIC FORUM (2020), *The Future of Jobs Report 2020*
- WORLD ECONOMIC FORUM (2018), *The Future of Jobs Report 2018*

### *Páginas web*

Europass: <https://europa.eu/europass/es>

Pact for Skills: [https://pact-for-skills.ec.europa.eu/index\\_en](https://pact-for-skills.ec.europa.eu/index_en)

# Formación profesional y educación para nuevas competencias como política pública en América Latina

Eleonora PELIZA\*  
Paula Costanza SARDEGNA\*\*

---

**RESUMEN:** La difusión de las nuevas tecnologías y la digitalización han repercutido en todas las dimensiones de la gestión de los recursos humanos, desde la contratación hasta la gestión del rendimiento, la formación y el desarrollo, o la satisfacción de los empleados. Así, hemos aprendido que no basta con que un país incorpore las nuevas tecnologías, sino que este proceso de modernización debe ir seguido de nuevos paradigmas de aprendizaje en la educación. Nuestra investigación se centra en la exploración y explicación de los diferentes programas y políticas en Latinoamérica (Estrategia o Planes) para el Desarrollo de Competencias – TVET (educación y formación técnica y profesional) – que buscan garantizar la empleabilidad individual y la productividad. Recientes informes de la OIT y CEPAL, evidencian que el desempleo juvenil en Latinoamérica alcanzó un nivel nunca registrado. Así pues, el debate y análisis no sería completo ni auténtico, si no consideráramos primero cuales son los principales caracteres y configuración mercado de trabajo de nuestra región, sobre los que deberían impactar los programas o estrategias de formación para las nuevas competencias. Una política nacional de desarrollo de competencias bien definida es vital para un crecimiento sostenible y equilibrado. Se necesitan nuevos enfoques de la educación y la formación, debido a la obsolescencia de las cualificaciones existentes.

**Palabras clave:** Latinoamérica, formación, desarrollo, nuevas competencias, sistemas educativos.

**SUMARIO:** 1. Objetivo de este trabajo. 2. El contexto, analizar el presente con visión en el futuro. 3. Formación para nuevas competencias: ¿cuáles? 4. Programas de formación para nuevas competencias: principales hallazgos, caracteres, programas destacados. 5. Generalidades. 6. Desafíos. Conclusiones. 7. Bibliografía.

---

\* Profesora Protitular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina); Profesora en la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina); Miembro del Comité Ejecutivo de ILERA (Suiza); Juez del Trabajo en la Provincia de Buenos Aires (Argentina).

\*\* Abogada; Secretaria de investigación y desarrollo tecnológico, Universidad de la Marina Mercante (Argentina).

## Professional Education and Training for New Competencies as Public Policy in Latin America

---

**ABSTRACT:** The spread of new technologies and digitalization have impacted all dimensions of human resource management, from recruitment to performance management, training and development, or employee satisfaction. We have learned that it is not enough for a country to incorporate new technologies, this modernization process must be followed by new learning paradigms in education. Our research focuses on exploring and explaining the different programs and policies in Latin America (Strategy or Plans) for Skills Development – TVET (technical and vocational education and training) – that seek to ensure individual employability and productivity. Recent ILO and ECLAC reports show that youth unemployment in Latin America has reached an all-time high. Thus, the debate and analysis would not be complete or authentic if we did not first consider the main characteristics and configuration of the labor market in our region, on which training programs or strategies for new competencies should have an impact. A well-defined national skills development policy is vital for sustainable and balanced growth. New approaches to education and training are needed due to the obsolescence of existing skills.

*Key Words:* Latin America, training, development, new competencies, educational systems.

## 1. Objetivo de este trabajo

En un contexto caracterizado por la incertidumbre como consecuencia de la pandemia y el impacto la revolución digital, que se traducen en grandes cambios en cuanto a las habilidades requeridas, la automatización y en la desaparición y creación de puestos de trabajo, nuestro trabajo se ha centrado en a) el análisis del contexto sociolaboral imperante y b) los diferentes programas y políticas en la región (estrategias o planes), que buscan adecuar la oferta educativa para la formación y el desarrollo de nuevas competencias, a fin de garantizar la empleabilidad, la productividad individual y propender hacia desarrollo sostenible en Latinoamérica.

## 2. El contexto, analizar el presente con visión en el futuro

Debatir la adecuación de la oferta educativa a las nuevas exigencias del mercado laboral es un ejercicio difícil que requiere una visión amplia del futuro<sup>1</sup>.

No obstante, no es sólo necesaria una visión de futuro sino también del presente. Así pues, el debate y análisis no sería completo ni auténtico, si no consideráramos primero cuales son los principales caracteres y configuración mercado de trabajo de nuestra región, sobre los que deberían impactar los programas o estrategias de formación para las nuevas competencias.

En una región como la de América Latina – la región del mundo con mayores brechas educativas (calidad y pertinencia de la educación) y niveles de desigualdad de ingresos<sup>2</sup> –, consideramos que para elaborar propuestas que generen resultados concretos y positivos, mediante una oferta formativa idónea para el desarrollo de competencias y habilidades que demanda el mercado de trabajo, debe considerarse el “contexto”, es decir, la realidad socio laboral imperante, la estructura y heterogeneidad del mercado de trabajo latinoamericano.

Así pues, el “contexto” al que hacemos referencia se conforma pues, por “déficits” en materia de empleo, empleabilidad y formación característicos de la región. Nos referimos concretamente a los déficits respecto de la cantidad, la calidad del empleo y al déficit en materia de formación en habilidades y competencias.

---

<sup>1</sup> CEPAL, OEI, [Educación, juventud y trabajo. Habilidades y competencias necesarias en un contexto cambiante](#), 2020.

<sup>2</sup> OIT, [El futuro de la formación profesional en América Latina y el Caribe. Desafíos y lineamientos para su fortalecimiento](#), 2017.



### *Déficit en la cantidad*

Desde ya hace años (2014-2021)<sup>3</sup> se comprueba en nuestra región que las tasas de participación laboral, tanto de hombres como de mujeres, tienen una tendencia decreciente – las personas salen del mercado de trabajo – con el consecuente descenso de la tasa de ocupación.

La caída constante de la demanda de empleo está principalmente vinculada con la desaceleración económica regional, provocada fundamentalmente por la baja empleabilidad, la obsolescencia de las habilidades, que incidieron en el aumento del desempleo en la última década. Particularmente las mujeres y los jóvenes (18-24 años), tienen mayores dificultades para ingresar al mercado de trabajo, y la crisis financiera internacional y la post pandemia han agravado aún más los obstáculos de este grupo para acceder a los mercados laborales y al trabajo decente.

Los jóvenes duplican la tasa promedio desempleo<sup>4</sup>, enfrentan una mayor intermitencia laboral, explicada por las intensas entradas y salidas de la fuerza de trabajo. Esa mayor inestabilidad ocupacional, se asocia a la prevalencia en actividades informales, precarias, de baja calificación y precisamente esa elevada rotación ocupacional atenta contra la posibilidad de acumular calificaciones específicas dificultando, así, su trayectoria laboral futura<sup>5</sup>.

### *Déficit en la calidad*

Uno de cada dos trabajadores en la región labora en el sector informal. Dicha informalidad continúa siendo uno de los desafíos más importantes para los mercados de trabajo de la región.

Precisamente los panoramas laborales de OIT para la región de la última década revelan, que cuando desciende la tasa de desempleo, la creación de nuevos puestos de trabajo, no se da en primer término en sector formal de empresas, sino en el sector informal. Y precisamente, el sector informal constituye el 48% de la fuerza laboral latinoamericana.

### *Déficit en la formación y capacitación*

Si bien ha habido avances últimos 20 años, sobre todo en acceso a

---

<sup>3</sup> Cfr. OIT, *Panorama laboral*, en [www.ilo.org](http://www.ilo.org), 5 octubre 2012.

<sup>4</sup> CEPAL, OIT, *Trabajo decente para los trabajadores de plataformas en América Latina*, Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe, 2021, n. 24.

<sup>5</sup> J. WELLER, *La problemática inserción laboral de los y las jóvenes*, CEPAL, 2003.

educación primaria y secundaria, quedan muchos desafíos pendientes. Un reciente informe de la CEPAL, revela que 17 millones de niños y jóvenes se encuentran fuera del sistema educativo<sup>6</sup>.

Por otra parte, la región padece una alta deserción escolar: sólo alrededor del 45% se gradúa<sup>7</sup>. Uno de cada cinco jóvenes en la región de entre 15 y 24 años – unos 30 millones de personas – no está matriculado en la escuela ni está empleado.

Existe también una brecha en materia de formación, es decir, acceso desigual a los sistemas de educación y formación en todos los niveles educativos<sup>8</sup>.

Estas desigualdades se asocian con diferencias en la oferta educativa respecto a: a) su contenido y calidad (mayoritariamente se propende a la formación sólo en competencias básicas, lecto-escritura matemática); b) la infraestructura, el tamaño de las escuelas, condiciones edilicias; c) en la formación del profesorado; d) en los resultados de aprendizajes alcanzados por los estudiantes. Evidencia lo descripto el resultado de la prueba PISA (*Programme for International Student Assessment* de la OCDE)<sup>9</sup>, el puntaje promedio de los países asiáticos es más de un 20% superior al de los países de América Latina y el Caribe.

### *Bajo nivel de competencias y habilidades*

Entendemos por competencias, el conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas que permiten a los individuos realizar una actividad o tarea de manera adecuada y sistemática, y que pueden aprenderse, adquirirse y ampliarse a través del aprendizaje<sup>10</sup> y por habilidades la aplicación y utilización de conocimientos para analizar y realizar tareas, resolver problemas, comunicarse y relacionarse con otros.

Los niveles de habilidades de la fuerza de trabajo latinoamericanos continúan siendo bajos en comparación a países desarrollados. En la mayoría de los países de la región, la población con bajas habilidades continúa siendo el grupo predominante en la población adulta<sup>11</sup>, y sólo

<sup>6</sup> CEPAL, OEI, *op. cit.*

<sup>7</sup> S. SMECK, M. OVIEDO, A. FISZBEIN, *Educación dual en América Latina. Desafíos y oportunidades*, Diálogo Interamericano, 2019.

<sup>8</sup> CEPAL, UNESCO, *La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*, 2020.

<sup>9</sup> UNESCO, *Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2020. América Latina y el Caribe. Inclusión y educación: todos y todas sin excepción*, 2020.

<sup>10</sup> OCDE, *Diagnóstico de la OCDE sobre la Estrategia de Competencias, Destrezas y Habilidades de México. Resumen ejecutivo*, 2017.

<sup>11</sup> A. FISZBEIN, B. CUMSILLE, S. CUEVA, *La capacitación laboral en América Latina*, The Dialogue, Laureate International Universities, 2016.

Argentina, Chile y Panamá tienen niveles que se asemejan a los del promedio de la OCDE.

El bajo nivel de habilidades y competencias trae como consecuencia problemas de empleabilidad y productividad: las empresas requieren habilidades y competencias que los recursos humanos no poseen. La productividad de América Latina es de 0,76% en relación a la productividad total promedio de Estados Unidos. Esto significa que, usando la misma cantidad de recursos (fuerza de trabajo y capital), la producción de nuestra región sería aproximadamente 25% más baja que la de Estados Unidos<sup>12</sup>.

### 3. Formación para nuevas competencias: ¿cuáles?

Los déficits a los que aludimos pueden sintetizarse con los siguientes datos: 30 millones de desempleados, 145 millones de personas trabajando en la informalidad (48% del total de la fuerza de trabajo), un 30% de personas bajo la línea de pobreza, un desempleo promedio joven del 21%<sup>13</sup>.

Así como la inversión en innovación, educación y empleo dirigida a los segmentos juveniles es central para generar bases sólidas para crear oportunidades para acceder a mejores condiciones sociales, económicas, laborales, la reducción de la pobreza y la desigualdad; la formación en nuevas competencias (incluyendo aquellas para desempeñarse en el mundo digital), es fundamental para facilitar la inclusión social y laboral en la región. Así pues, una de las cuestiones clave es identificar y caracterizar las competencias que deben promover los sistemas educativos y programas de formación en nuestra región que permitan superar esta realidad.

Para responder estos interrogantes los estados latinoamericanos están replanteándose las directrices educativas y de formación en los contextos sociopolítico, institucional y pedagógico. Ello así dado que el aprendizaje basado en competencias – que es de naturaleza pedagógica – se debe articular con una organización curricular basada en competencias – de naturaleza institucional – y una política educativa centrada en un modelo de competencias-de naturaleza sociopolítica<sup>14</sup>.

Al respecto puede destacarse la propuesta de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación la Ciencia y la Cultura (OEI) – en el marco de la Agenda 2030 –, en la se mencionan diez competencias clave a

<sup>12</sup> G. CRESPI, A. FERNÁNDEZ-ARIAS, E. STEIN (eds.), *¿Cómo repensar el desarrollo productivo? Políticas e instituciones sólidas para la transformación económica*, BID, 2014.

<sup>13</sup> OIT, *Panorama Laboral 2021. América Latina y el Caribe*, en [www.ilo.org](http://www.ilo.org), 2 febrero 2022.

<sup>14</sup> A.P. LABORINHO ET AL. (coords.), *Miradas sobre la educación en Iberoamérica 2020. Competencias para el siglo XXI en Iberoamérica*, OEI, 2020.

implementarse en los programas de formación en los 20 países de la región que la integran<sup>15</sup>.

Las competencias básicas a implementarse son: la comunicación en la lengua materna; la comunicación en lenguas extranjeras; la competencia matemática y las competencias básicas en ciencia y tecnología; la competencia digital; aprender a aprender; las competencias sociales y cívicas; el sentido de la iniciativa y el espíritu empresarial; la conciencia y la expresión culturales<sup>16</sup>.

No obstante, debemos señalar que los datos estadísticos revelan la formación para estas habilidades se encuentran desarrolladas desigualmente; en particular, en el caso de las habilidades cognitivas complejas, con significativas brechas entre los distintos grupos de la población y que, en general, presentan un bajo grado de desarrollo en los países de menores ingresos de la región, constituyendo de esta forma un obstáculo para aprovechar los beneficios asociados con la revolución industrial actual y profundizando las desigualdades padecidas históricamente<sup>17</sup>.

En un reciente documento publicado conjuntamente por la CEPAL y OEI, donde se analizan las prioridades de la oferta educativa latinoamericana y la necesidad de desarrollar las habilidades que faciliten la transición entre la educación y trabajo, revelan que el 70% de los países que forman parte del estudio han reconocido que no se sigue modelo basado en formación de competencias en diseño curricular y que el 50% de los mismos, no se han actualizado al impacto de la revolución digital<sup>18</sup>.

Asimismo, el documento evidencia que el concepto de competencia, en la región está menos asociado a las nociones de capacidad, destreza y habilidad y más relacionado con en el sentido de “saber hacer”, es decir una concepción meramente operativa. También el análisis mostró, un bajo grado de desarrollo en países de menor ingreso, y en aquellos de ingreso medio un desigual acceso a formación para las de las siguientes competencias/habilidades.

---

<sup>15</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>16</sup> A.P. LABORINHO ET AL. (coords.), *op. cit.*

<sup>17</sup> CEPAL, OEI, *op. cit.*

<sup>18</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. (*cf.* CEPAL, OEI, *op. cit.*).

#### 4. Programas de formación para nuevas competencias: principales hallazgos, caracteres, programas destacados

En las ofertas educativas y programas de formación profesional que tienen por finalidad la formación para nuevas competencias en nuestra región, se distinguen dos dimensiones: 1) aquellas que se dirigen a estudiantes o no estudiantes; 2) si éstas son gestionadas por entidades públicas o privadas.

Hemos concluido en nuestra investigación que la mayoría de los programas que se dirigen a estudiantes, son a aquellos que están inscriptos en instituciones secundarias o universitarias, complementando su educación formal con experiencia laboral práctica a través de asociaciones con empresas.

Los programas que se dirigen a jóvenes no estudiantes comprenden normalmente graduados de la educación secundaria o personas que han desertado, a causa de situaciones económicas vulnerables. En su mayoría no tienen por finalidad sólo la capacitación, sino también forman parte de programas de sustitución de ingresos y paliativos contra la pobreza y desocupación.

Los programas privados (ya sea con fines de lucro o sin fines de lucro) operan independientemente del Estado, aunque pueden estar sujetos a leyes nacionales laborales, educativas o específicas de aprendizaje, que varían ampliamente según el contexto. Podemos destacar el desarrollo de los laboratorios remotos en Argentina, de iniciativa tanto pública como privada, a los que nos referiremos más adelante<sup>19</sup>.

Los programas públicos, que son los más eficaces en términos de capacitación e inserción en el mercado de trabajo, son generalmente dirigidos por los gobiernos nacionales, más comúnmente a través de los ministerios de educación trabajo, o institutos técnicos nacionales como SENAI (Brasil), SENA (Colombia), INA (Costa Rica), INADEH (Panamá), Servicio SENATI (Perú) y MTEYSS (Argentina), entre otros<sup>20</sup>.

##### *Programas destacados SENAI (Brasil), SENA (Colombia)*

En el Brasil podemos destacar el SENAI (Servicio Nacional de Formación Industrial), que es la mayor institución de formación profesional y tecnológica de América Latina. El SENAI, convoca a más de 2,3 millones

---

<sup>19</sup> S. SMECK, M. OVIEDO, A. FISZBEIN, *op. cit.*

<sup>20</sup> SENAI (Servicio Nacional de Formación Industria, Brasil), SENA (Servicio Nacional de Aprendizaje, Colombia), INA (Instituto Nacional de Aprendizaje, Costa Rica), SENATI (Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial), MTEYSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Argentina).

de trabajadores brasileños cada año. Es un organismo paraestatal que brinda soporte a 28 áreas industriales siendo sus principales destinatarios de sus programas trabajadores, jóvenes y adultos de la industria y el comercio.

Sus programas tienen como finalidad la formación en competencias a fin de desarrollar habilidades no técnicas y socioemocionales como la organización, la profesionalidad, la resolución de problemas.

Precisamente, una de las finalidades de sus programas es que a la formación impartida sea más relevante para las necesidades del mercado, fomentando una colaboración público-privada más estrecha; proporcionando a los jóvenes habilidades concretas y experiencia laboral. En sus programas se aplica una metodología de “aprender haciendo”.

Para la modernización de la asistencia técnica, y formación en nuevas competencias en la industria SENAI contrató al instituto Fraunhofer IPK de Berlín, que le transfirió conocimientos de la instrucción en la planificación y creación de centros de innovación, ya hay más de 130 proyectos contratados para la formación en nuevas competencias y habilidades, que provocaron la reestructuración de los 28 institutos de capacitación.

Algunas empresas del sector automotriz de Brasil han contado desde el comienzo con el SENAI como socio para solucionar su demanda de nuevas competencias acordando normas de aprendizaje.

En Colombia el SENA (Servicio Nacional de Aprendizaje), desarrolla programas de formación profesional certificada y complementaria a través de la intermediación laboral, la orientación vocacional y la investigación del mercado laboral. Cuenta con plataforma de acceso virtual de capacitación, utilizando proyectos orientados o “situaciones problemáticas para aprender”.

En la actualidad el SENA trabaja en programas de formación conjunta en empresas que operan en el ámbito como la microelectrónica. También brinda capacitaciones en el área de industria y servicios a través de sus plataformas digitales (SENA SOFIA, Territorium). También, Cloudlabs es una plataforma que brinda herramientas de simulaciones de fase inmersiva e intuitiva, presentada como un “juego” o gamificación brinda capacitación sobre física, matemática, agricultura, electrónica, robótica, gestión ambiental, gestión energética, entre otras.

Tanto el SENAI como SENA, se caracterizan por su prospección, ello es análisis y estudio para la anticipación de demandas para la formación profesional. Ambas instituciones han superado el viejo paradigma aún imperante en la región de aulas talleres de mera formación para pasar a la crear centros de innovación, con laboratorios de investigación básica aplicada. También, ambos países basan sus proyectos en sistemas

colaborativos, de solución de problemas.

En el SENAI y SENA, el acercamiento a los temas de productividad innovación y competitividad, conllevó una diversificación de en los programas de formación incluyendo servicios de desarrollo de capacidades productivas, evidenciándose en sus egresados la adquisición de nuevas competencias, principalmente competencia digital; adaptabilidad, aprender a aprender, competencias sociales y el espíritu empresarial.

### *Laboratorios Remotos (Universidad de la Marina Mercante Argentina)*

Los laboratorios remotos, en el campo de la Ingeniería, surgieron como un complemento a la enseñanza de la experimentación presencial y fortalecieron la Educación Superior. La evolución en este tipo de enseñanza, si bien se debió principalmente al avance de las tecnologías de la información, también han cobrado particular relevancia debido a la pandemia de la Covid-19.

Las prácticas en laboratorio remoto se erigen como un modelo que innova con la creación de nuevos enfoques y métodos de enseñanza, donde la pedagogía y la tecnología se acercan y articulan en pos de la excelencia académica para la inclusión socio-laboral.

Los laboratorios remotos se pueden considerar como una evolución de los laboratorios virtuales<sup>21</sup>. Al sistema computacional se agrega instrumentación, control y acceso a equipos de laboratorio reales. Estos laboratorios remotos son herramientas tecnológicas compuestas por software y hardware que permite a los estudiantes realizar sus prácticas, de manera remota, como si estuvieran en un laboratorio tradicional. El acceso se realiza a través de internet o mediante una red académica de alta velocidad. Una separación, tanto física como psicológica, entre los estudiantes y la infraestructura física del laboratorio; y una interfaz mediante tecnología que es utilizada para reducir la distancia. Ambos factores han sido mostrados en la literatura para evidenciar la forma en la cual los estudiantes aprenden, cambiando los contextos en los cuales ellos construyen sus conocimientos<sup>22</sup>.

Se ha evidenciado que son herramientas fuertemente inclusivas porque permiten a estudiantes de distintas regiones del país acceder a prácticas de formación profesional de carácter experimental que favorecerán su

---

<sup>21</sup> M. MAUREL, N.A. DALFARO, H.F. SORIA, *El laboratorio virtual: Una herramienta para afrontar el desgranamiento*, Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Innovación y Educación, 2014.

<sup>22</sup> E. LINDSAY, M. GOOD, *Effects of laboratory access modes upon learning outcomes*, en *IEEE Transactions on Education*, 2005, vol. 48, n. 4.

posterior inserción laboral. Las prácticas que se realizan a través de laboratorios remotos no pretenden formar profesionales sin el contacto real con los dispositivos, sino facilitar un análisis más profundo acerca del funcionamiento de los circuitos, mediante la recopilación de una mayor cantidad de datos. Su potencial como una herramienta útil para el aprendizaje y la formación científico-tecnológica genera un fuerte impacto educativo y proyecciones laborales. Los laboratorios remotos, como acceso a laboratorios reales, empezaron a ganar importancia en el contexto de la educación a distancia desde el año 2003. Entre los años 2004 y 2006 se realizó un estudio para verificar la cantidad de laboratorios remotos a nivel mundial por un grupo de investigadores de Alemania, quienes encontraron que, en 2004, había 70 laboratorios remotos con un 90% destinado a carreras de Ingeniería y en 2006, 120 laboratorios de los cuáles el 70% correspondía a carreras de Ingeniería.

En nuestra región puede destacarse la iniciativa en 2010 de cuatro universidades colombianas, las cuales conformaron el grupo GEMA: Universidad Tecnológica de Colombia, Universidad Católica de Pereira, Universidad Católica de Manizales y la Universidad de Medellín y desarrollan el laboratorio remoto Physil@b, una propuesta metodológica orientada hacia la enseñanza y comprensión de la física, basada en las tecnologías de la información y la comunicación.

En Argentina, la Facultad de Ciencias Exactas, Ingeniería y Agrimensura de la Universidad de Rosario se conformó, en 2012, un sistema de dispositivos interconectados que permite el monitoreo a distancia de la eficiencia de calefones solares en el lugar de su emplazamiento. Lo denominó laboratorio remoto móvil y lo utilizó para la evaluación de la eficiencia energética de calefones solares en el sitio donde éstos estuviesen emplazados.

En 2017 comenzó el desarrollo de un laboratorio remoto en la Universidad de la Marina Mercante en el que participan activamente docentes y estudiantes de las carreras de Ingeniería Electrónica e Ingeniería en Sistemas. En 2018, luego de la aprobación por parte de la Secretaría de Investigación de la Universidad, comienza a desarrollarse el proyecto. La investigación se coordinó con las carreras de Ingeniería Electrónica e Ingeniería en Sistemas y las cátedras de Proyecto Final de ambas carreras y se materializó en el desarrollo de la Plataforma Web. Su utilización como recurso pedagógico mediado por tecnología, innova en el proceso de enseñanza-aprendizaje, como una herramienta multiplicadora y de inclusión socio-laboral.

Cabe señalar que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Argentina, por Resolución 696/2021, de 8 de noviembre, declaró de interés laboral a las actividades de investigación, desarrollo tecnológico e



innovación realizadas por el Laboratorio Remoto de la Facultad de Ingeniería de la UdeMM. Decidió otorgar el reconocimiento en tanto principal interesado y tutor de toda práctica y política que favorezca la inserción laboral. Consideró también que, al tratarse en este caso de jóvenes graduados, la práctica profesional laboral adquiere aún mayor relevancia. La realización de prácticas en Laboratorios Remotos ha permitido a los estudiantes operar de manera simultánea dispositivos reales, guiándose por una interfaz con un mismo equipamiento, resultando un recurso valioso desde la perspectiva didáctica y el interés educativo, proveyendo un medio para la enseñanza en la experimentación con una reducción significativa de los costos para las instituciones educativas y la ventaja de enriquecer la experiencia de los estudiantes.

## 5. Generalidades

Dejando ya el análisis particular de las iniciativas particular del SENA, SENAI, y Laboratorios Remotos, a fin de resumir nuestros hallazgos generales, podemos enunciar como caracteres comunes de los planes y programas de formación para nuevas competencias a nivel regional los siguientes.

### *1) Formación o capacitación en el lugar de trabajo-subsidios*

Los gobiernos nacionales de América Latina se han concentrado en brindar formación o capacitación en el lugar de trabajo, a través por medio de la intermediación laboral. La interacción con el sector empleador es un factor clave en la implementación de estos programas, los cuales en su mayoría brindan de subsidios a la contratación de jóvenes, (reducción a las contribuciones patronales o subsidios salariales para las empresas que contraten a este grupo de trabajadores. (Programas Argentina Chile Brasil México Colombia). Los programas son mayoritariamente en el sector industria, y el comercio, (Brasil, Colombia, Argentina, Costa Rica y Panamá) y en sectores como la minería (Chile, Perú).

### *2) Destinatarios*

Los destinatarios de estos programas principalmente son jóvenes (18 a 24 años), adultos desocupados, con bajos niveles educativos, escasa experiencia laboral o calificación y en situación de vulnerabilidad socioeconómica.

### 3) Formación dual

Bajo el lema el espacio de trabajo es también un espacio de aprendizaje y haciendo se aprende, los programas impartidos por los programas SENAI (Brasil), SENA (Colombia), SENAC (Chile). Este tipo de formación les ha permitido a los países antes mencionados, superar algunas de las barreras de entrada al mercado laboral, como la falta de experiencia laboral, de habilidades técnicas o especializadas y abordar otras vulnerabilidades, como la reconversión (*up-skilling* y *re-skilling*) en un contexto de automatización de muchas ocupaciones o la inserción laboral de personas de alta edad (en general mayores de 45 años)<sup>23</sup>.

Como dato positivo cabe señalar que en los últimos siete años, estos programas de formación han incrementado la participación laboral de jóvenes y mujeres en el mercado de trabajo: SENSE (Chile) 32,17%; SENAI (Brasil) 18,19%; SENA (Colombia) 49,49%; INET MTEySS (Argentina 6,54%); mejorando la accesibilidad y la calidad de la inserción en el mercado laboral<sup>24</sup>.

No obstante, se ha evidenciado también algunos aspectos negativos o debilidades en los programas analizados:

1. falta de capacidad institucional. En algunos países luce evidente la falta de capacidad institucional para desarrollar e implementar, monitorear la aplicación de normas y reglamentos, así como la falta de coordinación o de intercambio entre los agentes públicos y privados. Es necesario crear mecanismos para que los educadores y las empresas colaboren, intercambien información y apoyo operativo, etc.;
2. financiamiento insuficiente/ineficaz. El gasto público en este tipo de iniciativas es insuficiente y muchas veces se asigna de manera ineficaz. Los informes y documentos dan cuenta que mayoritariamente el financiamiento público no es estratégico para aumentar la cobertura, crear sostenibilidad y ayudar a asegurar la calidad y relevancia del programa que se trate<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> S. SMECK, M. OVIEDO, A. FISZBEIN, *op. cit.*

<sup>24</sup> A.P. LABORINHO ET AL. (coords.), *op. cit.*

<sup>25</sup> OIT, *El futuro de la formación profesional en América Latina y el Caribe. Desafíos y lineamientos para su fortalecimiento*, cit.

<sup>25</sup> S. SMECK, M. OVIEDO, A. FISZBEIN, *op. cit.*

## 6. Desafíos. Conclusiones

Más allá de los aspectos positivos y negativos reseñados, también el nuestro trabajo nos ha permitido evidenciar algunos de estos desafíos:

- a. necesidad de un cambio de paradigma en los diseños curriculares: como se ha señalado más arriba, la organización de las propuestas curriculares de la educación básica y obligatoria no sigue plenamente un modelo basado en las competencias, descritas más arriba propuestas por la OEI, o “habilidades para el futuro” es decir aquellas y destrezas que permiten a las personas interactuar en y con su entorno para potencializar un mundo digital, promover la innovación e integrar cualquier tipo de tendencia, por más técnica que esta sea<sup>26</sup>;
- b. estrategias en formación vs. programas de sustitución de ingresos: Muchos de los programas existentes, tienen más bien una finalidad tuitiva/paliativa, propios de los programas de sustitución de ingresos, en lugar de políticas coordinadas para la inserción laboral y formación en competencias y habilidades. (Principalmente en México, Argentina). El desafío pues es de garantizar una adecuada transición de jóvenes en programas de protección social hacia programas con claros objetivos de empleo, coordinar la complementariedad entre ambos o bien combinar políticas activas con otros programas no vinculados al empleo;
- c. heterogeneidad estructural de los sectores productivos versus sistemas educativos. Muchos de los diseños curriculares, y programas de formación que permiten desarrollar diversas competencias y habilidades muchas veces no encuentra un correlato en una demanda modernizada de mano de obra. Es decir, el alto grado de heterogeneidad estructural de los sectores productivos latinoamericanos plantea grandes desafíos a los sistemas educativos.

Se ha caracterizado a los países de América Latina como economías a tres velocidades<sup>27</sup> o como pertenecientes a tres siglos distintos. En primer lugar, un sector muy moderno, altamente concentrado en capital y tecnologías, que opera con capitales internacionales, dinámico y capaz de adaptarse a rápidos cambios asociados a la irrupción de la competencia y de tecnologías de punta o crisis económicas como a la que asistimos producto de la pandemia del Covid-19.

En segundo término, un sector moderno conformado principalmente por empresas medianas con acceso más limitado a capital y a las innovaciones

---

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> CEPAL, *Trigésimo período de sesiones: Países de América Latina y el Caribe presentan economías de “tres velocidades”*, en [www.cepal.org](http://www.cepal.org), 1° julio 2004.

tecnológicas y más orientado a mercados internos. Por último, un amplio conjunto de unidades productivas pequeñas más ligadas con actividades económicas tradicionales, con escaso acceso a recursos financieros e innovaciones tecnológicas, con niveles de productividad bajos y que genera muchas veces trabajos de carácter informal.

Si alrededor del 80% del empleo latinoamericano se genera en los sectores de baja productividad y en la pequeña y mediana empresa, el desarrollo de habilidades adaptadas a los desafíos del siglo XXI no necesariamente se verá reflejado en mejores empleos, ya que precisamente la mayoría de puestos de trabajo no requieren dichas competencias<sup>28</sup>.

Es necesario profundizar en la región las alianzas público-privadas entre el sector educativo y los sectores productivos para poder proyectar a largo plazo la evolución de la demanda laboral y, por lo tanto, las respuestas de los sistemas de formación y educativos frente a esas perspectivas de futuro, para así propender a la inclusión social.

En nuestra región la elevada tasa pobreza está asociada a las muy bajas remuneraciones, el conjunto amplio de ocupados en el sector informal y de asalariados precarios es el resultado también de sus bajos niveles de calificación. Esto ha sido destacado reiteradamente por la OIT CEPAL, a mayor desigualdad del mundo en desarrollo obedecería a la mayor diferenciación en la oferta laboral en términos de su productividad, basada, a su vez, exclusivamente en la dotación de capital humano. Es un círculo vicioso los trabajadores con reducida capacitación son los que están en su mayoría ocupados en los establecimientos de baja productividad, características que también comparten quienes se desempeñan precariamente en empresas del sector formal.

La educación es un eje clave de la inclusión social y un eslabón fundamental para la inclusión laboral y el aumento de la productividad<sup>29</sup>.

Los esfuerzos de transformación de los sistemas educativos y de capacitación requieren ir acompañados de esfuerzos de inversión e innovación de los sectores productivos promovidos por alianzas entre el sector público y privado.

Así pues, los gobiernos regionales deberán identificar las competencias que deben promover los sistemas educativos/organismos de capacitación ya no en el sentido de saber hacer, en una concepción meramente operativa, sino desde la perspectiva de saber actuar en el contexto, lo que requiere de diversos conocimientos.

---

<sup>28</sup> CEPAL, OEI, *op. cit.*

<sup>29</sup> CEPAL, OIT, *Políticas de protección de la relación laboral y de subsidios a la contratación durante la pandemia de COVID-19*, Coyuntura Laboral América Latina y el Caribe, 2021, n. 25.

La verdadera justicia social requiere tiempo y cambios estructurales en la sociedad, para ello es Imprescindible aplicar un enfoque “global”, siempre teniendo en claro que el empleo es la llave maestra hacia la igualdad, que la educación propende a la verdadera movilidad social y libertad, siempre recordando que los hombres y mujeres necesitados, no son hombres libres<sup>30</sup>.

## 7. Bibliografía

AKTAN B. (1996), *Distance Learning Applied to Control Engineering Education*, Thesis Master of Science in Electrical and Computer Engineering, College of Engineering, Oregon State University

CAPUTO D.C. (2021), [Laboratorios de acceso remoto innovando en Educación Superior](#), en [RADI](#), vol. 17, pp. 15-17

CEPAL (2004), [Trigésimo período de sesiones: Países de América Latina y el Caribe presentan economías de “tres velocidades”](#), en [www.cepal.org](#), 1º julio

CEPAL, OEI (2020), [Educación, juventud y trabajo. Habilidades y competencias necesarias en un contexto cambiante](#)

CEPAL, OIT (2021), [Políticas de protección de la relación laboral y de subsidios a la contratación durante la pandemia de COVID-19](#), Coyuntura Laboral América Latina y el Caribe, n. 25

CEPAL, OIT (2021), [Trabajo decente para los trabajadores de plataformas en América Latina](#), Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe, n. 24

CEPAL, UNESCO, [La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19](#), 2020

COLWELL C., SCANLON E., COOPER M. (2002), *Using remote laboratories to extend access to science and engineering*, en *Computers & Education*, vol 38, n. 1-3, pp. 65-76

CRESPI G., FERNÁNDEZ-ARIAS A., STEIN E. (eds.) (2014), [¿Cómo repensar el desarrollo productivo? Políticas e instituciones sólidas para la transformación económica](#), BID

DÍAZ BARRIGA F., HERNÁNDEZ G. (2002), *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo. Una interpretación constructivista*, McGraw Hill

ESCRITOSDERECHO (2021), [La Segunda Carta de Derechos de Franklin Delano Roosevelt](#), en [www.escritosderecho.net](#), 24 noviembre

FISZBEIN A., CUMSILLE B., CUEVA S. (2016), [La capacitación laboral en América Latina](#), The Dialogue, Laureate International Universities

---

<sup>30</sup> ESCRITOSDERECHO, [La Segunda Carta de Derechos de Franklin Delano Roosevelt](#), en [www.escritosderecho.net](#), 24 noviembre 2021.

HERADIO R., DE LA TORRE L., GALAN D., CABRERIZO F., HERRERA-VIEDMA E., DORMIDO S. (2016), *Virtual and remote labs in education: A bibliometric analysis*, en *Computers & Education*, vol. 98, n. , pp. 14-38

LABORINHO A.P., DÍAZ T., BARROS P., PÉREZ B., MARTÍNEZ A. (coords.) (2020), *Miradas sobre la educación en Iberoamérica 2020. Competencias para el siglo XXI en Iberoamérica*, OEI

LINDSAY E., GOOD M. (2005), *Effects of laboratory access modes upon learning outcomes*, en *IEEE Transactions on Education*, vol. 48, n. 4, pp. 619-631

MAUREL M., DALFARO N.A., SORIA H.F. (2014), *El laboratorio virtual: Una herramienta para afrontar el desgranamiento*, Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Innovación y Educación

OCDE (2017), *Diagnóstico de la OCDE sobre la Estrategia de Competencias, Destrezas y Habilidades de México. Resumen ejecutivo*

OIT (2022), *Panorama Laboral 2021. América Latina y el Caribe*, en [www.ilo.org](http://www.ilo.org), 2 febrero

OIT (2017), *El futuro de la formación profesional en América Latina y el Caribe. Desafíos y lineamientos para su fortalecimiento*

OIT (2012), *Panorama laboral*, en [www.ilo.org](http://www.ilo.org), 5 octubre

RADI (2021), *Entrevista. César Albornoz, Subsecretario de Políticas Universitarias*, en *RADI*, vol. 17, pp. 21-21

SMECK S., OVIEDO M., FISZBEIN A. (2019), *Educación dual en América Latina. Desafíos y oportunidades*, Diálogo Interamericano

UNESCO (2020), *Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2020. América Latina y el Caribe. Inclusión y educación: todos y todas sin excepción*

WELLER J. (2003), *La problemática inserción laboral de los y las jóvenes*, CEPAL

# El impacto de la digitalización del trabajo desde el punto de vista de la privacidad y el ejercicio de los derechos laborales\*

José Eduardo LÓPEZ AHUMADA\*\*

---

**RESUMEN:** El presente estudio analiza los efectos del proceso de digitalización en el trabajo, teniendo en cuenta los estándares mínimos de privacidad y las políticas empresariales en materia de protección de datos personales. Especialmente, se analiza la problemática de las políticas empresariales en relación al uso de los dispositivos digitales y los recursos telemáticos utilizados en el desarrollo de la actividad laboral. De igual modo, se repasan los criterios más importantes desde la perspectiva de las fórmulas empresariales de control de los dispositivos digitales en el ámbito laboral y su repercusión en la intimidad de las personas trabajadoras.

**Palabras clave:** Privacidad, trabajo digital, derechos digitales laborales, uso de dispositivos digitales, protección de datos, facultades empresariales de control.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El proceso de transformación digital desde la perspectiva de la tutela de la privacidad de las personas trabajadoras. 3. La garantía del derecho a la privacidad desde la perspectiva de protección de datos en el ámbito laboral. 4. La problemática de las políticas empresariales de privacidad en relación al uso de dispositivos digitales y recursos telemáticos utilizados en el desarrollo de la actividad laboral. 5. Situaciones conflictivas relativas al uso por parte de los trabajadores de los dispositivos digitales con fines personales. 6. Fórmulas empresariales de control de los dispositivos digitales: seguimiento de su utilización por parte de los trabajadores. 7. Prohibición total de uso personal de los dispositivos digitales y sus efectos en la intimidad del trabajador. 8.

---

\* Este estudio se ha realizado dentro de las acciones del Proyecto de Investigación Labordig, *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, PID2020-112731RB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación.

\*\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alcalá (España); Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España; Investigador Principal de la línea de investigación estable en Relaciones Laborales y Protección Social, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá – IELAT (España); Investigador Titular del IELAT en las líneas de Derecho y de Relaciones Laborales-Protección Social; Responsable del Programa de Doctorado de América Latina y Unión Europea en el contexto internacional de la Universidad de Alcalá.

Las políticas de uso y control legítimo de los medios digitales. 9. Condiciones de acceso al contenido de los dispositivos por parte de la empresa. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.



## The Impact of Digitization of Work from the Perspective of Privacy and the Exercise of Labour Rights

---

**ABSTRACT:** This paper analyses the effects of the digitization process at work, taking into account the minimum privacy standards and company policies regarding the protection of personal data. Especially, the problem of employers' policies in relation to the use of digital devices and telematic resources used in the development of work activity is analysed. In the same way, the most important criteria are reviewed from the perspective of employers' formulas for the control of digital devices in the workplace and their impact on the privacy of workers.

*Key Words:* Privacy, digital work, digital labour rights, use of digital devices, data protection, employer control powers.

## 1. Introducción

El proceso de digitalización representa un auténtico desafío para las empresas, para sus fórmulas de gobernanza y para sus métodos o procedimientos de gestión laboral. Las fórmulas de empleo y uso de las tecnologías en el trabajo tienen un efecto directo en las condiciones laborales y afectan a los intereses de los trabajadores y, en su conjunto, a la propia dinámica de las relaciones laborales. Sin duda, el problema se centra en el registro y tratamiento de los datos personales en relación al uso de los dispositivos digitales utilizados en el trabajo. En estos casos se deben desarrollar nuevas fórmulas de protección especial del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras. Esta nueva dimensión ligada a los datos personales de los trabajadores nos sitúa inevitablemente ante una problemática, que tiene que tener en cuenta la propia implicación de la persona trabajadora en los procesos productivos digitales. En el ámbito laboral se están presentando nuevas situaciones conflictivas ligadas a la intensificación de las tecnologías de vigilancia en el cumplimiento de la prestación de servicios de los trabajadores. Desde el punto de vista jurídico-laboral, se precisa una profunda revisión de la función protectora del Derecho del Trabajo, teniendo en cuenta las nuevas garantías ligadas a la protección de datos de carácter personal y todo ello como presupuesto necesario que asegure una tutela efectiva de la privacidad de los trabajadores.

## 2. El proceso de transformación digital desde la perspectiva de la tutela de la privacidad de las personas trabajadoras

El constante proceso de transformación digital está dando lugar a cambios en las actividades laborales y en la propia organización de las empresas. Se está produciendo una intensificación en la explotación de los datos personales mediante la utilización intensa de nuevas y potentes tecnologías digitales. Esto se une, a su vez, a la creciente explotación de los datos no personales, que provienen del uso de aplicaciones digitales y de las comunicaciones producidas de forma constante en el desarrollo de las actividades laborales. Esta situación se produce en un gran mercado global de datos, que se encuentra presidido por las reglas del libre acceso a la información y que se encuentra expuesto al proceso imparable de innovación y de crecimiento del uso de dichas tecnologías. Los datos ligados a los procesos productivos pueden tener distintas dimensiones en su tratamiento, afectando a fines laborales, comerciales, divulgativos, de

investigación, etc. Sin duda, todo ello genera una nueva dimensión de *big data*, que bien utilizada puede tener efectos positivos, por ejemplo, en la mejora de la productividad o en el desarrollo de los procesos productivos, favoreciendo una mejor organización de las actividades laborales.

De igual modo, el recurso a la inteligencia artificial y a los algoritmos más sofisticados permiten a las empresas nuevas posibilidades en la gestión de sus recursos humanos. Asimismo, estos recursos permiten disponer a las empresas de un conjunto de datos de alto valor vinculados al proceso de producción, que pueden ser objeto de intercambio y que es preciso administrar de la forma más adecuada posible. Toda esta información obliga a las empresas a observar un estricto proceso de tratamiento y contemplar medidas de uso adecuado desde la perspectiva de la privacidad de los trabajadores. El aumento del número de dispositivos conectados a las personas trabajadoras permite monitorizar su trabajo mediante distintas aplicaciones y recursos, que proveen a la empresa información relativa a la salud, a sus hábitos y prácticas personales o, en su caso, a su geolocalización, cuando se trata de trabajadores con movilidad laboral. Junto a los datos de carácter personal, también se encuentran otro tipo de informaciones relativas a la dimensión laboral propiamente dicha, mediante la recopilación de datos que informan a la empresa sobre el rendimiento, la actividad y la ejecución del trabajo<sup>1</sup>.

Está presente, pues, el interés de los trabajadores de conocer los datos que

---

<sup>1</sup> Por todo ello, podemos decir que las fuentes de información relativas al trabajo de las personas se han multiplicado mediante el uso de los dispositivos digitales conectados a los procesos productivos. Esta situación da lugar a un suministro de datos inagotables, que provee a la empresa determinadas informaciones relevantes sobre la actividad de los trabajadores. Con carácter general, se ha destacado el especial potencial que tienen las empresas de recabar datos y que pueden almacenar respecto de la actividad laboral de los trabajadores. Además, esos datos se pueden analizar, desarrollar y explotar en virtud de las nuevas tecnologías y de distintas formas de conexión en bases de datos telemáticas (*blockchain*). Efectivamente, el uso de la tecnología en virtud de la proyección de los algoritmos y del uso de las herramientas de difusión y transferencia de datos representan un gran reto para la privacidad en el ámbito laboral. En relación a esta preocupación podemos destacar distintas acciones de la Comisión Europea, como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Estrategia Europea de Datos*, 19 febrero 2020, COM(2020)66 final. De igual modo, es preciso destacar la proyección del *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, 19 febrero 2020, COM(2020)65 final/2. Dichas acciones parten de la necesidad de dar un nuevo tratamiento al mercado único de datos por medio de una nueva legislación que aborde el tratamiento de los datos de alto valor, previendo nuevas inversiones en infraestructura, tratamiento y utilización de datos. Especialmente importante es la previsión de nuevas reglas que prevean el uso de la inteligencia artificial con bases éticas, que permita una regulación futura protectora de la persona.

se almacenan y con qué fines pueden usarse, así como las consecuencias que se deriva de ello. Este planteamiento se centra en el problema derivado de la pérdida de control de los datos digitales de los trabajadores, que se presenta como una cuestión que cada tiene mayor importancia en el ámbito de las relaciones laborales. Este interés se protege efectivamente en el art. 88 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección de las personas físicas en relación al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de los datos (RGPD). Dicho Reglamento europeo mandata a los Estados de la Unión a delimitar y especificar los derechos de protección de datos en el ámbito laboral. En esencia, esta protección jurídica se basa en un enfoque de aprovechamiento de la digitalización en las organizaciones productivas, pero con un marcado enfoque tuitivo centrado en las personas.

En España, este interés jurídico se contempla específicamente en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD). En el ordenamiento jurídico español se acoge el mandato europeo de concretar y garantizar los derechos de protección de datos en el ámbito laboral<sup>2</sup>. Dicha regulación de contenido laboral se ha realizado por primera vez en la citada LOPD, que define un conjunto de previsiones normativas orientadas específicamente a la garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral. En concreto, la Ley contempla en beneficio de los trabajadores distintos derechos digitales, destacando especialmente el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores por la empresa (art. 87 LOPD)<sup>3</sup>. De igual modo, y desde la perspectiva del derecho a la privacidad del trabajador, se garantiza el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia<sup>4</sup> y de grabación de sonidos en el

---

<sup>2</sup> En relación al tratamiento general de los derechos digitales en el nuevo régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal, *vid.* P.B. MARTÍN MOLINA, *Cuestiones relevantes de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales: los derechos digitales*, en *Actualidad Civil*, 2018, n. 12.

<sup>3</sup> A los efectos de recomendar algunos estudios de referencia sobre la relación existente entre la garantía del derecho a la intimidad y el uso de los dispositivos digitales con fines laborales, *vid.* C. MOLINA NAVARRETE, *Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en M. ARENAS RAMIRO, A. ORTEGA GIMÉNEZ (dirs.), *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin, 2019; A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 151; S. VERDUGO GUZMÁN, *Derecho a la intimidad en internet y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en J.F. RODRÍGUEZ AYUSO (coord.), *Nuevos retos en materia de derechos digitales en el contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi, 2022.

<sup>4</sup> En relación a los criterios orientados a validar el uso de los sistemas de videovigilancia,

lugar de trabajo (art. 89 LOPD) y, por último, el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90 LOPD). Evidentemente, y aunque no esté expresamente citada la protección del derecho a la intimidad, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral del art. 88 de la citada Ley tiene igualmente una conexión directa con la intimidad<sup>5</sup>. Ello se debe a que la invasión del tiempo de no trabajo es una manifestación evidente de atentado a la vida extralaboral, a la intimidad del trabajador, al respecto de la vida personal y familiar y a la garantía del descanso necesario.

Con esta regulación el legislador ha venido a reconocer la proyección de los derechos digitales en el trabajo, contemplando una especial referencia a la tutela del derecho a la intimidad, lo que supone un importante avance en la tutela de los derechos digitales. Se trata efectivamente de un nuevo enfoque en este proceso actual de intensificación de la digitalización, que supone orientar los avances hacia un futuro que garantice una experiencia flexible y segura en el seno de las organizaciones productivas. Evidentemente, esta protección se podía deducir previamente de la propia aplicación de los derechos fundamentales en el trabajo, pero las nuevas referencias a este ámbito de protección del derecho a la intimidad suponen un salto cualitativo desde el punto de vista de las garantías jurídicas<sup>6</sup>.

Con todo, estamos ante una regulación que no es más que un marco de referencia frente a situaciones expansivas de conflictividad en el trabajo. Estas reglas no vienen, pues, a agotar el tratamiento de las posibles manifestaciones de incidencia en el derecho a la intimidad de los trabajadores. En este sentido, podemos destacar la creciente problemática de la garantía de los derechos a la intimidad ante los sistemas de identificación de datos biométricos, que no se encuentran contemplados expresamente en la LOPD. En efecto, se trata de distintas cuestiones que

---

que se extrae de las STEDH, en concreto, de las sentencias *Ribalda II* y *Bărbulescu II*, recomendamos el trabajo de investigación de J. SÁNCHEZ PÉREZ, *El conflicto entre el control empresarial y el derecho a la intimidad en la era de las nuevas tecnologías*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, n. 59, pp. 481-482.

<sup>5</sup> En relación a la delimitación de la garantía de la desconexión digital en el ámbito laboral, *vid.* A. TODOLÍ SIGNES, *Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el trabajo*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021; F.A. VALLE MUÑOZ, *Art. 20 bis. derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión*, en S. DEL REY GUANTER (dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2022.

<sup>6</sup> La nueva regulación supone superar una situación previa de ausencia de regulación concreta de los derechos digitales en el trabajo, permitiendo ahora resaltar legalmente su importancia y concretar los límites y las garantías adicionales que vienen a condicionar los poderes de control del empleador respecto del desarrollo de la actividad laboral.

no se encuentran expresamente contempladas en el art. 87 LOPD y que requiere una especial sensibilidad respecto de su protección jurídica<sup>7</sup>. Con todo, la normativa de protección de datos en clave de tutela de los derechos digitales laborales contempla un evidente canon de interpretación normativa, que proporciona seguridad y ofrece un tratamiento adecuado del interés legal objeto de protección jurídica<sup>8</sup>.

De igual modo, podríamos referirnos a la posible afectación al derecho a la intimidad en relación a la aplicación de los recursos de la inteligencia artificial. Esta situación se produce especialmente en sus manifestaciones de alto riesgo, que se pueden desarrollar en las actividades laborales y que especialmente repercuten en los procesos de valoración de los trabajadores en el desempeño de sus prestaciones de servicios. El tratamiento de la inteligencia artificial en el ámbito laboral necesita de una respuesta efectiva, especialmente desde la óptica de la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores. Es decir, nos encontramos ante un reto orientado a reducir los riesgos derivados del empleo de la inteligencia artificial y de los algoritmos en el trabajo. Especialmente en este ámbito la legislación y la respuesta jurisprudencial tiene que adaptarse en virtud de principios clave de protección jurídica, teniendo presente los cambios vertiginosos que se están produciendo en el trabajo digital. Sin duda, la automatización del trabajo y la aplicación de la inteligencia artificial está dando lugar a nuevos contornos del poder de dirección y de organización de la empresa, modulando las prestaciones de servicios, que se expone igualmente por esta vía a nuevas manifestaciones de control del trabajo por parte de las empresas<sup>9</sup>. Dicha automatización del trabajo se produce en nuevos ámbitos, como sucede con los servicios desarrollados en virtud de plataformas digitales, así como mediante el recurso a aplicaciones y servicios digitales

---

<sup>7</sup> La regulación del art. 87 LOPD ha dado lugar a nuevas situaciones conflictivas, que ha generado un importante debate en la doctrina iuslaboralista. *Vid.* J. QUIRÓS HIDALGO, *Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de dispositivos digitales por persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 452; J.L. GONISEIN, *Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en J. BAZ RODRÍGUEZ (dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, CISS, 2021.

<sup>8</sup> En este sentido, conviene destacar la relevancia de la aplicación del “juicio de idoneidad” para poder realizar por parte de la empresa registros de correo personal o del ordenador personal. *Vid.* J. SÁNCHEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 479-480.

<sup>9</sup> Una vez más, tenemos que destacar que la regulación de nuevas garantías digitales en nuestra legislación tiene una importancia esencial, puesto que viene a destacar la necesidad de limitar legalmente los poderes de disposición y control de los empleadores en el trabajo. En este sentido, podemos destacar el manifiesto por un nuevo pacto digital de telefónica, que ya en el año 2022, venía a manifestar una decidida apuesta por la digitalización, que podría utilizarse igualmente en beneficio de las personas.

que tienen una evidente proyección en los derechos de los trabajadores. Estas situaciones se manifiestan muy especialmente en el ámbito del control empresarial. La regulación de la normativa de protección de datos viene a reforzar la anterior referencia a la limitación de las potestades empresariales, que se referían genéricamente a la necesidad de tener en cuenta la consideración debida a la dignidad de la persona trabajadora (art. 20.3 ET). En este mismo sentido podemos destacar la incorporación del art. 20-*bis* ET, introducido por la DF 13ª LOPD. En esta disposición normativa se asegura asimismo la garantía de los derechos digitales de los trabajadores, con una remisión normativa a su ejercicio en virtud de lo ahora dispuesto en la normativa general de protección de datos personales. Antes de estos cambios normativos nos encontrábamos con referencias legales ciertamente superadas por la realidad y por la casuística jurisprudencial. La regulación genérica de la protección del derecho a la intimidad daba lugar a la sucesión de distintos pronunciamientos judiciales, en muchos casos contradictorios, que dificultaba, en muchos casos, la abstracción de criterios jurisprudenciales unívocos. La posición del Tribunal Constitucional, así como de la doctrina del Tribunal Supremo, han abordado la problemática de los derechos digitales en el entorno laboral, pero ciertamente dicha respuesta se ha producido de forma incipiente y genérica desde el punto de vista de su protección jurídica<sup>10</sup>.

Por todo ello, no cabe duda de que la actual regulación de protección de datos en clave de tutela de los derechos digitales laborales ha supuesto un evidente avance en la limitación de los poderes empresariales. Los derechos digitales laborales ahora se reconocen sobre las máximas de protección de datos, primando la necesidad de controlar los mecanismos y dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores. El uso de dichos dispositivos y recursos facilitados por la empresa deben garantizar en todo caso el derecho a la intimidad de los trabajadores frente a los poderes de control de los empleadores. De igual modo, la regulación de los derechos digitales laborales en clave de protección de datos permite asegurar un uso preventivo y justificado de los dispositivos digitales en el trabajo y con ello

---

<sup>10</sup> En este sentido, en muchas ocasiones se producía un reconocimiento de situaciones tutelables, pero con consecuencias jurídicas débiles, y siempre desde la óptica de la aplicación concreta al caso de referencia del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho a la intimidad. Y todo ello sin olvidar las soluciones jurisprudenciales basadas en el reconocimiento del carácter prevalente de la discrecionalidad empresarial a la hora de configurar el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral. *Vid.* M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, [Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad](#), en [Lex Social](#), 2020, n. 2.

asegurar un comportamiento empresarial justificado de forma preventiva. Dicho comportamiento empresarial facilita deducir la propia razonabilidad de las decisiones adaptadas desde la perspectiva del control de las actividades laborales. La regulación de los derechos digitales permite asentar nuevas prácticas en el acceso a los contenidos y a los datos que proporcionan dichos dispositivos electrónicos. Asimismo, se fomenta el desarrollo de decisiones empresariales de control con mayores garantías desde la perspectiva de la seguridad jurídica. El actual canon jurídico de interpretación es, en suma, una regulación que reduce en la práctica los riesgos de incurrir por parte de las empresas en supuestos de vulneración del derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores y a la garantía de sus datos personales.

### **3. La garantía del derecho a la privacidad desde la perspectiva de protección de datos en el ámbito laboral**

El art. 87 LOPD realiza una referencia expresa al derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición del empresario. En este sentido, conviene plantearse si dicha previsión normativa se refiere en exclusiva a la intimidad desde una interpretación estricta, o si también dicha protección alcanza con carácter general a la privacidad. Este último planteamiento supondría incluir a efectos tuitivos al derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho a la protección de datos personales en el ámbito objetivo de protección. Podríamos entender que dicha referencia alude exclusivamente al derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales, al igual que sucede en otros derechos reconocidos en la misma Ley, en los que en ningún momento se hace referencia expresa a la privacidad. En este sentido, se podría entender que la delimitación del precepto no ha tenido la intención de abarcar de forma extensiva a la privacidad o al secreto de las comunicaciones, ya que no se encuentran expresamente referidos en el precepto. Además, podríamos entender que dicha exclusión tendría igualmente un fundamento constitucional, en la medida en que dichos derechos tienen un reconocimiento diferenciado, al encontrarse separadamente en el art. 18, apartados 4 y 3, CE. Sin duda, estaríamos ante la necesidad de superar una noción estrictamente positivista, centrada en la interpretación literal del art. 87 LOPD.

Con carácter general, es preciso indicar que la noción de intimidad ha venido transformándose y evolucionando, de modo que se ha producido un desarrollo de la protección de la intimidad. Estaríamos ante una noción de intimidad entendida con un significado amplio, que trasciende de los



planteamientos reducidos de un derecho a la intimidad limitado a la esfera de la vida personal. Evidentemente, la finalidad sigue siendo la exclusión de injerencias de terceros en aspectos íntimos, pero no debemos olvidar que la intimidad también se equipara a la protección de la privacidad, incluyendo la propia protección y el control de los datos personales. Precisamente por esta razón, se debería abogar por una interpretación amplia de la protección del derecho a la intimidad<sup>11</sup>. Sin duda, la gran novedad del art. 87.1 LOPD se basa en la conexión del derecho a la intimidad con la protección de datos de carácter personal. Ello supone una especial protección en las situaciones ligadas al desarrollo del trabajo digital y a la propia digitalización de las actividades productivas. Tradicionalmente, el Tribunal Constitucional venía asegurando en los supuestos de uso del ordenador por parte de los trabajadores con fines laborales, que la acumulación de información que se almacena en un ordenador se protegía como datos sobre la vida privada y profesional. Dicha acción tuitiva formaba ya parte del derecho a la intimidad protegido constitucionalmente<sup>12</sup>.

En este sentido, conviene destacar que la interpretación y, en definitiva, la protección jurídica trasciende del exclusivo derecho a la intimidad. La evolución normativa ha supuesto superar la atención exclusiva a la garantía de la esfera íntima del trabajador, que se encuentra evidentemente reservada, y que tiene un especial ámbito de tutela respecto del uso de dispositivos facilitados por la empresa para la ejecución de la prestación laboral. El debate trasciende de este interés clásico, puesto que el fin es garantizar el derecho del trabajador a impedir que la empresa conozca o realice injerencias en su vida personal y familiar. Esta protección ya se realiza constitucionalmente. Actualmente, el interés de tutela se basa en la necesidad de controlar y salvaguardar el canal de información personal, que se produce por la digitalización del trabajo y que el trabajador cede inevitablemente a la empresa en virtud del contrato de trabajo<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Realmente esta protección ligada al derecho en intimidad del art. 18.1 CE ya se encontraba garantizado con carácter previo a la aprobación de la normativa vigente de protección de datos. Es decir, nos referimos a un planteamiento relativo a la protección de la intimidad ligada a la salvaguarda de la vida privada de las injerencias o de un conocimiento o difusión no querido por la persona afectada.

<sup>12</sup> Precisamente, se venía ya a reconocer que el ordenador era un instrumento que en su labor de emitir o recibir correos electrónicos puede suponer la afectación del derecho a la intimidad de las personas. Dicha incidencia se produce en la medida en que los correos electrónicos pueden registrar datos, que se almacenan en la memoria del terminal informático utilizado en el ámbito laboral. *Vid.* STC 241/2012, de 7 de noviembre de 2012, FJ 13º.

<sup>13</sup> Sin duda, en la actualidad el problema se centra en el registro de los datos personales en los dispositivos digitales utilizados, activando, pues, una vía de protección adicional y

Desde esta concepción, la garantía del derecho a la privacidad en el ámbito del trabajo digital viene a reconocer a los trabajadores un poder especial de control y de disposición respecto de los supuestos potencialmente lesivos ligados al empleo de los dispositivos digitales en el trabajo. Ello significa que nuestra legislación vendría a garantizar al trabajador un derecho subjetivo a la protección de su información de carácter personal<sup>14</sup>. Efectivamente, en virtud de esta interpretación evolutiva, irremediamente el art. 87 LOPD vendría a asegurar una concepción más amplia de tutela de la privacidad de los trabajadores, superando la noción tradicional de protección estricta del derecho a la intimidad. En base a la tesis renovada de la privacidad se entiende el alcance de la garantía de los derechos digitales<sup>15</sup>. Asimismo, la jurisprudencia intenta progresar en la interpretación de un derecho de nueva generación, cuya finalidad es la protección de la intimidad del trabajador en el sentido más amplio posible<sup>16</sup>.

#### **4. La problemática de las políticas empresariales de privacidad en relación al uso de dispositivos digitales y recursos telemáticos utilizados en el desarrollo de la actividad laboral**

La garantía de los derechos digitales laborales tiene como referencia la propia delimitación jurídica del concepto de dispositivos digitales. Se trata

---

especial. Dicha protección se encuentra relacionada con el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE no asegura por sí mismo una protección suficiente respecto de las nuevas realidades derivadas del progreso tecnológico y de la innovación aplicada al trabajo. *Vid.* STC 292/2000, de 30 de noviembre.

<sup>14</sup> Esta protección conlleva irremediamente el poder de control sobre sus datos personales, es decir, sobre su uso y destino, y siempre con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho a la intimidad. *Vid.* STC 292/2000, cit.

<sup>15</sup> Se considera que el bien protegido a efectos de tutela se identifica en sentido amplio con los derechos vinculados al entorno digital laboral. Como ha entendido el Tribunal Supremo, el derecho a la intimidad de los trabajadores y de los empleados públicos se garantiza a partir de la propia proclamación de un derecho al entorno digital y en el contexto de dar respuesta a las potenciales acciones lesivas de los intereses de los trabajadores en el ámbito de las nuevas tecnologías digitales. *Vid.* STS pen. 489/2018, de 23 de octubre.

<sup>16</sup> De este modo, se consigue una protección más amplia de la persona en relación a las informaciones registradas en los dispositivos tecnológicos empleados por el trabajador y que son propiedad de la empresa. Esta tesis permite realizar una interpretación amplia del art. 87 LOPD y con ello superar un concepto que trasciende a la intimidad en sentido estricto y abarca a un conjunto más amplio ligado a la privacidad de los trabajadores en el uso de los dispositivos digitales, en consonancia con la propia protección de los datos personales de los trabajadores.

de un presupuesto previo necesario, contemplado en la declaración del derecho de los trabajadores y de los empleados públicos a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por sus empleadores (art. 87 LOPD). Evidentemente, la referencia genérica a los dispositivos digitales puestos a disposición por las empresas abre una interpretación amplia sobre el alcance de dicha referencia legal. Esta delimitación interpretativa es básica a los efectos de asegurar una garantía jurídica final de los derechos digitales en el trabajo. Con carácter general, sería preciso interpretar dicho concepto de forma tuitiva, buscando el alcance jurídico más amplio posible<sup>17</sup>.

Podría decirse que está ha venido siendo la tesis mantenida jurisprudencialmente, especialmente en lo que se refiere a la garantía del derecho a la privacidad del trabajador. Este criterio jurisprudencial se ha desarrollado a la hora de analizar la repercusión del recurso de los medios de comunicación facilitados por el empresario a efectos del desarrollo de la prestación laboral. En este sentido, entenderíamos dentro del concepto jurídico de referencia una llamada a los diferentes instrumentos y mecanismos que permiten comunicarse y transmitir información ante la digitalización de la actividad laboral. Es decir, nos estamos refiriendo a un tipo de comunicación intangible, ligada a la propia automatización y digitalización de las actividades productivas<sup>18</sup>.

Como decimos, la referencia al término dispositivo digital es sumamente amplia, abarcando cualquier dispositivo técnico, que sea facilitado por la empresa para la ejecución de la prestación de servicios. En definitiva, se trata de los medios necesarios que permitan el desarrollo de los procesos de tratamiento de datos. Sin duda, la intangibilidad de dichos dispositivos digitales, vinculados a la tecnología de la información y de la comunicación, permite la activación de las medidas de cautela y de prevención empresarial

---

<sup>17</sup> Este planteamiento nos permite llenar de contenido la referencia a los dispositivos digitales a los mecanismos basados en la tecnología de la información y de la comunicación entendido en sentido amplio. *Vid.* J. BAZ RODRÍGUEZ, *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Bosch, 2019, pp. 226-227. De igual modo, y en relación al análisis del impacto de uso de los dispositivos digitales en el trabajo, destacamos la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito del desarrollo. El pape de las TIC en la política comunitaria de desarrollo*, 14 diciembre 2001, COM(2001)770 final, pp. 3-4.

<sup>18</sup> Ello permite incluir dentro de la referencia a los dispositivos digitales a cualquier sistema de procesamiento y de transmisión telemática de información ejecutado a través de internet. Ello afecta al procesamiento de información y comunicación a través de la red, a las transmisiones mediante correos electrónicos, a los procesos de transferencia a través de plataformas digitales, a los sistemas de bases de datos en cadena, a la mensajería instantánea, etc.

respecto de su incidencia en la intimidad de los trabajadores. Dicho interés de los trabajadores se encuentra especialmente afectado ante estos objetos inteligentes de registro masivo de datos, así como a la capacidad de transmitir los mismos en virtud de los sensores dotados de capacidad de comunicación telemática<sup>19</sup>. Sin duda, la nota común de dichos dispositivos se encuentra en la posibilidad de tratar y comunicar información del trabajador a través de la digitalización de la actividad laboral. Por todo ello, nos encontramos ante mecanismos que son especialmente sensibles a la hora de incidir en el derecho a la intimidad y que, por tanto, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la garantía de la intimidad a través de los derechos digitales laborales (art. 87 LOPD).

Efectivamente, la normativa está pensando de forma específica en los dispositivos electrónicos puestos a disposición por la empresa. Sin embargo, se plantea igualmente el problema de la posible aplicación de los instrumentos de garantía de los derechos digitales, ligados al derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, cuando dichos dispositivos sean aportados por el propio trabajador (denominados por el anglicismo *Bring Your Own Device* – BYOD). En muchos casos se trata de una práctica que puede ser incluso promovida por los propios trabajadores, debido a la comodidad de usar sus propias herramientas a las que están acostumbrados, propiciando igualmente una mayor eficiencia en el desarrollo de la prestación laboral. Asimismo, esta práctica presupone un tratamiento más flexible en materia de uso de los dispositivos electrónicos y asegura una respuesta más inmediata. Ello se debe al uso personal del trabajador del dispositivo, puesto que se garantiza la portabilidad constante del dispositivo digital a lo largo de todo el día<sup>20</sup>.

Por su parte, igualmente las empresas encuentran esta práctica sumamente atractiva. Esto se debe a la anteriormente mencionada mayor eficiencia y productividad en el trabajo por el uso de los dispositivos propios de los trabajadores. De igual modo, se produce un evidente ahorro de los costes, puesto que son los trabajadores los que soportan los gastos relativos a la

---

<sup>19</sup> En este sentido, dicha capacidad de almacenamiento y transmisión de datos se encuentra hoy en muchos dispositivos, mucho más allá de la idea tradicional ligada al teléfono móvil, a las tablets o a los ordenadores. Actualmente, esta funcionalidad de registro la encontramos en otros dispositivos como son los relojes inteligentes, los dispositivos de búsqueda, pulseras electrónicas, chaquetas inteligentes, entre otros.

<sup>20</sup> En relación a la creciente conflictividad relativa al uso de los dispositivos electrónicos aportados por el trabajador para el desarrollo de la prestación laboral, recomendamos los trabajos de investigación de A. CREMADES CHUECA, *Impacto teórico-práctico del BYOD en el Derecho del Trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 423, y E. COLÀS NEILA, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*, Bomarzo, 2013, pp. 44-45.

adquisición y al mantenimiento de los dispositivos electrónicos. Evidentemente, esta situación será posible en los supuestos de pacto individual, que con carácter general deberá conllevar, a efectos de negociación, una compensación con el fin de evitar el enriquecimiento injusto por parte de la empresa. Con independencia de todas estas cuestiones, relativas al aspecto organizativo o a la perspectiva del coste económico de las herramientas productivas, no cabe duda de que el uso de los dispositivos propios de los trabajadores plantea igualmente situaciones conflictivas desde la perspectiva de la privacidad de los trabajadores. De igual modo, se produce la necesidad de asegurar el ejercicio del trabajo en condiciones de seguridad en la protección de datos, que tiene que proveer la empresa en el desarrollo de las actividades productivas. Ciertamente, en el uso de los dispositivos propios del trabajador se tratan datos personales, así como datos empresariales, y especialmente son más proclives a supuestos de invasión de la privacidad de los trabajadores. Asimismo, este margen de incidencia se potencia en la medida en que se puede acceder a información en cualquier lugar y momento, incluso más allá de la jornada de trabajo, en actos propios de la vida extralaboral de los trabajadores<sup>21</sup>. Desde esa perspectiva, conviene destacar que el art. 87 LOPD se refiere de forma exclusiva a los dispositivos digitales puestos a disposición por el empresario. Ello supone, desde una interpretación literal del precepto, la exclusión del ámbito de aplicación del derecho a la intimidad de los dispositivos personales aportados por los trabajadores. Esta exclusión puede tener un ámbito de acción especialmente relevante, en relación a los supuestos de uso de los teléfonos móviles, tablets u ordenadores personales con fines laborales, lo que presupone la necesidad de contemplar medidas de garantía adicionales<sup>22</sup>. Por ello, debemos entender que no podríamos excluir de forma absoluta la referencia al uso de dispositivos propios, cuando éstos puedan desarrollarse en el ámbito de una relación de trabajo.

<sup>21</sup> Dichos dispositivos propios del trabajador permiten obtener información de la actividad laboral y también información sobre datos sensibles privados del trabajador, al utilizarse el dispositivo electrónico sin limitaciones. Dichas restricciones, en cambio, son usuales cuando se recurre al uso de dispositivos de comunicación puestos a disposición por la empresa con fines laborales. En el uso de los dispositivos propios del trabajador resulta más difícil poder realizar un control de la actividad laboral de los trabajadores sin captar datos relativos a la vida personal o familiar de los empleados.

<sup>22</sup> Esta interpretación vendría a excluir a los dispositivos aportados por los trabajadores, lo cual supone la posible exclusión incomprensiblemente de aquellos supuestos en los que, como hemos comentado, se produzca dichos pactos individuales. Podríamos entender que la norma piensa en el uso de los dispositivos desde una perspectiva estricta de la subordinación laboral, teniendo en cuenta como indicio de subordinación la puesta a disposición de los dispositivos digitales de la empresa.

En estas situaciones la empresa sigue estando obligada a la garantía del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, como derecho fundamental con efectos en las relaciones privadas. Esta afirmación supone que la empresa tiene que garantizar en todo caso el derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de los dispositivos digitales utilizados en el trabajo, con independencia de la propiedad de los mismos. En atención a los intereses anteriormente citados, convendría destacar que, si los medios electrónicos de comunicación gozan de la protección de la intimidad, si los proporciona la empresa y son propiedad de ésta, con mayor razón dicha protección se debería de extender a los medios de comunicación electrónicos que aporte el propio trabajador. Ciertamente, en estas situaciones existe un mayor riesgo de intromisión en la esfera privada de la persona trabajadora y, por otro lado, está igualmente presente el interés de salvaguardar el derecho al secreto de las comunicaciones privadas de los trabajadores.

##### **5. Situaciones conflictivas relativas al uso por parte de los trabajadores de los dispositivos digitales con fines personales**

Cabe plantearse si se puede hacer valer un derecho de los trabajadores a realizar un uso personal de los dispositivos digitales puestos a disposición de la empresa con fines laborales. Es decir, si la garantía del derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales, reconocido en los arts. 20-*bis* ET y 87 LOPD condicionaría la existencia o no, en su caso, del derecho al uso personal por parte del trabajador de los medios informáticos puestos a disposición por la empresa. En determinadas circunstancias, se ha venido a defender la posibilidad de un uso justificado con fines privados de las herramientas informáticas facilitadas por la empresa. Sin embargo, con carácter general, el criterio comúnmente aplicado ha sido la negación de su uso con fines privados. No obstante, esta afirmación solamente se puede deducir en casos justificados, lo cual nos conduce nuevamente a la casuística.

Desde una interpretación literal y estricta, podríamos considerar la tesis favorable al reconocimiento del derecho al uso de los dispositivos con fines privados. Esta tesis se justifica en la medida en que el derecho a la protección de la intimidad en el uso de los dispositivos digitales protegería cualquier uso particular que pudiera hacerse por parte del trabajador. Esta interpretación sería factible en la medida en que la norma únicamente se refiere a la expresión de uso, sin contemplarse otras circunstancias o especificaciones particulares. Ciertamente, esta interpretación amplia de la

palabra uso, empleada de forma genérica por la norma, podría justificar el reconocimiento del derecho del trabajador a usar con fines personales los medios informáticos. Precisamente, dicha referencia genérica permitiría la interpretación de la referencia a la intimidad en el uso de los dispositivos que no se limitaría exclusivamente al uso profesional, sino que aseguraría su recurso en cualquier circunstancia de uso, sea este personal o no.

Desde esta óptica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) opta decididamente por reconocer, en cualquier caso, el ámbito de protección de la privacidad del trabajador. Esta protección comprende asimismo a aquellos supuestos de limitaciones en el uso de los medios digitales<sup>23</sup>. Sin embargo, a pesar de la declaración de dicho efecto por parte del tribunal, no debemos extraer de ello conclusiones definitivas. Es decir, no puede mantenerse, en todo caso, la existencia de un derecho al uso personal de los medios digitales. Ello supone que el reconocimiento de la privacidad en el uso de los dispositivos digitales conlleva con carácter general que la empresa pueda autorizar su uso con fines privados<sup>24</sup>. Con todo, podríamos decir que se reconoce una expectativa de privacidad, incluso en situaciones de prohibición absoluta del uso personal de los dispositivos electrónicos.

De esta perspectiva, el art. 87 LOPD contemplaría la posibilidad de sostener una interpretación análoga. Esta tesis podría permitir un uso personal derivado de la práctica o del hábito, así como de la propia dificultad de diferenciar las comunicaciones y accesos profesionales de aquellos que tienen carácter eminentemente personal. Este planteamiento supone que no podría obligarse al empresario a consentir el uso personal de los medios digitales como manifestación derivada del ejercicio del derecho a la intimidad del trabajador. No obstante, cabría atender también

<sup>23</sup> En este sentido, el TEDH, en la sentencia 5 septiembre 2017, *Bărbulescu vs Romania*, ha venido a reconocer el derecho a la privacidad y a la confidencialidad del trabajador en el uso de los dispositivos informáticos respecto a la información registrada en ellos. En relación al análisis de la problemática de la garantía del derecho a la intimidad desde la perspectiva del canon de interpretación del TEDH, *vid.* C. MOLINA NAVARRETE, [El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?](#), en *Temas Laborales*, 2018, n. 145.

<sup>24</sup> Sin embargo, esta idea dista diametralmente de la afirmación relativa a que se haya reconocido el derecho a un uso personal de dichos medios de comunicación telemática cuando se trata de dispositivos que son propiedad de las empresas. El TEDH no vendría, pues, a reconocer expresamente el derecho al uso de los medios digitales con fines personales. Realmente, dicho tribunal manifiesta contrariamente la posibilidad de que se pueda condicionar el uso personal de los medios informativos y todo ello mediante instrucciones que supongan limitaciones de uso, y que la empresa puede realizar de forma discrecional, mediante instrucciones de limitaciones de uso. No obstante, igualmente puede aceptar una cierta expectativa de ejercicio del derecho a la privacidad.

como índice de aplicación la práctica en el uso de los dispositivos, siempre supeditado a la protección de la intimidad, así como el interés en muchas ocasiones de asegurar a través de dichos dispositivos una utilidad personal o social. Esta idea permitiría su uso personal ocasional para atender situaciones personales ligadas a la vida personal o a la propia conciliación de la vida laboral con la vida familiar.

En estas situaciones se podría defender la posibilidad de efectuar un uso proporcional y moderado de los dispositivos digitales en el puesto de trabajo con fines particulares. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo en su jurisprudencia la posibilidad de reconocer dicho derecho sin necesidad de estar contemplado expresamente en la norma. Se trataría de una aplicación deducida de la propia garantía del derecho fundamental<sup>25</sup>. Debido a la relevancia jurídica del derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales, se podría permitir una garantía del derecho al uso moderado de los recursos digitales puestos a disposición por la empresa. Dicho uso moderado estaría condicionado a su no repercusión en el cumplimiento diligente de las obligaciones laborales y a que no dé lugar a perjuicios para la empresa<sup>26</sup>.

Por todo ello, del art. 87 LOPD no se desprende una prohibición absoluta del uso de dispositivos digitales con fines privados para el trabajador. En base a este razonamiento, el trabajador podría ejercer el derecho al uso personal de los dispositivos digitales de la empresa. Por supuesto, esta posibilidad podría estar contemplada en un convenio colectivo o en un acuerdo de empresa en virtud del art. 91 LOPD. De igual modo, la posibilidad de uso moderado de los dispositivos de comunicación con fines particulares podría venir asegurado por su reconocimiento en los códigos de conducta o en los protocolos de privacidad adoptados por las empresas en su labor de garantía de seguridad jurídica.

---

<sup>25</sup> A modo de ejemplo, esta circunstancia se planteó con el derecho del sindicato al uso de los medios informáticos de la empresa con el fin de transmitir información sindical. Todo ello se fundaba en el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad sindical, dentro de ciertos límites justos. En este sentido, podemos destacar de estos límites generales, por ejemplo, la necesidad de no perturbar la normal actividad de la empresa, ni ocasionar perjuicio a la productividad, ni que la citada práctica imponga mayores gravámenes a la empresa. *Vid.* STC 281/2005, de 7 de noviembre.

<sup>26</sup> Concretamente, en esta línea de interpretación resulta conveniente la referencia a la STSJ Andalucía, Sevilla, 905/2019, de 28 de marzo. En este caso, el tribunal entiende que del análisis de la doctrina constitucional se podría deducir que el trabajador tendría una expectativa razonable de confidencialidad. Ello supone que los trabajadores podrían realizar un uso moderado y con fines privados de los dispositivos digitales facilitados por las empresas como instrumentos al servicio de la actividad laboral.



## 6. Fórmulas empresariales de control de los dispositivos digitales: seguimiento de su utilización por parte de los trabajadores

A efectos de la garantía del derecho a la intimidad, es preciso analizar las condiciones de uso de los dispositivos digitales, teniendo especialmente en cuenta que la protección de la privacidad se puede plantear en distintas situaciones de hecho. Existe, pues, distintas posibilidades relativas para el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores en relación al uso de los dispositivos digitales, especialmente si tenemos en cuenta la regulación de referencia contenida en los arts. 87-90 LOPD y 20-*bis* ET. En primer lugar, podemos destacar que la regulación contenida en el art. 87 LOPD se refiere a la incidencia de los dispositivos digitales, al derecho a la intimidad respecto al uso y a la garantía de no realizar un control invasivo por medio de los dispositivos en el trabajo por parte del empleador. En cambio, en otras llamadas legales más específicas, como sucede en el caso de la videovigilancia o en los sistemas de geolocalización, se reconoce legalmente frente al uso de dichos dispositivos digitales de videovigilancia o de geolocalización en el trabajo, la garantía del derecho a la intimidad frente al control de la empresa (arts. 89 y 90 LOPD)<sup>27</sup>.

En este sentido, podríamos entender que en relación al uso de los dispositivos digitales existe una cierta posibilidad de utilización moderada de los mismos con fines personales. En cambio, en las modalidades de control empresarial, estaría vedada dicha afectación en virtud de la garantía del derecho a la intimidad. Una vez más, gravita sobre este aspecto la posibilidad ya comentada respecto al uso de los dispositivos digitales, de que puedan ser utilizados con fines privados. Esta situación plantea, pues, el interrogante de si los trabajadores únicamente tienen garantizado el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales y si, en cambio, estarían desamparados frente a la empresa cuando ésta accede a los instrumentos digitales facilitados al trabajador con vistas a ejercer el control de la actividad laboral. Evidentemente se trata de un matiz que la norma no aborda, a pesar de la ausencia de referencia expresa, como si se produce en

---

<sup>27</sup> En relación a la incidencia en la intimidad de los trabajadores de los sistemas de geolocalización laboral, *vid.* M.E. CASAS BAAMONDE, M. ÁNGEL QUIROGA, [\*Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de los trabajadores a través de GPS del vehículo de empresa. Despido procedente\*](#), en [\*Revista de Jurisprudencia Laboral\*](#), 2020, n. 9; M. RECUERO LINARES, *Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral*, en J.F. RODRÍGUEZ AYUSO (coord.), *op. cit.*; M. MIÑARRO YANINI, *Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral*, en M. ARENAS RAMIRO, A. ORTEGA GIMÉNEZ (dirs.), *op. cit.*

las llamadas legales al control mediante videovigilancia o geolocalización. Deberíamos también considerar protegido el derecho a la intimidad del trabajador frente al control del empleador realizado a través de los dispositivos digitales. Todo ello significa que el derecho a la intimidad de los trabajadores no se limitaría única y exclusivamente a garantizar la intimidad en el uso, es decir, en los actos relativos a la comunicación o transferencia de información sincrónica. En estos casos evidentemente se produce un uso inmediato de los dispositivos digitales facilitados por la empresa con fines comunicativos, estando afectados los datos o las comunicaciones personales o privadas que se pudieran recibir o emitir con motivo del trabajo. Sin embargo, no cabe duda que la interpretación más garantista consistiría en tratar de forma unívoca las situaciones de uso, así como las de control de la empresa de la prestación laboral. Especialmente, estas últimas deben ser atendidas con fines preventivos y de seguridad por el potencial que supone el hecho de recabar intensamente datos personales y de poder utilizarlos posteriormente en el ejercicio de los poderes empresariales de dirección, organización y sancionador.

Con todo, conviene destacar que el propio art. 87 LOPD regula respecto del acceso a los datos derivados del uso de los dispositivos digitales algunas referencias de importancia. En este sentido, en su apartado 3, se alude expresamente al acceso por parte del empleador al contenido de los dispositivos digitales respecto de los que se hayan admitido su uso. A estos efectos, se exige que se deberán especificar de forma precisa los usos autorizados y se deberán establecer de igual modo las garantías precisas para preservar la intimidad de los trabajadores. Todo ello supone que igualmente en el uso de los dispositivos digitales se estaría garantizando la imposibilidad de desarrollar por parte de las empresas un control desproporcionado o abusivo en el uso de los dispositivos digitales<sup>28</sup>.

Con carácter general, conviene destacar asimismo que la actual regulación en materia de protección de datos ha supuesto un índice adicional de

---

<sup>28</sup> Aunque sea con distintas intensidades por la posible exposición de la intimidad al trabajo digital, evidentemente se puede distinguir el uso de los dispositivos digitales de forma moderada, permitiendo su uso con fines no profesionales. Como sabemos, incluso se ha venido a manejar la posibilidad de que exista un derecho de los trabajadores a este tipo de uso; y, por otro lado, una interpretación más estricta del empleo de los dispositivos digitales en relación al ejercicio de la facultad empresarial de vigilancia del trabajo a través de los contenidos captados por los dispositivos digitales. En cualquier caso, y como estamos analizando, se trata en esencia una obligación empresarial. Deberíamos distinguir todos estos supuestos de la posibilidad relativa a que la empresa venga obligada a respetar el derecho a la intimidad del trabajador, cuando no autorice el uso de los dispositivos con fines privados. Sin duda, todo ello puede suponer en la práctica una evidente dimensión conflictiva del uso de los dispositivos digitales en la relación laboral.

garantía jurídica respecto de la tutela del derecho a la intimidad de los trabajadores. Se han contemplado legalmente garantías defensivas frente al control injustificado de los dispositivos digitales. Precisamente, el art. 87.3 LOPD prevé que las empresas deberán proceder al establecimiento de criterios de utilización de los dispositivos digitales en el trabajo, siempre respetando los estándares mínimos de protección de su intimidad y todo ello de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Nos encontramos, pues, ante una referencia legal de delimitación de los poderes empresariales, realizada inmediatamente después de la proclamación formal del derecho a la intimidad del trabajador en los dispositivos digitales. Este planteamiento supone que el nuevo marco legal ordena la necesidad de disponer por parte de la empresa de una política especial en materia de tratamiento de la privacidad. Dicha política se proyecta en relación con el uso de los dispositivos digitales y en relación a las garantías de la protección de la privacidad de los trabajadores. Sin duda alguna, se trata de una cautela general prevista por la ley, que deberá concretarse casuísticamente, pero que al no descender a dicho detalle la norma, nos obliga a seguir definiendo los criterios de uso aceptable de los dispositivos digitales con fines particulares. En este debate es igualmente preciso resolver la cuestión que venimos comentando en relación a si las empresas pueden establecer prohibiciones absolutas, como política de uso de los dispositivos digitales. Especialmente en estos casos conviene plantearse si ante la prohibición empresarial del uso privado de los dispositivos digitales remitiría la garantía del derecho a la intimidad de los trabajadores.

## **7. Prohibición total de uso personal de los dispositivos digitales y sus efectos en la intimidad del trabajador**

La posibilidad de prohibir totalmente el uso personal de los dispositivos digitales en el trabajo ha sido una cuestión debatida jurisdiccionalmente. Con carácter general, se ha venido reconociendo la legitimidad de la prohibición total por parte de la empresa del uso personal de los instrumentos informáticos puestos a disposición de los trabajadores. Precisamente, deberíamos entender que las empresas pueden establecer dentro de su política de uso de dispositivos digitales, la prohibición de cualquier uso personal de los instrumentos informáticos. Tanto el Tribunal Constitucional, como el propio Tribunal Supremo, han venido reconociendo dicho planteamiento desde la perspectiva de la garantía del

derecho a la intimidad en el ámbito del trabajo digital<sup>29</sup>. En estas situaciones las empresas, en atención a las exigencias de buena fe contractual, deben establecer previamente las reglas de uso de los medios con la aplicación de prohibiciones absolutas o parciales. Una vez establecidas estas cautelas, se activa el deber de informar a los trabajadores sobre la existencia de un sistema de control, debiendo igualmente informar de los medios que se van a aplicar en el trabajo a los efectos de comprobar el uso correcto de los dispositivos. De igual modo, la empresa deberá informar de las medidas que va a adoptar con el fin de garantizar la efectiva utilización laboral de los instrumentos cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como pudiera ser la exclusión de determinadas conexiones en el trabajo.

Se trata, pues, de una cuestión que plantea una evidente controversia, en la medida en que legalmente no se prevé de forma expresa la prohibición del uso personal de los dispositivos electrónicos<sup>30</sup>. Y, por otro lado, la propia eficacia entre privados del derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de los dispositivos digitales vendría a plantear en qué medida la empresa puede limitar el uso de los dispositivos con fines privados, sin incidir directamente en la propia intimidad de las personas trabajadoras. Cabe entender que no existe un derecho al uso personal de los dispositivos digitales, lo que asegura el reconocimiento a la empresa de poder establecer prohibiciones absolutas en el uso de los dispositivos digitales para fines personales. Podríamos concluir indicando que, si no existe dicho derecho al uso de los dispositivos digitales, dicha manifestación se basa en la facultad de la empresa de poder legítimamente prohibir cualquier utilización de los dispositivos digitales con fines particulares o no profesionales<sup>31</sup>. En

---

<sup>29</sup> En este sentido, las sentencias consideran que el empresario estaría facultado a establecer una política explícita relativa al uso de las herramientas informáticas, incluyendo la prohibición de cualquier uso personal de los medios informáticos en el trabajo. Dicho criterio jurisdiccional se ha contemplado directamente en la STS 6 octubre 2011 (rec. 4053/2010), y fue igualmente acogido en la STC 241/2012, cit., así como en la STC 170/2013, de 7 de octubre. En esencia, el criterio jurisdiccional se refiere a la propia obligación empresarial respecto a la política de privacidad.

<sup>30</sup> Con carácter general, se han manifestado por parte de determinados autores la implícita existencia de una prohibición total a la utilización privada de los dispositivos digitales puestos a disposición por parte de la empresa. *Vid.* F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 59, p. 19 ss. No obstante, entendemos que ello requiere de un juicio ciertamente casuístico y de la atención de los intereses concurrentes. Por ello, en algunas circunstancias puede resultar viable la posibilidad de recurrir al uso moderado de los dispositivos digitales laborales con fines particulares.

<sup>31</sup> En relación a las cautelas sobre el ámbito expansivo de desarrollo de las facultades de uso y control de los medios informáticos y de comunicación en el trabajo, *vid.* B.

cualquier caso, deberemos de considerar como excepcional la posibilidad de acceso del empleador al contenido privado de los dispositivos digitales<sup>32</sup>. Esta garantía únicamente remitiría, como excepción, en casos lícitos de control empresarial o incluso en supuestos en los que, ante posibles renunciaciones por parte de los trabajadores, se contemplen las precisas garantías para preservar el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Con todo, se sigue, pues, planteando dudas interpretativas de si incluso después de la aprobación de la legislación vigente en materia de protección de datos se puede seguir considerando que la prohibición absoluta del uso privado de los dispositivos digitales implica la propia desaparición de la confidencialidad. Desde el punto de vista la doctrina del TEDH, asentada en el asunto *Bărbulescu*, conviene indicar que en los supuestos de prohibición de uso personal de los medios e instrumentos tecnológicos no cabría deducir la expectativa general de garantía de privacidad en beneficio de los trabajadores<sup>33</sup>. No obstante, la prohibición absoluta de uso privado de los dispositivos no puede venir a justificar cualquier tipo de control indiscriminado, realizado de forma general respecto de las conversaciones del trabajador. Podríamos entender que no sería lícita la utilización de estos instrumentos para controles empresariales que excedan del carácter profesional. El poder de control de la empresa puede permitir intervenciones justificadas, pero tendrían que interpretarse de forma restrictiva con vistas a garantizar la libertad de las personas trabajadoras y la garantía de su derecho a la privacidad. Esto significa que, con la vinculación de los derechos digitales al ámbito de protección de los datos personales, se protege el derecho a la intimidad en relación al uso de los dispositivos digitales. En caso contrario, se puede producir la supresión absoluta y sin causa del derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos

---

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *La regulación, mediante códigos, del uso y control de los medios informáticos y de comunicaciones puestos a disposición del trabajador y de las secciones sindicales*, en J.L. GONISEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, 2011, pp. 365-366.

<sup>32</sup> En este sentido, se ha puesto de manifiesto la posibilidad de contemplar una prohibición absoluta de uso privado de los dispositivos electrónicos, lo cual no excluye la posibilidad de incidir en la privacidad de los trabajadores. El Tribunal Constitucional, en distintas sentencias, ha venido a confirmar dicha tesis. *Vid.* STS 241/2012, cit., y STS 170/2013, cit. Esta posición ha sido igualmente confirmada por la doctrina del Tribunal Supremo. *Vid.* STS 6 octubre 2011, cit.

<sup>33</sup> En relación a la relevancia de la doctrina del TEDH en el caso *Bărbulescu*, cit., *vid.* A. DESDENTADO BONETE, E. DESDENTADO DAROCA, *La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 1; C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *Comentario de urgencia a la STEDH de 5 de septiembre de 2017. Caso Barbulescu contra Rumanía (Gran Sala). Recuperando la dignidad en el trabajo*, *ibidem*, 2017, n. 10.

digitales, fomentando la discrecionalidad injustificada de la empresa en la adopción de sus decisiones técnicas y organizativas.

Con todo, igualmente se reconoce el interés empresarial de comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales, así como las posibles sospechas de realización de un acto ilícito. Estos presupuestos podrían venir a legitimar el acceso y el tratamiento de los datos personales del trabajador. Esta circunstancia puede producirse en los casos de aplicación de medidas de monitorización de los trabajadores fundamentadas en el interés de proteger los equipos informáticos y los datos explotados por la empresa en sus actividades productivas. Estas facultades deben tener también un justo contrapunto, puesto que en caso contrario ello podría dar lugar a la posibilidad de efectuar un control integral de la actividad de los trabajadores, pudiendo tener acceso a contenidos privados. Ello significa que la validez del control dependerá, incluso en los supuestos de prohibición absoluta por parte de la empresa, de una evaluación global y transversal de la causa concreta que legitima el acceso a la información<sup>34</sup>.

## 8. Las políticas de uso y control legítimo de los medios digitales

La regulación en materia de protección de datos se basa en la obligación de la empresa de elaborar un protocolo de uso de los dispositivos digitales, cuya posible validez está condicionada al respeto de la intimidad de los trabajadores. Ello significa que legalmente se ha configurado una obligación que se basa en una exigencia objetiva de conocimiento del uso y del control de los dispositivos digitales en el lugar del trabajo<sup>35</sup>. Dicha condición en el uso y control de los dispositivos permite a los trabajadores, a la hora de la aplicación de los medios tecnológicos, la posibilidad de valorar la legitimidad del ejercicio de control sobre sus datos personales. Sin duda, se trata de un importante avance respecto del canon jurisprudencial previo,

---

<sup>34</sup> Dicha práctica legítima en el acceso y en la modalidad en la que se produce debería tener en cuenta los criterios asentados por la sentencia de la gran sala del TEDH, contemplados respecto del asunto *Bărbulescu*, cit. En esencia, dichos criterios se basan en la procedencia de la finalidad y en la aplicación del principio de proporcionalidad a efectos de no incidir en el derecho a la intimidad de los trabajadores.

<sup>35</sup> Este criterio protector se encuentra especialmente en la jurisprudencia del TEDH, que se basa en la necesidad de prever garantías frente al abuso empresarial en el control de la actividad laboral. *Vid.* el asunto *Bărbulescu*, cit. Concretamente, en dicha sentencia se contempla que «los tribunales nacionales deben velar por el establecimiento por una empresa de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones, sea cual sea su alcance y duración, vaya acompañado de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos».

que autorizaba el acceso a los correos electrónicos y mensajes del trabajador, incluso en supuestos de ausencia de una política de empresa relativa al uso y a la información previa del trabajador<sup>36</sup>.

Con carácter general, esta tesis tuitiva se encuentra en la actual regulación en materia de protección de datos, al considerar que las empresas deben establecer con carácter previo los criterios de utilización de los dispositivos digitales. Ello supone en la práctica que las empresas deben respetar los estándares mínimos en materia de intimidad. Por ello, actualmente la ley viene a limitar no solamente la adopción del posible uso de los dispositivos digitales, sino que sujeta el poder de control de los datos del trabajador. El registro de los datos personales que se derivan de dichos dispositivos digitales tiene que observar determinados límites que respeten los estándares en materia de garantía de la privacidad<sup>37</sup>. Con todo, se trata de una cuestión que plantea distintos interrogantes, que afectan a la determinación del contenido de la política de la empresa en materia de respeto de la privacidad.

En esencia, podríamos decir que esta obligación empresarial de establecer los criterios de uso de los dispositivos digitales ya presuponía antes de la reforma en materia de protección de datos, la necesidad de elaborar una política de usos aceptables<sup>38</sup>. Actualmente, esta obligación se une a las políticas concretas de respeto del derecho a la privacidad en relación al uso

---

<sup>36</sup> Dicha doctrina relativa a la autorización del acceso al correo electrónico sin existir previamente protocolo o información a los trabajadores se contemplaba en la STC 170/2013, cit. En este caso, la admisión del control empresarial se basaba en la existencia de una prohibición de uso personal establecida en convenio colectivo. Precisamente por ello, dicho fallo vino a servir de criterio que ha influido en la tesis relativa a considerar que la prohibición del uso personal de los dispositivos digitales puede articularse exclusivamente en virtud de la acción de una disposición de carácter general, sin necesidad de tener que adoptar una política empresarial en estos supuestos. Sin duda, esta tesis se encuentra sobrepasada por el actual marco legal de referencia y viene a confirmar otras posiciones jurisprudenciales más acordes con la tesis tuitiva.

<sup>37</sup> En este sentido, se ha contemplado que en virtud de la nueva regulación en materia de protección de datos no cabe una ausencia de política en la empresa, ni una regulación genérica, ni la posibilidad de contemplar como falta sancionable en convenio colectivo el uso indebido de las herramientas informáticas. *Vid.* S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi, 2019, pp. 90-91. Es decir, todo ello presupone la necesidad de respetar los estándares mínimos de protección del derecho a la intimidad y con ello la necesidad de limitar las prácticas respecto de posibles abusos en el control empresarial.

<sup>38</sup> En cierto modo, esta cautela de respetar el estándar mínimo en materia de privacidad mediante protocolos de empresa se contempló incluso antes de la reforma en materia de protección de datos. Precisamente, la STS 26 septiembre 2007 (rec. 966/2006) consideró que las empresas debían de proceder de acuerdo con las exigencias de buena fe, estableciendo las reglas de uso de los medios tecnológicos aplicados al trabajo.

de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores por parte de las empresas. Actualmente, el problema está en la previsión genérica de dicha política empresarial respetuosa con el derecho a la privacidad, puesto que la ley no contempla previsiones concretas, ni precisa dicho deber relativo a la política de usos aceptables de los dispositivos electrónicos. Solamente el art. 87.3 LOPD contempla que el acceso por parte de la empresa al contenido de los dispositivos digitales, que hayan sido admitidos para su uso con fines privados, requerirá que se especifiquen de modo concreto los posibles usos autorizados.

Las empresas deberán cumplir el deber de establecer los criterios de uso de los dispositivos y aplicaciones digitales en el trabajo. En esencia, las empresas tendrán que determinar el uso estrictamente profesional de los dispositivos digitales, en cuyo caso deberán prohibir totalmente el uso con fines personales. También las empresas podrán, en su caso, permitir un uso personal desde los dispositivos empleados en el trabajo con determinadas restricciones, que deberán igualmente concretar. Y, por último, las empresas podrán autorizar la utilización indistinta de los dispositivos digitales en el trabajo, ya sea con fines profesionales o personales, debiendo igualmente especificar las distintas circunstancias en las que se aplique dicha política empresarial. Estamos, pues, ante una interpretación amplia, basada en la necesidad de justificación<sup>39</sup>.

Igualmente, dentro de los parámetros de la política empresarial de uso de los medios digitales, se deberán concretar las finalidades con las que se usen dichos equipamientos y recursos. Se deberá determinar, en caso de permitirse los usos personales, los períodos en los que dichos dispositivos podrán usarse con fines privados y el tratamiento que se va a realizar con dichos dispositivos. Ello significa igualmente la necesidad de contemplar las formas de acceso o de control de las comunicaciones electrónicas, determinando en qué momentos y qué personas pueden acceder a los datos registrados. De este modo, se provee a los trabajadores de la precisa información sobre los usos aceptables e inaceptables de las redes, de los medios y de los recursos digitales de la empresa<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Dicha interpretación trasciende el tenor literal del precepto, en la medida en que la disposición normativa parece referirse únicamente a la obligación de prever de modo preciso los usos permitidos. En cualquiera de las circunstancias, habrá de concretarse la política de uso aceptable y no aceptable. En caso contrario, y en ausencia de dicha precisión, las políticas de uso de las empresas carecerían de utilidad y de funcionalidad, y no vendrían a asegurar transparencia y seguridad jurídica desde la perspectiva de la garantía de la privacidad en el trabajo.

<sup>40</sup> En este sentido, el Dictamen 2/2017, del grupo de trabajo sobre protección de datos de la Unión Europea, de 8 de junio de 2017, sobre el tratamiento de datos en el trabajo,



De igual modo, conviene destacar las observaciones del documento del grupo de trabajo de la Unión Europea, que contemplaba orientaciones especiales relativas al contenido mínimo de las directrices de las empresas en materia de uso del correo electrónico e internet<sup>41</sup>. Precisamente, dichas directrices pueden ser tomadas en cuenta por empresas y trabajadores, como criterios de adaptación, teniendo presente las condiciones de cada empresa, su tamaño y muy especialmente el marco jurídico nacional en relación a la tutela de la protección de datos personales. En este sentido, se recomienda en materia de correo electrónico que las empresas elaboren su propia política y proporcionen información mínima en relación a determinados aspectos. Esta información se refiere a la necesidad de determinar si un trabajador está autorizado a disponer una cuenta de correo electrónico de uso estrictamente personal y si está permitida la utilización de cuentas de correo web en el lugar de trabajo. En estos casos, sería aconsejable que la empresa recomiende a sus trabajadores utilizar cuentas privadas de correo web en relación al uso del correo electrónico con fines exclusivamente personales. De igual modo, sería especialmente conveniente el desarrollo de acuerdos con los trabajadores en relación al acceso al contenido del correo electrónico, que se puede aplicar especialmente cuando el trabajador se ausente del trabajo, debiendo especificar las finalidades de dicho acceso. En cualquier caso, se debería indicar el período de conservación de las posibles copias o registros de protección de los mensajes de referencia. Esta medida conlleva asimismo la necesidad de precisar en qué momento se borrarán de forma definitiva los mensajes electrónicos del servidor. En definitiva, se trata de cuestiones de carácter preventivo y ligadas a la seguridad en el tratamiento de los datos personales.

En relación al uso de internet, sería interesante integrar en el contenido mínimo de las directrices de la empresa determinadas actuaciones, que se pudieran desarrollar conforme a protocolo. En esencia, la empresa tendrá que precisar con claridad a los trabajadores las condiciones en las que se autoriza la utilización de internet con fines privados. Ello supone determinar con carácter previo qué aspectos no pueden visualizar o copiar.

---

destacaba ya como buena práctica, la recomendación de ofrecer a los trabajadores la posibilidad de tener un acceso alternativo no controlado por la empresa. Dicha modalidad de acceso alternativo no controlado se podría realizar en virtud de Wi-Fi gratuito, así como mediante dispositivos o terminales independientes. Estas prácticas se podrían desarrollar con las debidas garantías para asegurar la confidencialidad de las comunicaciones, pudiendo de este modo los trabajadores ejercer su derecho legítimo a utilizar las instalaciones de trabajo para algún uso privado.

<sup>41</sup> *Vid.* Dictamen 2/2017, cit.

En estos casos de restricciones y condiciones de uso de internet, la empresa deberá en todo caso explicar previamente sus directrices a sus trabajadores. De igual modo, deberá informar a los trabajadores sobre los sistemas instalados para impedir el acceso a determinados sitios webs, así como advertir de los mecanismos desarrollados para detectar un posible uso abusivo de la red. Igualmente, deberán determinarse el alcance del control, por ejemplo, si se realiza de forma individualizada o por departamentos de la empresa. También se debería concretar si el contenido de los sitios webs consultados por los trabajadores será visualizado o registrado por la empresa y en qué casos y circunstancias. En la política empresarial deberá también especificarse el uso que se realizará de los datos recogidos en relación a las personas que visitaron determinados sitios webs. Finalmente, se deberá informar a los trabajadores del papel de sus representantes en relación a la aplicación de dicha política, así como en las labores de investigación de las presuntas infracciones empresariales que se puedan realizar<sup>42</sup>.

## 9. Condiciones de acceso al contenido de los dispositivos por parte de la empresa

El art. 87 LOPD contempla la posibilidad de la empresa de controlar los dispositivos digitales puestos a disposición de los empleados. Concretamente, la empresa puede acceder a los contenidos que se derivan del uso de los medios digitales empleados, pero únicamente a los efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales, así como con el fin de garantizar la integridad de estos dispositivos. Ciertamente, los efectos del poder de vigilancia se modulan y varían según las situaciones, existiendo distintos grados de intensidad a la hora de valorar las medidas empresariales de control<sup>43</sup>. Esta situación de control condicionado supone que el empresario no puede acceder a los datos registrados por cualquier motivo, sino que deberá respetar los principios contemplados en la normativa

---

<sup>42</sup> En relación a la problemática del seguimiento de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral destacamos el informe institucional [Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace](#), 29 mayo 2002, 5401/01/EN/Final WP 55.

<sup>43</sup> En este sentido, el TC resalta este carácter modulable, «en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin». *Vid.* STC 241/2012, cit. De este modo, sería legítimo el control de las páginas web visitadas y del correo electrónico del empleado, tanto en su jornada, como al terminar la misma, por ejemplo, durante la pausa de la comida, aunque ello dependerá de se hubiese previsto la prohibición de cualquier uso personal o extraprofesional del dispositivo electrónico.

europea y nacional de protección de datos de carácter personal.

Una vez más, tenemos que referirnos al canon interpretativo del TEDH, en el citado asunto *Bărbulescu*. La sentencia resalta el necesario respeto de una serie de cautelas que determinan o no la validez de los registros y del control de las comunicaciones digitales de los trabajadores. Con carácter general, se demanda informar y notificar previamente al trabajador sobre el posible control de su actividad, así como del grado de intromisión del control empresarial. Asimismo, la empresa deberá contar con un motivo legítimo que venga a justificar el control digital. También dicho control deberá ser estrictamente necesario y no existir otras medidas menos invasivas en la privacidad. Y, por último, se deberá acreditar la adecuación del fin que lo justifique y ofrecer garantías adecuadas a los trabajadores, en esencia la previa comunicación y la información suficiente y clara.

El control empresarial se justifica en el presupuesto de legalidad del tratamiento de los datos personales (art. 6 RGPD). Ciertamente, la posibilidad de control y de tratamiento de los datos derivados de la actividad laboral tiene su fundamento en la propia existencia del contrato de trabajo y dicho tratamiento deviene necesario en tanto legítimo y necesario para la ejecución del contrato de trabajo. Asimismo, debemos destacar que las posibilidades de fiscalización se fundamentan en las facultades de control y dirección del desarrollo de la prestación laboral. En este sentido, podríamos trazar un evidente paralelismo con el art. 20.3 ET. Dicho precepto reconoce a la empresa la posibilidad de adoptar las medidas oportunas de vigilancia y control, con el fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales. Sin embargo, dicho control se encuentra condicionado al respeto en su aplicación de la consideración debida a la dignidad de las personas trabajadoras. Por ello, el consentimiento que demanda, con carácter general, el art. 6.1 RGPD, y que es presupuesto legitimador del tratamiento de datos personales, no opera de igual modo en la relación laboral<sup>44</sup>.

Debemos destacar la necesaria justificación legítima del acceso a los dispositivos y contenidos digitales utilizados en el trabajo. El art. 87.2 LOPD permite al empresario acceder a los contenidos derivados del uso de

---

<sup>44</sup> En la ejecución del contrato de trabajo se proyecta en muchos casos el consentimiento originario, y no se precisa consentimientos ulteriores en el tratamiento de datos en el ámbito laboral. Evidentemente, esta es una interpretación general, que deberá modularse casuísticamente en función de la forma del control y del grado de invasión en la privacidad de los trabajadores. Esta postura tuitiva se confronta con la idea de que es necesario contar con el consentimiento del trabajador de acceso al contenido de los medios tecnológicos, cuando dichos datos son necesarios para la ejecución del contrato de trabajo. Evidentemente, en esta materia contamos con un riesgo evidente, relativo a considerar, en general, el consentimiento general como un consentimiento especial que permite el tratamiento de todos los datos de carácter personal.

los medios digitales, aunque con la única finalidad de poder controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o, en su caso, garantizar la integridad de los dispositivos o medios de trabajo. Ello supone que el empresario podrá acceder a dicha información cuando concurren estas dos finalidades. En esencia ello supone permitir el control empresarial debido básicamente al interés de comprobar el cumplimiento efectivo del trabajo<sup>45</sup>. En este sentido, está presente el riesgo de realizar un control del cumplimiento del trabajo excesivamente amplio. No obstante, parece evidentemente lógico que dicha facultad de control debe de encontrar ciertos límites, pudiéndose modular el acceso a los contenidos digitales gracias al respeto del derecho a la intimidad de los trabajadores. En esencia, la facultad empresarial de control puede abarcar todas aquellas cuestiones relacionadas con la prestación laboral y si dicho control se realiza extramuros del ámbito organizativo de dirección, dichas medidas de control devendrán ilícitas. Esta afirmación tiene especial sentido cuando dichos datos personales registrados con ocasión del trabajo revelan informaciones personales o incluso relativas a la vida íntima de las personas trabajadoras. A pesar del reconocimiento legal de las facultades de control de la empresa, esto no supone la desaparición completa del interés al respeto de la intimidad del trabajador.

En este sentido, tenemos que destacar la proyección del principio de limitación de la finalidad del control y la garantía de que la información y los datos personales obtenidos sean adecuados, pertinentes y limitados (art. 5.1 RGPD)<sup>46</sup>. Es preciso tener en cuenta la necesidad y la proporcionalidad de la actividad de control, ya que no se permite un tratamiento indiscriminado y mucho menos preventivo por parte de la empresa. Dicha afirmación obliga a que el empresario antes de acceder al contenido de los dispositivos digitales valore otros medios de control menos invasivos para la privacidad. En este sentido, la finalidad de control deberá estar referida al estricto uso profesional o personal de los dispositivos o a los medios

---

<sup>45</sup> De este modo, el control empresarial podrá afectar al desarrollo de la prestación laboral en relación al rendimiento y al cumplimiento de la jornada de trabajo, así como a cualquier otro tipo de aspectos ligado a la relación laboral. Nos referimos a la observancia de las reglas de no concurrencia desleal, el respeto de los protocolos internos de la empresa, la observancia de las medidas preventivas, etc.

<sup>46</sup> Este aspecto está relacionado con la proyección del principio de proporcionalidad. En el asunto *Bărbulescu*, cit., es clara en este punto. Se entiende que no se presenta como un motivo legítimo de acceso a las conversaciones la finalidad de conocer el uso que el empleado hace de los medios facilitados por la empresa. Se precisa, pues, de un motivo específico, que justifique una supervisión estricta. En dicha sentencia este argumento fue esencial a la hora de no reconocer la legitimidad del control realizado por la empresa respecto del uso personal del servicio de mensajería facilitado al trabajador.

facilitados por la empresa. Por tanto, el control deberá estar plenamente justificado y ser garantista desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal.

Otro aspecto se refiere a la garantía del control empresarial debido al mantenimiento del sistema informático. En estas situaciones se produce una labor empresarial de supervisión de los dispositivos ante el interés de eliminar potenciales virus, que se hayan podido presentar en virtud de las comunicaciones telemáticas. Dicho supuesto puede necesitar de la acción de determinados profesionales, que podrán recabar información sobre las comunicaciones del trabajador o de las operaciones realizadas en la red, pudiendo con ello afectarse determinados contenidos íntimos o personales. Igualmente, se podría considerar justificado el tratamiento de datos personales cuando dichas acciones sean necesarias y proporcionadas al fin de asegurar la seguridad de la red y de las comunicaciones (art. 49 RGPD). En este sentido, deberá intervenir un técnico que evalúe el estado de los dispositivos con el solo fin de poder detectar la presencia de virus o de irregularidades que afecten al sistema de comunicación telemática. Se deberá desarrollar un control meramente técnico, evitando acciones invasivas en la privacidad. Esta incidencia puede producirse en virtud de la utilización en estas labores de mantenimiento de potentes dispositivos de fiscalización, capaces de analizar de forma indiscriminada toda la actividad telemática de un trabajador que se haya podido realizar desde la red de comunicaciones de la empresa. Este uso indiscriminado de las herramientas de evaluación de los dispositivos digitales no solamente puede afectar a la intimidad de forma desproporcionada, sino que también puede suponer una auténtica injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

Otro supuesto de control, supeditado a un fin legítimo, se refiere al acceso por parte de la empresa a los dispositivos digitales de los trabajadores, en situaciones de mantenimiento. Esta posibilidad de control se manifiesta directamente en la mensajería ante las situaciones de ausencia de los trabajadores con motivo de las vacaciones o ante casos de incapacidad temporal. Este tipo de control podría admitirse cuando resulte estrictamente necesario para el mantenimiento de la correspondencia, aunque en muchas circunstancias se pueden desarrollar sistemas que permitan la activación de respuestas automáticas, así como mecanismos de desvío automático de los mensajes. En cualquier caso, se deberá aislar la posibilidad de acceder al contenido de los mensajes de los trabajadores, al sobrepasarse la propia finalidad legítima del control de la empresa. No obstante, se podría controlar la mensajería del trabajador de forma excepcional cuando exista un interés legítimo de acceso a dicha información. Se trataría de un sistema de control ciertamente excepcional,

supeditado esencialmente a la concurrencia de indicios de actividad delictiva o supuestos de incumplimiento de carácter grave<sup>47</sup>.

Asimismo, otro factor a tener en cuenta se refiere a la labor de minimizar los datos de carácter personal recogidos por parte de la empresa. Este control empresarial debe ser ejercitado dentro de unos límites, en esencia, y como sabemos, minimizar los datos, que el control sea necesario y pertinente, y que respondan a una finalidad legítima. Ello obliga a valorar si es necesaria la medida restrictiva del derecho a la protección de datos para conseguir el fin previsto por la empresa (art. 5.1.c LOPD). Esta noción de proporcionalidad se encuentra en el considerando 39 RGPD, que prevé que los datos personales solo podrán tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera alcanzarse de forma razonable por otros medios<sup>48</sup>. Este planteamiento impide que se puedan utilizar programas informáticos de seguimiento de ordenadores o dispositivos móviles de los trabajadores, máxime cuando éstos pueden registrar toda la actividad del trabajador, que en muchas situaciones dan lugar a un tratamiento tecnológico desproporcional e injustificado. Actualmente, las empresas tienen múltiples posibilidades de vigilar la utilización, por ejemplo, de la mensajería del trabajador, sin necesidad de afectar intensamente a su privacidad. La tecnología ha evolucionado considerablemente y permite distintas fórmulas de supervisión. En algunas circunstancias no resulta tan necesario controlar intensamente las comunicaciones de los trabajadores, sino que basta con un mero seguimiento de las llamadas o de los mensajes transmitidos, así como el seguimiento meramente formal de los documentos adjuntos enviados. De igual modo, se puede proceder preventivamente al bloqueo de determinados sitios webs, como medida alternativa al control continuado e

---

<sup>47</sup> Se trataría de casos que permiten la posibilidad de recabar la correspondiente prueba del delito o del incumplimiento. Dicho control únicamente se podrá mantener durante el tiempo estrictamente necesario para la consecución de este fin. Téngase en cuenta la STC 186/2000, de 10 de julio. En estas situaciones los indicios de actividad delictiva del trabajador justifican que el empresario pueda defender sus intereses, máxime cuando incluso puede ser responsable de los actos derivados de la actividad del trabajador. En relación a la exigencia de autorización judicial relativa al acceso a las comunicaciones electrónicas. *Vid.* STS pen. STS 528/2014, de 16 de junio.

<sup>48</sup> Ello obliga a plantearse la posibilidad de utilizar otras medidas de control, que impliquen una intromisión menor en la privacidad de los trabajadores. Esto puede suponer la necesidad de limitar a lo estrictamente necesario los accesos a los datos o a los registros de las conversaciones de los trabajadores. Desde las garantías de protección de datos, no sería posible recoger datos que no sean necesarios para la finalidad del tratamiento que debe estar definido inicialmente. De este modo, no sería posible un control prolongado y mucho menos indiscriminado de la actividad del trabajador. Los controles más intensos deberán estar basados en razones técnicas o de seguridad, que justifiquen las medidas, sin que existan otros medios alternativos menos invasivos.

indiscriminado de las comunicaciones<sup>49</sup>.

La inobservancia de estas garantías produce consecuencias jurídicas, que afectan especialmente a la ilicitud de la prueba conseguida. Los principios de protección de datos examinados, además de limitar el poder de control de la empresa, tienen un efecto directo sobre la posible utilización de las pruebas en los procesos laborales. El tratamiento de datos conseguidos de los dispositivos digitales de forma ilícita puede acarrear que dichas pruebas queden privadas de eficacia jurídica procesal (art. 11 de la LO 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ))<sup>50</sup>. Se trata, pues, de un efecto derivado de la propia vulneración de los derechos fundamentales afectados, especialmente el derecho a la intimidad, la protección de datos personales y el secreto de las comunicaciones. Precisamente, el art. 90.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), prevé de forma expresa que no se podrán admitir pruebas que tengan su origen, o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan la violación de derechos fundamentales o libertades públicas<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Se trata, pues, de actividades en consonancia con la proyección del principio de minimización del tratamiento de los datos de carácter personal. La idea sería proyectar el control a ciertas comunicaciones seleccionadas, evitando el control generalizado por parte de las empresas. *Vid.* S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 423, p. 34 ss.

<sup>50</sup> En relación a las consecuencias procesales de las pruebas obtenidas en virtud de la violación de los derechos fundamentales ligados a la privacidad, *vid.* A.V. SEMPERE NAVARRO, Ó.I. MATEOS Y DE CABO, *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (Marco legal, pautas judiciales y convencionales)*, 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, p. 175 ss.; J.P. ARAMENDI SÁNCHEZ, *Artículo 90*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, 2015, pp. 645-648.

<sup>51</sup> Estamos, pues, ante otra forma de garantía del derecho a la privacidad frente al poder de control de la empresa en virtud de los dispositivos digitales. Esta protección se manifiesta mediante la nulidad de la prueba, sin perjuicio de las responsabilidades penales, administrativas y civiles, que se puedan demandar debido al incumplimiento del derecho a la privacidad del trabajador en el uso de los dispositivos digitales. En este sentido, podemos destacar la STSJ Andalucía, Sevilla, 905/2019, cit., que sancionó como ilícita la prueba aportada por la empresa. Concretamente, no se puede demandar de forma razonable la confidencialidad en base a una previa prohibición de uso del ordenador con fines privados, ni por la existencia de información previa, cuando se produce la invasión en la privacidad del trabajador.

## 10. Conclusiones

La legislación española ha reconocido la proyección de los derechos digitales en el trabajo, contemplando una especial referencia a la tutela del derecho a la intimidad. Esta protección supone un importante avance en la tutela de los derechos digitales. Se trata efectivamente de un nuevo enfoque en este proceso actual de intensificación de la digitalización, que permite orientar los avances hacia un futuro que garantice una experiencia flexible y segura en el seno de las organizaciones productivas. Evidentemente, esta protección se podía deducir previamente de la propia aplicación de los derechos fundamentales en el trabajo, pero las nuevas referencias a este ámbito de protección del derecho a la intimidad suponen un salto cualitativo desde el punto de vista de las garantías jurídicas. Ciertamente, nos encontramos ante una regulación que no es más que un marco de referencia frente a situaciones expansivas de conflictividad en el trabajo. Estas reglas no vienen, pues, a agotar el tratamiento de las posibles manifestaciones de incidencia en el derecho a la intimidad de los trabajadores.

La noción de intimidad ha venido transformándose y evolucionando con el paso del tiempo, de modo que se ha producido un desarrollo de la protección de dicho derecho fundamental. Estaríamos ante una noción de intimidad entendida con un significado amplio, que trasciende de los planteamientos reducidos de un derecho a la intimidad limitado a la esfera de la vida personal. Evidentemente, la finalidad sigue siendo la exclusión de injerencias de terceros en aspectos íntimos, pero no debemos olvidar que la intimidad también se equipara a la protección de la privacidad, incluyendo la propia protección y el control de los datos personales. Precisamente por esta razón, se debería abogar por una interpretación amplia de la protección del derecho a la intimidad. Sin duda, la gran novedad del actual marco normativo de protección de datos personales se basa en la conexión del derecho a la intimidad con la protección de datos de carácter personal. Ello supone una especial protección en las situaciones ligadas al desarrollo del trabajo digital y a la propia digitalización de las actividades productivas.

Conviene destacar que la interpretación y, en definitiva, la protección jurídica trasciende del exclusivo derecho a la intimidad. La evolución normativa ha supuesto superar la atención exclusiva a la garantía de la esfera íntima del trabajador, que se encuentra evidentemente reservada, y que tiene un especial ámbito de tutela respecto del uso de dispositivos facilitados por la empresa para la ejecución de la prestación laboral. El debate trasciende de este interés clásico, puesto que el fin es garantizar el derecho del trabajador a impedir que la empresa conozca o realice injerencias en su vida



personal y familiar. Esta protección ya se realiza constitucionalmente. Actualmente, el interés de tutela se basa en la necesidad de controlar y salvaguardar el canal de información personal, que se produce por la digitalización del trabajo y que el trabajador cede inevitablemente a la empresa en virtud del contrato de trabajo. La normativa de protección de datos en clave de tutela de los derechos digitales laborales contempla un evidente canon de interpretación normativa, que proporciona seguridad y ofrece un tratamiento adecuado del interés legal objeto de protección jurídica.

Asimismo, podríamos referirnos a la posible afectación al derecho a la intimidad en relación a la aplicación de los recursos de la inteligencia artificial. Esta situación se produce especialmente en sus manifestaciones de alto riesgo, que se pueden desarrollar en las actividades laborales y que especialmente repercuten en los procesos de valoración de los trabajadores en el desempeño de sus prestaciones de servicios. El tratamiento de la inteligencia artificial en el ámbito laboral necesita de una respuesta efectiva, especialmente desde la óptica de la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores. Es decir, nos encontramos ante un reto orientado a reducir los riesgos derivados del empleo de la inteligencia artificial y de los algoritmos en el trabajo. Especialmente en este ámbito la legislación y la respuesta jurisprudencial tiene que adaptarse en virtud de principios clave de protección jurídica, teniendo presente los cambios vertiginosos que se están produciendo en el trabajo digital. Sin duda, la automatización del trabajo y la aplicación de la inteligencia artificial está dando lugar a nuevos contornos del poder de dirección y de organización de la empresa, modulando las prestaciones de servicios, que se expone igualmente por esta vía a nuevas manifestaciones de control del trabajo por parte de las empresas.

Estas situaciones se manifiestan muy especialmente en el ámbito del control empresarial. La regulación de la normativa de protección de datos personales viene a reforzar la anterior referencia a la limitación de las potestades empresariales, que se referían genéricamente a la necesidad de tener en cuenta la consideración debida a la dignidad de la persona trabajadora. Legalmente, se asegura a su vez la garantía de los derechos digitales de los trabajadores, con una remisión normativa a su ejercicio en virtud de lo ahora dispuesto en la normativa general de protección de datos personales. Antes de estos cambios normativos nos encontrábamos con referencias legales ciertamente superadas por la realidad y por la casuística jurisprudencial. La regulación genérica de la protección del derecho a la intimidad daba lugar a la sucesión de distintos pronunciamientos judiciales, en muchos casos contradictorios, que dificultaba, en muchos casos, la

abstracción de criterios jurisprudenciales unívocos. La posición del Tribunal Constitucional, así como de la doctrina del Tribunal Supremo, han abordado la problemática de los derechos digitales en el entorno laboral, pero ciertamente dicha respuesta se ha producido de forma incipiente y genérica desde el punto de vista de su protección jurídica.

La actual regulación de protección de datos personales, en clave de tutela de los derechos digitales laborales, ha supuesto un evidente avance en la limitación de los poderes empresariales. Los derechos digitales laborales ahora se reconocen sobre las máximas de protección de datos, primando la necesidad de controlar los mecanismos y dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores. El uso de dichos dispositivos y recursos facilitados por la empresa deben garantizar en todo caso el derecho a la intimidad de los trabajadores frente a los poderes de control de los empleadores. De igual modo, la regulación de los derechos digitales laborales en clave de protección de datos permite asegurar un uso preventivo y justificado de los dispositivos digitales en el trabajo y con ello asegurar un comportamiento empresarial justificado de forma preventiva. Dicho comportamiento empresarial facilita deducir la propia razonabilidad de las decisiones adaptadas desde la perspectiva del control de las actividades laborales.

Finalmente, es preciso destacar que la garantía del derecho a la privacidad en el ámbito del trabajo digital viene a reconocer a los trabajadores un poder especial de control y de disposición respecto de los supuestos potencialmente lesivos ligados al empleo de los dispositivos digitales en el trabajo. Ello significa que nuestra legislación vendría a garantizar al trabajador un derecho subjetivo a la protección de su información de carácter personal. Efectivamente, en virtud de esta interpretación evolutiva, nuestra legislación viene a asegurar una concepción más amplia de tutela de la privacidad de los trabajadores, superando la noción tradicional de protección estricta del derecho a la intimidad. En base a la tesis renovada de la privacidad se entiende el alcance de la garantía de los derechos digitales. Asimismo, la jurisprudencia intenta progresar en la interpretación de un derecho de nueva generación, cuya finalidad es la protección de la intimidad del trabajador en el sentido más amplio posible.

## 11. Bibliografía

ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2020), *La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales*, en *Temas Laborales*, n. 151, pp. 275-292

- ARAMENDI SÁNCHEZ J.P. (2015), *Artículo 90*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley
- BAYLOS GRAU A. (2019), *Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, en *Ciudad del Trabajo*, n. 14, pp. 154-159
- BAZ RODRÍGUEZ J. (2019), *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Bosch
- BLÁZQUEZ AGUDO E.M. (2018), *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, CISS
- CASAS BAAMONDE M.E., ÁNGEL QUIROGA M. (2020), *Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de los trabajadores a través de GPS del vehículo de empresa. Despido procedente*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 9, pp. 1-13
- COLÀS NEILA E. (2013), *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*, Bomarzo
- CREMADES CHUECA A. (2018), *Impacto teórico-práctico del BYOD en el Derecho del Trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 423, pp. 103-122
- DESDENTADO BONETE A., DESDENTADO DAROCA E. (2018), *La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, en *Revista de Información Laboral*, n. 1, pp. 19-39
- GOÑI SEIN J.L. (2021), *Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en J. BAZ RODRÍGUEZ (dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, CISS
- GOÑI SEIN J.L. (2018), *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo
- LÓPEZ BALAGUER M., RAMOS MORAGUES F. (2020), *Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad*, en *Lex Social*, n. 2, pp. 506-540
- LLORENS ESPADA J. (2020), *Los derechos digitales en la negociación colectiva*, en *Trabajo y Derecho*, n. extra. 11
- MARTÍN MOLINA P.B. (2018), *Cuestiones relevantes de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales: los derechos digitales*, en *Actualidad Civil*, n. 12, pp. 2-5
- MERCADER UGUINA J.R. (2018), *Protección de Datos en las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre
- MIÑARRO YANINI M. (2019), *Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral*, en M. ARENAS RAMIRO, A. ORTEGA GIMÉNEZ

(dirs.), *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin

MOLINA NAVARRETE C. (2019), *Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en M. ARENAS RAMIRO, A. ORTEGA GIMÉNEZ (dirs.), *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin

MOLINA NAVARRETE C. (2018), [\*El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?\*](#), en [\*Temas Laborales\*, n. 145](#), pp. 121-160

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F. (2019), *Podere del empresario y derechos digitales del trabajador*, en *Trabajo y Derecho*, n. 59, pp. 16-29

PRECIADO DOMÈNECH C.H. (2017), *Comentario de urgencia a la STEDH de 5 de septiembre de 2017. Caso Barbulescu contra Rumanía (Gran Sala). Recuperando la dignidad en el trabajo*, en *Revista de Información Laboral*, n. 10, pp. 143-155

PRECIADO DOMÈNECH C.H. (2019), *Los Derechos digitales de las Personas Trabajadoras*, Aranzadi

QUIRÓS HIDALGO J. (2020), *Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de dispositivos digitales por persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 452, pp. 145-170

RECUERO LINARES M. (2022), *Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral*, en J.F. RODRÍGUEZ AYUSO (coord.), *Nuevos retos en materia de derechos digitales en el contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2018), *El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 423, pp. 19-62

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2019), *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (2011), *La regulación, mediante códigos, del uso y control de los medios informáticos y de comunicaciones puestos a disposición del trabajador y de las secciones sindicales*, en J.L. GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley

SÁNCHEZ PÉREZ J. (2021), *El conflicto entre el control empresarial y el derecho a la intimidad en la era de las nuevas tecnologías*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 59, pp. 476-502

SEMPERE NAVARRO A.V., MATEOS Y DE CABO Ó.I. (2014), *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (Marco legal, pautas judiciales y convencionales)*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI (dir.), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas

TODOLÍ SIGNES A. (2021), *Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el trabajo*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi

VALLE MUÑOZ F.A. (2022), *Art. 20 bis. derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión*, en S. DEL REY GUANTER (dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley

VERDUGO GUZMÁN S. (2022), *Derecho a la intimidad en internet y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en J.F. RODRÍGUEZ AYUSO (coord.), *Nuevos retos en materia de derechos digitales en el contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi

# De la hiperconexión del trabajador a la esclavitud digital: riesgos psicosociales y desafíos de la conciliación entre tiempo de trabajo y vida privada

Talita CORRÊA GOMES CARDIM\*

---

**RESUMEN:** Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han modificado significativamente los conceptos tradicionales de trabajo, surgiendo así innumerables cuestiones jurídicas a ser respondidas por el derecho laboral. Entre las problemáticas, el objeto de estudio se centra en la cuestión de la hiperconectividad del trabajador, la eliminación de la barrera entre el tiempo de trabajo y descanso y consecuentemente los riesgos psicosociales, abordando telepresión, enfermedades psicológicas y esclavitud digital. Luego se analiza el derecho a la desconexión digital como un posible camino para la garantía de derechos fundamentales. Por fin se realiza una conclusión de los hechos expuestos, con el fin de provocar una reflexión de lectores y juslaboralistas acerca de la importancia de la prevención y garantía de la libertad psicológica y virtual del trabajador. Para el desarrollo del trabajo se utilizó la metodología sistémica, así como la investigación descriptiva y bibliográfica.

*Palabras clave:* Teletrabajo, hiperconectividad, riesgos psicosociales, esclavitud digital, derecho a la desconexión digital.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El trabajo en la era tecnológica. 3. Hiperconectividad y eliminación de la barrera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de vida privada. 4. Riesgos psicosociales. 4.1. Telepresión. 4.2. Enfermedades psicológicas. 4.3. Esclavitud digital moderna. 5. Desconexión digital: desafíos hacia un camino para la efectividad del derecho. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

---

\* Doctoranda en Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia (España), en régimen de co-tutela con la Universidad de Milano (Italia).

## From the Hyperconnection of the Worker to Digital Slavery: Psychosocial Risks and Challenges of Work-Life Balance

---

**ABSTRACT:** The new information and communication technologies have significantly modified the traditional concepts of work, thus raising innumerable legal questions to be answered by labour law. Among the problems, the object of study focuses on the question of the hyperconnectivity of the worker, the elimination of the barrier between work and rest time and consequently the psychosocial risks, addressing telepressure, psychological illnesses and digital slavery. Then the right to digital disconnection is analysed as a possible way to guarantee fundamental rights. Finally, a conclusion of the exposed facts is made, to provoke a reflection of readers and labour lawyers about the importance of prevention and guarantee of the psychological and virtual freedom of the worker. For the development of the work, the systemic methodology was used, as well as descriptive and bibliographical research.

*Key Words:* Teleworking, hyperconnectivity, psychosocial risks, digital slavery, right to digital disconnection.

## 1. Introducción

A partir de la cuarta Revolución Industrial<sup>1</sup> surgió la sociedad digital de la era del conocimiento y uno de los mayores desarrollos en el mundo actual del trabajo fue la aparición de las plataformas digitales, que operan en casi todos los sectores, permitiendo el trabajo de forma remota y en cualquier lugar que se encuentre el trabajador, bien como hubo una disrupción en la sociedad con la introducción de las nuevas tecnologías que alteraron completamente los conceptos existentes hasta entonces en las relaciones de trabajo.

El crecimiento económico y la revolución industrial son impulsados por la era de la información, no tratándose más de una idea de un futuro lejano, sino una realidad con innumerables efectos que no pasan desapercibidos y ante esta realidad, los operadores del derecho afrontan, constantemente, nuevas cuestiones, para las cuales los ordenamientos positivos, sobre todo los de matriz legislativa, no siempre disponen de respuesta sensible e inmediata<sup>2</sup>.

Las nuevas formas de labor requieren niveles de trabajo más intensos y aumentan la probabilidad de conflictos entre trabajo-descanso-vida privada. Ahora bien, si, por una parte, estos nuevos empleos permiten a los trabajadores disfrutar de horarios de trabajo más flexibles, por otra, plantea importantes preocupaciones en relación con el bajo nivel de protección, dejando el trabajador de beneficiarse de la seguridad y salud en el trabajo. Existe así una “crisis del derecho del trabajo”, con innumerables nuevas cuestiones jurídicas y riesgos psicosociales.

Es importante que las legislaciones, al reconocer las nuevas formas de trabajo, también garanticen la regulación del uso de las TIC y demás cuestiones reflejas. Con esto, lo que se pretende es que no se diluyan los márgenes de la jornada laboral y que los derechos de la colectividad de trabajadores no sean absorbidos por algunos de los reflejos negativos de una era tecnológica desenfrenada.

## 2. El trabajo en la era tecnológica

Surgen con la nueva realidad tecnológica, no solo nuevas profesiones, sino

---

<sup>1</sup> Para una mejor comprensión del contexto histórico de las revoluciones industriales anteriores, se recomienda la lectura de K. SCHWAB, *A Quarta Revolução Industrial*, Levoir, 2019, cap. 1, p. 9 ss.

<sup>2</sup> Cfr. M.R. REDINHA, *Utilização de novas tecnologias no local de trabalho – Algumas questões*, en A. MOREIRA (coord.), *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, 2002, p. 115.



también nuevas cuestiones para el derecho del trabajo, siendo que su creciente uso desenfrenado sin una vasta regulación trajo innumerables cuestiones sobre el medio ambiente del trabajo.

A partir de la pandemia de la Covid-19, la OMS ha recomendado como principal medida preventiva el distanciamiento social. Este hecho fue un hito en el derecho laboral.

Hemos vivido la mayor experiencia mundial de teletrabajo, posible a través de las NTIC, sin embargo, sin adaptación y, en ese momento, sin una regulación adecuada, conllevando a muchos riesgos laborales resultantes del mal uso de las NTIC.

Si por un lado en el teletrabajo, por ejemplo, se vislumbra la posibilidad de una mejor conciliación de la vida laboral y privada, al mismo tiempo surgen nuevos problemas, como la intensificación de los tiempos de trabajo.

Con la conexión extrema y un número cada vez mayor de NTIC, el espacio de trabajo y el tiempo dejan de ser relevantes, culminando en una cultura laboral cada vez más permisiva, lo que deberá ser cohibido. Debemos criticar la idea de que las NTIC no tienen límites. No todo lo que es posible puede ser admitido legalmente.

La sociedad actual se encuentra hiperconectada y las nuevas tecnologías han creado una nueva organización en el ambiente de trabajo, como la posibilidad de ejercer el trabajo de forma remota y así nos encontramos con cuestiones jurídicas sobre las cuales no hay una definición clara, necesitando soluciones normativas urgentes.

Hace décadas no era posible imaginar que la tecnología rompería ciertas barreras de tiempo y espacio de trabajo en la forma que ocurre actualmente. Las formas de trabajo más flexibles y con mayor uso de la tecnología necesitan una regulación eficaz para proteger a los trabajadores del uso excesivo de los medios tecnológicos en el entorno laboral.

Transformaciones crecientes asociadas al proceso de globalización han provocado un cambio significativo en el modo de vida de la sociedad moderna, en particular en su contexto de trabajo. La línea actual que separa el tiempo de trabajo efectivo de la vida privada, el ocio y el descanso es cada vez más tenue.

La tecnología digital abre nuevas posibilidades de seguimiento e intensificación del tiempo de trabajo. Las ventajas ofrecidas por nuevas formas de trabajo con recurso a tecnologías en lo que respecta a las aspiraciones de una organización del trabajo más flexible son contrapesadas por riesgos efectivos, comprometiéndose con ello la salud y la seguridad de los trabajadores<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. J. ZENHA MARTINS, *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de*

Nos enfrentamos a nuevos riesgos sociales y psicosociales en el trabajo y el uso desenfrenado de la tecnología en el ambiente de trabajo ha sido objeto de amplio estudio y discusión por la OIT<sup>4</sup>, considerando además que, en el futuro, cada vez es más probable que las personas trabajen a distancia o fuera de los lugares de trabajo tradicionales, lo que puede conllevar nuevos riesgos.

La innovación tecnológica es una gran oportunidad de transformación en el proceso productivo de las empresas, que, si está bien regulada, beneficia a ambas partes de la relación laboral, pero si los impactos de la tecnología no se identifican y controlan adecuadamente, puede constituir una grave amenaza para los derechos fundamentales, como la salud y la seguridad en el trabajo, el derecho a la vida privada, el ocio y el descanso.

### 3. Hiperconectividad y eliminación de la barrera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de vida privada

La era tecnológica permite trabajar en cualquier momento y lugar, por lo que los límites clásicos del tiempo y del lugar de trabajo se rompen fácilmente. Es cierto que la tecnología puede facilitar la combinación de momentos de trabajo y vida privada, pero lo que acaba sucediendo como impacto en la vida del trabajador es que, al posibilitar el trabajo en todo y en cualquier momento de forma invisible, se extingue cualquier tiempo para vida privada y descanso.

Actualmente, se tiene como normal asumir el día “7/24”, es decir, el trabajador estar disponible 24 horas al día, siete días a la semana y no hay duda de que el tiempo de trabajo condiciona el resto de los tiempos de cualquier individuo. En este sentido, se ha utilizado mucho la expresión “trabajo *anytime, anywhere*”<sup>5</sup>. Y aquí no se plantea la categorización simplista entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de descanso, pero con la creciente demanda de flexibilidad, debe abordarse la regulación de la protección del tiempo de trabajo en este nuevo modelo de organización y los impactos psicosociales al trabajador de esta falta de regulación.

El tiempo de trabajo actualmente debido a la extrema conexión fuera del

---

*conceitos*, en M.R. PALMA RAMALHO, T. COELHO MOREIRA (coords.), *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho. O regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional*, AAFDL, 2018, p. 26.

<sup>4</sup> OIT, *Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho. Tirando partido de 100 anos de experiência*, 2019.

<sup>5</sup> A ejemplo, F.L. FERNANDES, *Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação*, en *Questões Laborais*, 2017, n. 50, p. 9.

lugar de trabajo, casi supera los tiempos de trabajo que eran considerados crueles y en total explotación del trabajador en fábricas en el curso del siglo XIX<sup>6</sup>.

Introducimos el gran cuestionamiento y siempre actual: ¿cuál es el tiempo de trabajo de un trabajador digital? ¿Y cuál es su período de descanso?<sup>7</sup>

Ante la revolución digital, cada día surgen nuevos problemas en cuanto a la limitación de los tiempos de trabajo y que están directamente relacionados con las nuevas tecnologías y con las nuevas formas de trabajo y en este “nuevo mundo” del trabajo, el tiempo de prestación de servicios se hace cada vez más flexible.

Se constata una preocupante disminución progresiva de la barrera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, en que cada vez más la subordinación de este trabajador se extiende a su vida privada, predominantemente a través de la utilización de instrumentos y recursos tecnológicos que no permiten que el «trabajo permanezca en el trabajo»<sup>8</sup>.

Con el creciente y casi que obligatorio uso de las TIC, la sociedad se encuentra en constante “astreinte”, permaneciendo a disposición de eventuales llamadas de trabajo.

El aumento de las horas de trabajo en el teletrabajo y la conexión extrema afectan la estabilidad de la vida laboral de los trabajadores y, en consecuencia, su seguridad y salud. Actualmente, alrededor de un tercio de la fuerza de trabajo mundial (36,1%) cumple horarios de trabajo excesivos, es decir, trabaja regularmente más de 48 horas por semana<sup>9</sup>.

En este sentido, Eurofound y OIT elaboraron en 2017 un informe<sup>10</sup> en el que llegaban a la conclusión de que la introducción de nuevas tecnologías conlleva efectivamente una ampliación del horario de trabajo, sin establecer ningún límite sobre la importancia del descanso nocturno, los fines de semana y festivos. Este informe es muy importante, ya que una nueva forma de trabajo nunca podrá reflejar en disminución o eliminación de los derechos laborales ya adquiridos.

Además, en España, el 64% de los trabajadores confirman que desarrollan su desempeño profesional incluso durante sus horas libres y el 68%

---

<sup>6</sup> Véase, en este sentido, el diálogo de una comisión de investigación sobre las condiciones de trabajo en una fábrica de ladrillos en Inglaterra, en el curso del siglo XIX, en A. SUPIOT, *Crítica do direito do trabalho*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, pp. 87-89.

<sup>7</sup> T. COELHO MOREIRA, *O direito à desconexão dos trabalhadores*, en *Questões Laborais*, 2017, n. 49, pp. 7-10.

<sup>8</sup> M.L. TEIXEIRA ALVES, *As fronteiras do tempo de trabalho*, en A. MONTEIRO FERNANDES (org.), *Estudos de direito do trabalho*, Wolters Kluwer, 2011, p. 250.

<sup>9</sup> Para más datos oficiales, *vid. OIT, op. cit.*, p. 49.

<sup>10</sup> J. MESSENGER ET AL., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Eurofound-ILO Research Report, 2017, pp. 22-23.

confirman que reciben correos electrónicos y llamadas relacionadas fuera de las horas de trabajo<sup>11</sup>.

A raíz de lo que destaca Leal Amado,

son de todas conocidas los impresionantes cambios registrados en nuestra forma de vivir, de comunicar y de trabajar, resultantes de la informatización, de internet, del e-mail, de las redes sociales, de los smartphones, de los ordenadores [...]. Y uno de los principales efectos de estos fenómenos consiste, sin duda, en la dilución de las tradicionales fronteras entre la vida profesional y la vida personal, entre lo público y lo privado, sobre todo en el ámbito de las actividades de carácter intelectual. Ahora, en muchos casos, el trabajo (y, por eso, el empleador) puede fácilmente acompañar al trabajador, sea cuando sea y donde se encuentre<sup>12</sup>.

Estos problemas de la hiperconectividad que son innumerables y complejos obviamente no son fáciles de eliminar, sin embargo, el derecho del trabajo en este nuevo escenario digital deberá ser el mismo de su origen, cual sea, de limitar el tiempo de trabajo, salvaguardar la salud del trabajador y garantizar su disponibilidad.

#### 4. Riesgos psicosociales

La forma como el trabajo es realizado puede favorecer o convertirse en riesgos a la salud física y mental de los trabajadores, fenómeno acelerado con la introducción de las nuevas tecnologías en el ambiente de trabajo, siendo de suma importancia el reconocimiento de la existencia de nuevos riesgos psicosociales frente a las nuevas formas de trabajo.

Actualmente en materia de prevención de riesgos laborales, los riesgos psicosociales son unos de los más complejos, especialmente en aquellos casos en que el trabajo se realiza en el domicilio de la persona trabajadora y aquellos con utilización de las TIC. El derecho está garantizado en los arts. 15 y 16 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que reconoce a estos trabajadores el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud a través de la aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

Esta disposición contiene garantías generales, siendo de extrema importancia la actualización de la LPRL en materia de riesgos psicosociales,

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 21-25.

<sup>12</sup> J.L. AMADO, *Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional*, en M.M. ROXO (coord.), *¿Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina, 2017, p. 119.

pero en la Ley de trabajo a distancia se produce un importe conexión entre salud laboral, tiempo de trabajo y desconexión digital, lo que no puede ser menospreciado<sup>13</sup>.

En este sentido, destacamos el contenido de la NTP n. 1.123/2018, del Instituto de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSSBT), titulada *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, disponiendo que las TIC inciden en factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo y fue incluido como demanda psicológica la disminución del tiempo de descanso mental y físico necesarios para la recuperación del trabajador debido a la prolongación del tiempo de trabajo y la necesidad de estar siempre disponible proporcionada por el uso de las tecnologías y de la conectividad permanente.

A partir de la identificación de la existencia de nuevos riesgos psicosociales, surge la urgente necesidad de reexaminar una política relacionada con el ambiente de trabajo sano con relación al uso de las NTIC, con la intención de reducir al mínimo las causas de riesgos inherentes a este entorno de trabajo.

Veamos tres de los muchos riesgos identificados acerca de los reflejos del uso desenfrenado de las tecnologías derivados de la hiperconexión, para la salud del trabajador.

#### 4.1. Telepresión

Los trabajadores sienten cada vez más la necesidad de estar permanentemente conectados todo el tiempo al lugar de trabajo por medio de las TIC. Es decir, incluso cuando no están trabajando efectivamente, tienden cada vez más a sentir presión para responder mensajes relacionados con el trabajo que llegan a sus dispositivos, denominada “telepresión”.

El término “telepresión” fue utilizado por primera vez por Barber y Santuzzi en 2005, investigadoras del departamento de Psicología de la Universidad del Norte de Illinois que realizaron un profundo estudio científico sobre la telepresión en el lugar de trabajo y la recuperación de los empleados<sup>14</sup>, sobre la relación entre la obligación de responder correos electrónicos de trabajo a todo momento y el daño a la salud del trabajador. El estudio ha investigado el comportamiento de trabajadores, cuestionando

<sup>13</sup> E. CARRIZOSA PRIETO, *La regulación del trabajo a distancia en España: ¿un avance hacia el trabajo decente en la sociedad digital?*, en *esta Revista*, 2021, n. 4, p. 78.

<sup>14</sup> L.K. BARBER, A.M. SANTUZZI, *Please respond ASAP: Workplace telepressure and employee recovery*, en *Journal of Occupational Health Psychology*, 2015, vol. 20, n. 2.

sobre la ansiedad de contestar prontamente a correos, la angustia a la espera de una respuesta y cuántas veces utilizaban las tecnologías fuera del ambiente de trabajo.

La telepresión en el lugar de trabajo se describe como un estado psicológico que anima a los trabajadores a mantenerse conectados a las comunicaciones relacionadas con el trabajo a través de dispositivos de información y comunicación. La experiencia de la telepresión consiste tanto en pensar en la necesidad de responder a las comunicaciones basadas en mensajes, cuando de la necesidad de contestarlas rápidamente.

La encuesta incluía respuestas como “la mayoría de las personas en mi grupo de trabajo responden rápidamente”; “debo responder lo más rápido posible” y “se espera que yo conteste a los mensajes de correo electrónico de inmediato”. Las respuestas increíblemente rondaban la clasificación “totalmente de acuerdo”.

Los entrevistados relataron también la frecuencia con que suelen contestar a los mensajes del trabajo en las siguientes situaciones: durante el horario de trabajo, por la noche, el fin de semana, durante las vacaciones y durante los días de licencia médica. Las respuestas se concentraron en “muy a menudo” y “casi siempre”.

Las investigadoras concluyeron que la experiencia de la telepresión representa el estado psicológico que incentiva la continuidad de las actividades de trabajo en los períodos de descanso.

En períodos cortos o moderados de tiempo, la telepresión en el lugar de trabajo puede no afectar negativamente a los resultados de salud. Sin embargo, la exposición a medio y largo plazo al fenómeno puede tener efectos acumulativos en la salud debido a la fatiga digital, tecnoestrés y angustia, bien como a la falta de desconexión del trabajo<sup>15</sup>.

## 4.2. Enfermedades psicológicas

Acompañando a Morgado, «a pesar de la ilusión de que la automatización de los procesos productivos podría conducir a la reducción de las necesidades de trabajo humano con el consiguiente aumento de los tiempos de ocio y disfrute, la verdad es que el trabajo sigue siendo un elemento central de la vida humana en el siglo XXI»<sup>16</sup>, más aún frente a las formas remotas de trabajo y la presión invisible extrema impuesta al trabajador,

<sup>15</sup> En este sentido, A.M.A.S. BRITO, S.N. MELO, *Pandemia do teletrabalho e os riscos à saúde do trabalhador*, en *Nova Hileia*, 2021, n. 1, p. 19.

<sup>16</sup> P. MORGADO, *Impacto do Trabalho na Saúde Mental, uma perspectiva do século XXI*, en M.M. ROXO (coord.), *op. cit.*, p. 138.

como se ha expuesto.

La modificación de las tipologías de trabajo y el constante crecimiento de la presión sobre los trabajadores culminó en un cambio de los impactos del trabajo en la salud, que era tradicionalmente centrado en las consecuencias físicas y pasando a aumentar el impacto en la salud mental. De este modo, se observa la alteración de los reflejos que antes eran tradicionalmente físicos, para riesgos mentales.

Conllevan a los factores psicosociales de riesgo, el aumento de la intensidad del trabajo y tiempos de trabajo, tales como sobrepasar el horario de labor, la disponibilidad permanente del trabajador, la obligación velada o expresa de llevar trabajo a casa, más allá del horario normal y dificultades de conciliación entre el trabajo y la vida fuera del trabajo.

La relación entre el reconocimiento de riesgos para la salud mental y el trabajo es compleja. La devaluación de los riesgos psicosociales dificulta una toma de conciencia de su importancia e impide la implementación de políticas y prácticas dirigidas a la intervención las condiciones de trabajo. Es importante subrayar que la evaluación y la intervención en los riesgos psicosociales son responsabilidad de los empresarios, que deben evaluar y gestionar los diferentes tipos de riesgo de forma preventiva y establecer medidas y sistemas de aplicación.

Los riesgos psicosociales en el ambiente laboral no son recientes, pero con la aceleración de la utilización de las TIC, principalmente en tempos de pandemia y la extrema conectividad del trabajador, ha ganado mayor destaque en los últimos años.

Los indicadores de salud mental de los trabajadores se correlacionan con la productividad general de las empresas, con las tasas de enfermedad, el nivel de absentismo, los accidentes de trabajo y la estabilidad del cuerpo productivo, siendo que la duración y la organización del trabajo son factores directamente relacionados con la calidad de los indicadores mentales de los trabajadores, no pudiendo ser dejado de lado aún la duración de la jornada de trabajo diaria<sup>17</sup>.

Estos períodos de hiperconexión conllevan a la fatiga crónica, que puede resultar en enfermedades cardiovasculares, trastornos gastrointestinales o la disminución de la salud mental, como se expone en este ítem. Entre las denominadas “enfermedades modernas del trabajo”, se tiene el síndrome de *burnout*.

El síndrome de *burnout* es un trastorno psíquico de carácter depresivo, precedido de un agotamiento físico y mental intenso, cuya causa está

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 134-135.

íntimamente ligada a la vida profesional<sup>18</sup>. Es considerado uno de los daños laborales de carácter psicosocial más grave de la actualidad, siendo conceptualizada como una prolongación del estrés ocupacional, muy frecuentemente resultante de la sobrecarga de trabajo, extrema conexión. La telepresión y el uso desenfrenado las TIC han agravado significativamente el aumento de casos de profesionales diagnosticados con el Síndrome en debate. Queda clara la importancia del tiempo de trabajo y descanso en el “nuevo normal” de las relaciones de trabajo.

Tanto es así, que la OMS ha hecho la inclusión de el síndrome de *burnout* en la [11ª revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades \(CIE-11\)](#), definiéndolo como «resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado con éxito»<sup>19</sup>.

El informe de 2019 de la Comisión Mundial de la OIT sobre el futuro del trabajo declara que «la limitación de los horarios de trabajo excesivos reducirá el número de accidentes de trabajo y los riesgos psicosociales asociados»<sup>20</sup>.

### 4.3. Esclavitud digital moderna

En este «admirable nuevo mundo del trabajo»<sup>21</sup>, la discusión de la limitación de los tiempos de trabajo es de extrema importancia, en la medida en que parece poder permitir casi un nuevo tipo de esclavitud que, pese a ser diferente del concepto de esclavitud al que estamos acostumbrados hasta entonces, pone en pauta uno de los más antiguos derechos de los

---

<sup>18</sup> Herbert Freudenberger, psiquiatra norteamericano, en los años 70 definió el síndrome por primera vez como un conjunto de síntomas médicos, biológicos y psicosociales inespecíficos, resultantes de una exigencia excesiva de energía en el trabajo, siendo que Cristina Maslach, psicóloga social, desarrolló y profundizó este concepto en los años 80 con la creación de un instrumento de evaluación, el Inventario de *Burnout* de Maslach. Para mejor la comprensión acerca del Inventario, se recomienda la lectura de M.A. GILLA, S.B. GIMÉNEZ, V.E. MORAN, F.O. OLAZ, [Adaptación y validación del Inventario de Burnout de Maslach en profesionales argentinos de la salud mental](#), en [Liberabit](#), 2019, n. 2; AA.VV., [Manual de Burnout. Edición de bolsillo. Resultado intelectual 1](#), BENDiT-EU, Erasmus+, 2021, p. 29 ss.; R. CALLE CABEZAS, C.M. AGUIRRE PLUAS, J.A. CALLE CABEZAS, D.R. IZQUIERDO CEVALLOS, [Validez factorial del Maslach Burnout Inventory versión española en una población multiocupacional ecuatoriana](#), en [Sapienza](#), 2022, n. 1, pp. 776-785; R.M.S. MADRUGA, [As tecnologias da informação e a flexibilidade do trabalho: o teletrabalho](#), Trabalho Final de Mestrado em Sistemas Sócio-Organizacionais da Actividade Económica, Universidade Técnica de Lisboa, 1998, p. 39.

<sup>19</sup> OMS, entrada [QD85 Síndrome de desgaste ocupacional](#), en [icd.who.int](#), 17 enero 2023.

<sup>20</sup> OIT, [op. cit.](#), p. 49.

<sup>21</sup> T. COELHO MOREIRA, [op. cit.](#), p. 10.



trabajadores, objeto de grandes luchas en el pasado, cuál sea, el derecho al tiempo de descanso entre las jornadas de trabajo.

Con el avance de la globalización y el uso desenfrenado de la tecnología, hubo una potencialización de la capacidad productiva de la fuerza de trabajo. El trabajador pasó a estar conectado a las herramientas de trabajo las 24 horas del día, los 7 días de la semana, desde cualquier lugar, con constante presión y vigilancia. Se exige que los trabajadores estén cada vez más disponibles, aunque no en prestación efectiva de servicios y, con eso, no siendo remunerados por esa disponibilidad extra. Las horas de trabajo oficiales pierden completamente el significado cuando el trabajo puede ser llevado a la casa del trabajador y continuar siendo realizado sin ningún control de límite temporal.

A pesar de que la legislación prevé las horas de trabajo oficiales, en la práctica tal disposición ha sido conscientemente incumplida debido al trabajador ser tele presionado a estar constantemente conectado y no poder de esta forma desconectarse y disfrutar del descanso necesario para el restablecimiento de la salud física y psicológica. Los trabajadores que se someten a esta especie de servidumbre digital pasan a trabajar en “jornadas clandestinas” cada vez más extensas.

Además, hay mayor intensificación del control digital, aunque el trabajador parece más libre y con mayor flexibilidad como es el caso del teletrabajo, por ejemplo. Se trata de un riesgo concreto y no debe ser desatendido o dejado de lado por el derecho laboral.

Vivemos actualmente en un escenario competitivo del mercado, permeado por mucho desempleo, lo que contribuye para que los trabajadores se sientan obligados a una productividad inhumana. Conscientes de esta situación, muchos profesionales viven ligados a sus actividades laborales las 24 horas del día.

El trabajo pasa también a ser controlado y distribuido a distancia por diversos medios de comunicación modernos, tales como grupos de WhatsApp y vigilancia electrónica, habiendo un considerable aumento del tiempo de trabajo y reducción del tiempo de descanso. Aunque no reciba un mensaje de trabajo a realizarse en el momento en que debería disfrutar de su vida privada, el simple hecho de recibir un mensaje de trabajo ya esclaviza su pensamiento e incumple el derecho a la desconexión.

Estamos ante el fenómeno al que se ha clasificado como “esclavitud digital moderna”. Se aclara que no se trata del concepto de esclavitud que conocemos y que es objeto de sanciones en el Código Penal. El actual concepto de trabajo esclavo ya no se restringe a la privación local y física de libertad y de propiedad de un ser humano, como anteriormente.

La “esclavitud” mental del trabajador<sup>22</sup>, en lugar de realizarse en el mundo físico, se realiza en el mundo virtual, a través de herramientas tecnológicas, privando al trabajador de su libertad en los períodos de descanso y vida privada, lo que hay que ser urgentemente cohibido.

La sociedad contemporánea vive un nuevo tipo de esclavitud, sin dejar de lado la esclavitud física en el trabajo, la cual aún ocurre en el mundo actual. Es importante destacar la reflexión anteriormente mencionada sobre la temática *¿Cuál es el trabajador que actualmente trabaja solo en el lugar de trabajo?* Ahora bien, ¿cuántos de estos trabajadores actualmente no trabajan también en su domicilio cuando están de vacaciones, los fines de semana o después del horario de trabajo, limitándose a reaccionar solo en tiempo real, ya que, en la actual cultura de la urgencia, del *just in time*, todo es urgente? Se llega a la conclusión de que estamos ante un nuevo tipo de esclavitud: la esclavitud de los tiempos modernos.

Es cierto que en muchas situaciones no hay una orden expresa para la hiperconexión, sin embargo, hay una interiorización de esta idea por los trabajadores y una gestión realizada por objetivos de tal manera que, después de algún tiempo, debido a la telepresión ejercida, son los propios trabajadores los que no consiguen separar la vida profesional de la vida privada. Es una línea muy tenue y compleja.

Surge, así, una especie también de “servidumbre voluntaria”<sup>23</sup>, o incluso de esclavitud voluntaria de los trabajadores, en que la contabilización de sus tiempos de trabajo no pasa de una mistificación.

Sin embargo, se pregunta, ¿es esta servidumbre realmente voluntaria? Supiot argumenta que la libertad de trabajo parece hoy no tener ningún papel positivo frente a la cuestión del desempleo. Esta libertad se reduce a la calidad de valor de intercambio por el contrato de trabajo<sup>24</sup>.

El trabajador moderno se encuentra en una situación límite de «agotado,

---

<sup>22</sup> «Ahora, el modelo es el de un trabajador conectado y disponible 24 sobre 24 horas, pues la tecnología permite la conexión por tiempo integral (hiperconexión), potenciando situaciones de casi esclavitud del trabajador – la esclavitud, se dice, del *homo connectus*, visto, a menudo, como “colaborador” de quien no se espera otra cosa que dedicación permanente y limitada» (J.L. AMADO, *op. cit.*, p. 119). Las exigencias expresadas y veladas en el nuevo mundo del trabajo imponen una verdadera “esclavitud”, a través de la obligación de accesibilidad y disponibilidad del trabajador sin ninguna baliza o mucho más allá de los límites de la razonabilidad. En este sentido, *vid.* M.L. TEIXEIRA ALVES, *op. cit.*

<sup>23</sup> «¿No suponen estas nuevas tecnologías, en lugar de conducir a una mayor libertad, una servidumbre voluntaria? ¿No originan más bien un nuevo tipo de esclavitud, llamada moderna, o, para utilizar una terminología más adecuada a las NTIC, una esclavitud de última generación, o esclavitud del *homo connectus*?» (R. ANTUNES, *O privilégio da servidão. O novo proletariado de serviços na era digital*, Boitempo, 2018, pp. 114-115).

<sup>24</sup> A. SUPIOT, *op. cit.*

pero incapaz de desconectarse»<sup>25</sup>.

Lara Rodríguez clasifica este período de servidumbre digital como un trabajo invisible de cuarta generación, con tres dimensiones en que se desarrolla y se materializa esta invisibilidad<sup>26</sup>, que serían, primero: la invisibilidad en el espacio, con la ruptura de los conceptos tradicionales, con incidencia para el campo virtual que no es definido por límites físicos; segundo, la invisibilidad en el tiempo, aboliendo la frontera entre trabajo y no trabajo; y en tercer lugar, la invisibilidad por socialización, convirtiéndose en un trabajador invisible que realiza una prestación no reconocida. De esta manera, el trabajador y el trabajo se invisibiliza casi que por completo.

El combate a la nueva especie de esclavitud moderna es de extrema pertinencia e importancia a los juslaboralistas, aunque ésta ocurra en el campo “virtual” y con reflejos psicosociales, una vez que exista una previsión expresa en cuanto al alejamiento de la posibilidad de sumisión de cualquier ser humano al trabajo en condiciones análogas a la de esclavo, en condiciones degradantes y con afrenta a su dignidad.

Podemos decir que la servidumbre digital es una consecuencia no deseada del uso de las NTIC, pero que todavía necesita de un movimiento de la sociedad y del legislativo para ser cohibida. En esta nueva era digital, ha cambiado la naturaleza de los riesgos laborales y las tecnologías favorecen que estos riesgos tengan un impacto más rápido en las relaciones laborales y al trabajador. Cabe la reflexión de cómo podemos evitarlo o minimizarlo. El avance tecnológico y el perfeccionamiento de las herramientas de comunicación deben servir para la mejora de las relaciones de trabajo y para la optimización de las actividades productivas, jamás para esclavizar al trabajador.

## 5. Desconexión digital: desafíos hacia un camino para la efectividad del derecho

Con relación a los riesgos de hiperconexión, fatiga informática, tecno adicción, entre otros, resulta fundamental garantizar el cumplimiento del tiempo de trabajo y de vida privada, colocando efectivamente en práctica el

---

<sup>25</sup> Traducción libre de la expresión «exhausted, but unable to disconnect» (L.Y. BELKIN, W.J. BECKER, S.A. CONROY, *Exhausted, but Unable to Disconnect: After-Hours Email, Work-Family Balance and Identification*, en *Academy of Management Proceedings*, 2016, n. 1).

<sup>26</sup> A.L. LARA RODRÍGUEZ, *Facework: trabajo digital, redes sociales y nueva servidumbre*, en *Sociología del Trabajo*, 2018, n. 93, p. 173 ss.

derecho a la desconexión digital<sup>27</sup>.

La desconexión digital tiene gran impacto en la relación laboral, en la salud y seguridad del trabajo y cada vez más se convierte en un tema relevante debido a la consolidación del teletrabajo en sus diversas modalidades como el “nuevo normal” de las relaciones laborales, principalmente después de la pandemia de la Covid-19, ya que esto provocó una conexión extrema a través del uso de instrumentos digitales de trabajo<sup>28</sup>.

Frente a los riesgos expuestos y de innumerables violaciones a derechos fundamentales de los trabajadores, con abusos y el uso indiscriminado de los nuevos medios tecnológicos, es necesario que el derecho laboral establezca límites a la conexión laboral y al nivel de fatiga digital<sup>29</sup>, con la garantía de la vida privada, salvaguardando el período de auto disponibilidad, siendo extremadamente necesario discutir el derecho a la desconexión del trabajador.

Importa destacar que el derecho a la desconexión digital no es un derecho exclusivo de los trabajadores a distancia, resultando aplicable tanto a teletrabajadores como a trabajadores presenciales.

Cabe destacar que hubo un aumento de los riesgos psicosociales durante la pandemia de la Covid-19, en que, de forma abrupta, los trabajadores se vieron inmersos en una rutina extremadamente agotadora, evidenciando una vez más la importancia de la conciliación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso y de vida privada.

Tras esta experiencia durante la pandemia, hubo la creación y mejoras en legislaciones de teletrabajo en países como España, Portugal, Argentina y Chile, los cuales además de disponer sobre garantías al régimen de teletrabajo, en la misma legislación aprobaron y reforzaron la garantía al derecho a la desconexión del trabajador.

Este derecho es reconocido en algunos ordenamientos jurídicos, mereciendo especial atención la iniciativa del legislador francés, al instituir el derecho a la desconexión en el año 2017, reglamentando expresamente el nuevo derecho del trabajador, a través de la *Loi n. 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des*

---

<sup>27</sup> Es además de un derecho del trabajador, también un deber para el empleador (*vid.* N.J. AYERRA DUESCA, *El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales*, en *Lan Harremanak*, 2022, n. 47, p. 42 ss.). Es decir, el derecho del trabajador a no conectarse, no leer mensajes fuera de las horas de trabajo y la obligación del empleador a no comunicarse con los trabajadores en sus tiempos de descanso y vida privada, como un “do not disturb” patronal.

<sup>28</sup> BBC NEWS MUNDO, *Qué es la “economía de la atención” y por qué tu smartphone te hace parte de ella*, en [www.bbc.com/mundo](http://www.bbc.com/mundo), 13 septiembre 2018.

<sup>29</sup> *Vid.* M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados*, en *esta Revista*, 2020, n. 1, p. 230.

*parcours professionnels*, denominada *Loi El Khomri*.

Algunos meses después, Bélgica, a través de la *Loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable*, también ha regulado este derecho, con disposiciones relativas al tiempo de trabajo y choques digitales que pueden desequilibrar los intereses de los trabajadores.

España ha hecho la inclusión del derecho a la desconexión digital a través de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), aunque de forma muy genérica e insuficiente, se limitando a consagrar el derecho, sin dotarlo de mayor contenido, dejando para la negociación colectiva o acuerdos entre empresa y representantes de los trabajadores la tarea de creación de mecanismos para regular el uso de herramientas digitales, a fin de garantizar el respeto a los tiempos de descanso.

Posteriormente, el art. 18 del RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, aborda cual debe ser el contenido mínimo del derecho, asegurando que las personas que trabajan remotamente, particularmente en el teletrabajo, tienen el derecho a la desconexión digital fuera de sus horas de trabajo. Finalmente, ha sido aprobada la Ley 10/2021, en cuyo art. 18 se mantiene la garantía del derecho a la desconexión digital, en los términos establecidos en el art. 88 LOPD.

En que pese la actual regulación del año 2021, tres años después la primera previsión normativa, la norma permanece insuficiente<sup>30</sup>, ya que nuevamente se limita a reconocer el derecho, sin más, dejándolo en manos de la negociación colectiva medidas para implementación.

El legislador español ha perdido la oportunidad prever de forma concreta y detallada el derecho a la desconexión digital, con desarrollo en el contenido e implicaciones, inclusive sanciones en el caso de inobservancia<sup>31</sup>. No se cuestiona que la negociación colectiva es muy importante para actuar como un garantizador de la efectividad del derecho<sup>32</sup>, aunque con restricciones y un alcance limitado, pero habría que incluir la necesaria implicación del empresario a través de acciones de formación con contenidos acerca de los riesgos, desafíos y buenas prácticas que para el uso de las herramientas

---

<sup>30</sup> En este sentido, *vid.* A.I. PÉREZ CAMPOS, [Teletrabajo y derecho a la desconexión digital](#), en [esta Revista](#), 2021, n. 1, p. 503.

<sup>31</sup> Para una reflexión más profunda, *vid.* E. CARRIZOSA PRIETO, [op. cit.](#), p. 82.

<sup>32</sup> Véase en este sentido inúmeros acuerdos colectivo de trabajo que garantizaban el derecho a la desconexión incluso antes de la legislación en T. CORRÊA GOMES CARDIM, [Crisis mundial de Covid-19 y teletrabajo: la nueva normalidad para las relaciones laborales](#), en [esta Revista](#), 2021, n. 1, § 6, pp. 370-373, y O. REQUENA MONTES, [Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva](#), en [Lex Social](#), 2020, n. 2, p. 560.

digitales<sup>33</sup>.

En América del Sur, Chile – a través del art. 152.j de la Ley 21.220/2020, de 26 de marzo – prevé el número de horas de desconexión de acuerdo con las horas trabajadas y Argentina – con la Ley 27.555/2020, de 30 de julio, en su art. 5 – también prevé el derecho a la desconexión.

La más reciente regulación del instituto se llevó a cabo en Portugal y entró en vigor en enero de 2022, previendo el “derecho a desconectar”, por medio de la *Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, Modifica o regime de teletrabalho*, que además de modificar el régimen del teletrabajo, estableció el deber especial del empresario de abstenerse de ponerse en contacto con el trabajador durante el período de descanso, previendo como sanción grave el incumplimiento del derecho por parte de los empleadores.

El gran problema para la mayoría de los trabajadores es cómo ejercer realmente el derecho a la desconexión, incluso en los ordenamientos jurídico que ya lo reconocen. ¿Cómo atreverse a desconectarse, en una época marcada por el exceso de trabajo de algunos, pero también por el desempleo de muchos?<sup>34</sup> La obligación de no molestar debe recaer sobre el empleador. El derecho a la desconexión debe ser mucho más que el derecho del trabajador a desconectarse del trabajo también es un deber de no conexión patronal.

Hay que destacar que no hay previsión en la legislación española de sanción el caso de inobservancia al derecho a la desconexión. Es decir, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital, sin cualquier profundización en la materia, sin previsión de sanción en caso de inobservancia por el empresario, resulta en una medida insuficiente.

Desde el punto de vista jurisprudencial, algunos Tribunales se han pronunciado con relación al derecho en debate. A ejemplo, citase la Sentencia 3 febrero 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santander, que reconoce el derecho a la desconexión digital<sup>35</sup>.

En lo que se refiere al reconocimiento del riesgo en concreto de la fatiga

---

<sup>33</sup> *Vid.* M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 235.

<sup>34</sup> «Vivimos en una era virtual, digital, marcada por múltiples contradicciones: nos preocupamos por el no-trabajo, por el descanso, por el ocio, en un mundo marcado por el desempleo; nos preocupamos por el desempleo causado por el avance tecnológico, en un mundo donde la tecnología no ha dejado de esclavizar al hombre al trabajo; nos preocupamos con la dignificación del hombre a través del trabajo, en un mundo en que la tecnología puede robar dignidad al hombre que trabaja, devaluando su intimidad y perturbando la vida privada» (J.L. AMADO, *op. cit.*, pp. 120-121).

<sup>35</sup> En el caso, el Ayuntamiento de Santander había impuesto a los miembros del cuerpo de Policía Local y Agentes de Movilidad, la obligación de permanecer constantemente conectados al correo corporativo sin limitación. El tribunal ha declarado la medida contraria al derecho a la desconexión digital.

digital e incumplimiento del derecho a la desconexión, la Audiencia Nacional recientemente se ha pronunciado en la [sentencia 1132/2022, de 22 de marzo](#), declarando nula una cláusula de un acuerdo de teletrabajo que incluía algunas circunstancias excepcionales que permitía la no observancia del derecho a la desconexión digital.

La cláusula previa que el trabajador tendría derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo cuando concurren circunstancias de urgencia, como en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del trabajador.

La Audiencia Nacional ha declarado dicha cláusula nula por abusiva, bajo el fundamento de que «los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPD, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores».

Cierto es que hay que formar tanto empleadores, cuanto los empleados en materia de prevención de riesgos laborales con relación a la utilización de tecnologías, en el derecho a la desconexión digital, y tantos otros riesgos que pueden ser evitados, para que se pueda garantizar derechos fundamentales y prevenir los riesgos en debate. Existe una brecha en materia de formación.

## 6. Consideraciones finales

El derecho del trabajo y el derecho procesal como lo conocemos hasta principios de 2020 han cambiado. El papel de todos los operadores del Derecho laboral debe acompañar a la nueva realidad.

Se debe discutir y atender al nuevo tema de la esclavitud contemporánea, como cuestiones referentes al abuso de la utilización de la mano de obra humana con el fin de precarizar las estructuras de trabajo, alteración del concepto tiempo de trabajo y tiempo de descanso, extrema vigilancia a distancia y la invasión de la intimidad y la vida privada del trabajador, entre otros. En ese diapasón surge la necesidad de ampliar la tutela de libertad, en el campo virtual, a los trabajadores en el derecho del trabajo.

Las tecnologías han influenciado cada vez más la vida cotidiana con rápidos cambios en el ambiente de trabajo, por lo que es necesaria la amplia discusión de los impactos de la tecnología en el trabajo, para la elaboración de una regulación eficaz, ya que el trabajo en la era digital solo puede ser

realmente un éxito si cumple con el concepto de trabajo decente.

Hay que tener en cuenta también que el derecho del trabajo es cada vez más multidisciplinar, así que hay que caminar lado a lado con otras ramas del derecho y de conocimientos, como la psicología, la medicina, entre otros. Se pretende restablecer la plena eficacia de las garantías vinculadas al tiempo de trabajo y limitar los abusos.

Hay que estar atento a los rápidos cambios, para la entrega del derecho de forma anticipada y por esa razón, se debe vislumbrar un escenario más expansivo del contenido regulatorio de la legislación laboral, que debe acompañar a las nuevas formas de trabajo.

Es inconcebible que un trabajo del futuro con la regulación del trabajo del pasado y las nuevas relaciones laborales no se adapten a las singularidades de los nuevos tiempos derivados de la era tecnológica de la cuarta revolución industrial.

Para la real efectividad del derecho a la desconexión digital, es necesario un cambio cultural, seguramente un reto y desafío del presente y futuro derecho del trabajo.

La actual incorporación de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales constituye sin duda un desafío de primer orden para el derecho laboral del futuro, corresponde a los juslaboralistas encontrar un equilibrio entre los beneficios del uso de las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales del trabajador.

## 7. Bibliografía

AA.VV. (2021), *Manual de Burnout. Edición de bolsillo. Resultado intelectual 1*, BENDiT-EU, Erasmus+

AMADO J.L. (2017), *Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional*, en M.M. ROXO (coord.), *¿Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina

ANTUNES R. (2018), *O privilégio da servidão. O novo proletariado de serviços na era digital*, Boitempo

AYERRA DUESCA N.J. (2022), *El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales*, en *Lan Harremanak*, n. 47, pp. 41-71

BARBER L.K., SANTUZZI A.M. (2015), *Please respond ASAP: Workplace telepressure and employee recovery*, en *Journal of Occupational Health Psychology*, vol. 20, n. 2, pp. 172-189

BBC NEWS MUNDO (2018), *Qué es la “economía de la atención” y por qué tu smartphone te hace parte de ella*, en [www.bbc.com/mundo](http://www.bbc.com/mundo), 13 septiembre



- BELKIN L.Y., BECKER W.J., CONROY S.A. (2016), *Exhausted, but Unable to Disconnect: After-Hours Email, Work-Family Balance and Identification*, en *Academy of Management Proceedings*, n. 1
- BRITO A.M.A.S., MELO S.N. (2021), [Pandemia do teletrabalho e os riscos à saúde do trabalhador](#), en *Nova Hileia*, n. 1, pp. 2-28
- CALLE CABEZAS R., AGUIRRE PLUAS C.M., CALLE CABEZAS J.A., IZQUIERDO CEVALLOS D.R. (2022), [Validez factorial del Maslach Burnout Inventory versión española en una población multiocupacional ecuatoriana](#), en *Sapientia*, n. 1, pp. 776-785
- CARRIZOSA PRIETO E. (2021), [La regulación del trabajo a distancia en España: ¿un avance hacia el trabajo decente en la sociedad digital?](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 52-92
- COELHO MOREIRA T. (2021), *Direito do Trabalho na Era Digital*, Almedina
- COELHO MOREIRA T. (2017), *O direito à desconexão dos trabalhadores*, en *Questões Laborais*, n. 49, pp. 7-28
- CORRÊA GOMES CARDIM T. (2021), [Crisis mundial de Covid-19 y teletrabajo: la nueva normalidad para las relaciones laborales](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, pp. 352-376
- DE ALMEIDA A.E., SEVERO V.S. (2016), *Direito à Desconexão nas Relações Sociais de Trabalho*, LTr
- FERNANDES F.L. (2017), *Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação*, en *Questões Laborais*, n. 50, pp. 7-17
- GILLA M.A., GIMÉNEZ S.B., MORAN V.E., OLAZ F.O. (2019), [Adaptación y validación del Inventario de Burnout de Maslach en profesionales argentinos de la salud mental](#), en *Liberabit*, n. 2, pp. 179-193
- LARA RODRÍGUEZ A.L. (2018), [Facework: trabajo digital, redes sociales y nueva servidumbre](#), en *Sociología del Trabajo*, n. 93, pp. 159-180
- MADRUGA R.M.S. (1998), *As tecnologias da informação e a flexibilidade do trabalho: o teletrabalho*, Trabalho Final de Mestrado em Sistemas Sócio-Organizacionais da Actividade Económica, Universidade Técnica de Lisboa
- MANZANO SANTAMARÍA N. (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 INSSBT, n. 1.123
- MELO S.N. (2019), *Teletrabalho, Controle de Jornada e Direito à Desconexão*, en *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, n. 75, pp. 73-83
- MELO S.N., RODRIGUES K.R.A.L. (2018), *Direito à desconexão do trabalho. Com análise crítica da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017). Teletrabalho, novas tecnologias e dano existencial*, LTr

MESSENGER J., VARGAS LLAVE O., GSCHWIND L., BOEHMER S., VERMEYLEN G., WILKENS M. (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Eurofound-ILO Research Report

MORGADO P. (2017), *Impacto do Trabalho na Saúde Mental, uma perspectiva do século XXI*, en M.M. ROXO (coord.), *¿Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina

OIT (2019), *Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho. Tirando partido de 100 anos de experiência*

OMS (2023), entrada *QD85 Síndrome de desgaste ocupacional*, en *icd.who.int*, 17 enero

PÉREZ CAMPOS A.I. (2021), *Teletrabajo y derecho a la desconexión digital*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, pp. 499-528

REDINHA M.R. (2002), *Utilização de Novas Tecnologias no Local de Trabalho – Algumas questões*, en A. MOREIRA (coord.), *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina

REQUENA MONTES O. (2020), *Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva*, en *Lex Social*, n. 2, pp. 541-560

SCHWAB K. (2019), *A Quarta Revolução Industrial*, Levoir

SUPIOT A. (2016), *Crítica do direito do trabalho*, Fundação Calouste Gulbenkian

TEIXEIRA ALVES M.L. (2011), *As fronteiras do tempo de trabalho*, en A. MONTEIRO FERNANDES (org.), *Estudos de direito do trabalho*, Wolters Kluwer

VALLECILLO GÁMEZ M.R. (2020), *El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, pp. 210-238

ZENHA MARTINS J. (2018), *Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos*, en M.R. PALMA RAMALHO, T. COELHO MOREIRA (coords.), *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho. O regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional*, AAFDL

### *Páginas web*

CIE-11: Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.a revisión: <https://icd.who.int/es>

# Competencias digitales, formación y sesgos de género: el reto de vencer el “*no women’s land*”\*

María Rosa VALLECILLO GÁMEZ\*\*

---

**RESUMEN:** La digitalización avanzada de la sociedad y sobre todo de la economía en la que nos encontramos inmersos implica una transformación o adaptación de la estructura ocupacional que plantea, *a priori*, numerosos retos para la creación y el mantenimiento del empleo. En la revolución que la digitalización supone, juegan un papel central la gestión y explotación de datos, la interacción entre el mundo físico y el digital (*physical-digital-physical*), el aprendizaje artificial autónomo y la introducción de robots capaces de aprender y de desempeñar tareas cada vez más complejas. El impacto de los cambios no es igual para hombres y mujeres, habida cuenta de la existencia de una brecha tecnológica de género que afecta más a las mujeres que a los hombres y no porque estas estén excluidas de ese ámbito laboral, sino por la tradicional masculinización tanto de la formación como de las profesiones tecnológicas. Reflexionamos en este trabajo sobre la brecha tecnológica y las oportunidades para su reducción.

*Palabras clave:* Mujeres, brecha digital, formación, competencias.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 1.1. De la situación presente al futuro que se avecina. 2. ¿Se ha convertido el mundo del trabajo digital en un “*no women’s land*”? 2.1. La presencia actual de la mujer en el empresariado digital. 2.2. El tratamiento desigual de los medios de comunicación afecta a las profesiones femeninas. 2.3. ¿Volverán las “amazonas digitales”? 3. El papel fundamental de la capacitación y la formación. 3.1. La capacitación y los desajustes del mercado de trabajo. 3.2. La necesaria formación en competencias. 3.3. La reinención de uno mismo a través de la realización personal y el crecimiento en habilidades. 3.4. Iniciativas desde la Unión Europea. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

---

\* Parte de este trabajo amplía la entrada de blog de la misma Autora, [Digitalización de la empresa, Pymes, medidas institucionales y formación en nuevas competencias: conjunto zarmónico? Para el crecimiento económico](#), en [www.transformar.com](http://www.transformar.com), 19 abril 2021.

\*\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad, Universidad de Jaén (España).

## Digital Skills, Training and Gender Biases: the Challenge of Overcoming ‘No Women’s Land’

---

**ABSTRACT:** The advanced digitization of society and especially of the economy in which we are in implies a transformation or adaptation of the occupational structure that presents, *a priori*, a lot of challenges for the creation and maintenance of employment. In the revolution that digitization entails, management and exploitation of data, the interaction between physical and digital worlds (physical-digital-physical), autonomous artificial learning and the introduction of robots capable of learning and to perform increasingly complex tasks play a central role. The impact of the changes is not the same for men and women, given the existence of a gender technological gap that affects women more than men and not because they are excluded from that field of work, but because of the traditional masculinization of both training and technological professions. We reflect in this work on the technological gap and the opportunities for its reduction.

*Key Words:* Women, digital gap, training, skills.

## 1. Introducción

El World Economic Forum<sup>1</sup> señala que el 54% de los empleados necesitará actualizar sus conocimientos a partir de este año 2022. A pesar de la poca cultura de formación en el puesto de trabajo que arrastramos en nuestro país, consecuencia de la falta de conciencia de que la inversión en la formación de las personas trabajadoras es un valor para la empresa y no un gasto inútil, tanto esta – la formación – como la posibilidad de desarrollo de carrera, son ventajas que los empleados establecen como prioritarias. La capacitación de la plantilla es pues una herramienta multiusos para la reputación de la empresa. Por un lado, porque consigue preparar para las nuevas necesidades, construyendo los perfiles técnicos más adecuados para la empresa. Por otro, porque la marca como empresario se revaloriza por el valor añadido que los candidatos otorgan a la formación que ofrece la empresa a sus empleados.

Gran parte de las empresas se encuentran con serias dificultades a la hora de cubrir determinados puestos. La necesidad de profesionales con capacitación tecnológica para abordar los procesos de digitalización de la empresa es urgente y difícil de satisfacer, por eso la batalla en cuestiones de personal se libra en una guerra por el talento en la que aparecen dos nuevos anglicismos, “*reskilling*” y “*upskilling*”, que hacen referencia a la capacitación del personal en su propio puesto de trabajo. No se trata pues, de buscar talento sino de optimizar la gestión del mismo. El objetivo de estos remodelados procesos de capacitación en el puesto de trabajo es la adquisición de habilidades para afrontar el cambio tecnológico.

Consciente de la necesidad de afrontar esta situación, Europa publica un indicador anual que mide la presencia de las mujeres en la economía digital, *Women in Digital Scoreboard*<sup>2</sup>. Con base en 12 indicadores evalúa los resultados de los Estados miembros en diferentes ámbitos: el uso de Internet, las competencias de los usuarios, las aptitudes y el empleo. El Cuadro de Indicadores 2021 de la Comisión<sup>3</sup>, vinculado al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia<sup>4</sup>, confirma que sigue existiendo una importante brecha de género en las competencias digitales especializadas. Solo el 19%

---

<sup>1</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2018*, 2018, p. ix.

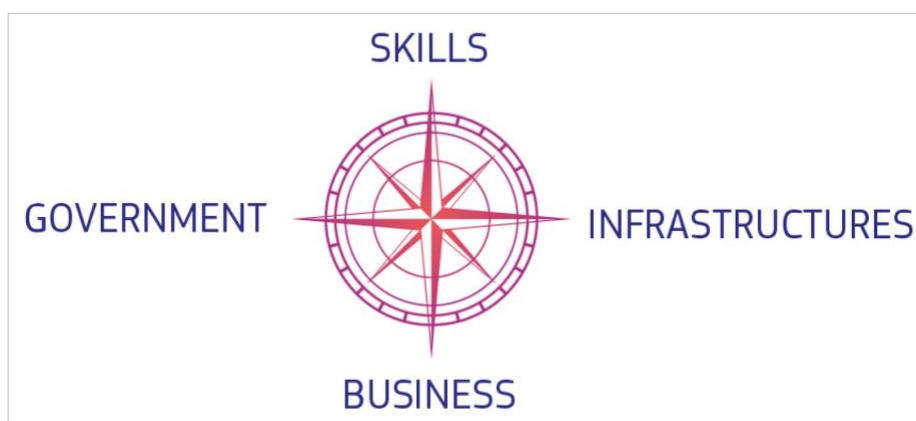
<sup>2</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Women in Digital Scoreboard 2021*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 12 noviembre 2021.

<sup>3</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Instrumento de Recuperación de la Unión Europea (NextGenerationEU): la Comisión Europea pone en marcha un cuadro de indicadores de recuperación y resiliencia*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 15 diciembre 2021.

<sup>4</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Recovery and Resilience Facility*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 11 enero 2023.

de los especialistas en TIC y aproximadamente un tercio de los licenciados en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas son mujeres. No hay avances en la evolución de estas cifras que se han mantenido estables en los últimos años. La Brújula Digital<sup>5</sup> que fija las metas digitales para Europa en el horizonte de 2030, ha establecido como objetivo que la UE cuente con 20 millones de especialistas empleados en TIC y que en 2030 se consiga la convergencia entre mujeres y hombres, para lo cual habrá que establecer políticas con base en los cuatro puntos cardinales de esta brújula: herramientas/capacidades, infraestructuras, gobiernos y empresas.

**Figura 1** – La Brújula Digital

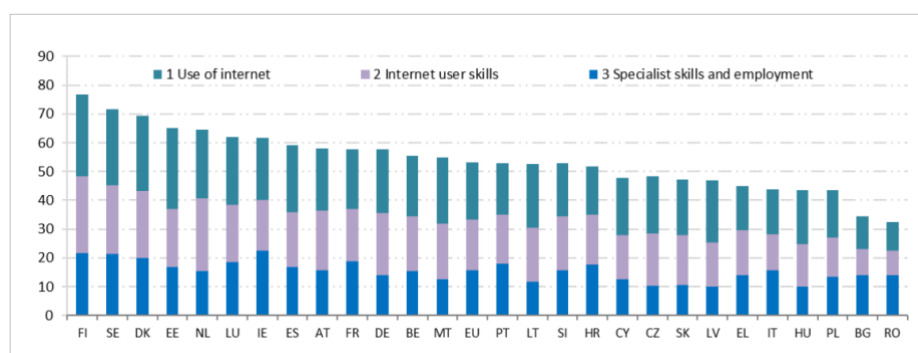


**Fuente:** COMISIÓN EUROPEA, [La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030](https://commission.europa.eu), en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 20 enero 2023

La brecha evidenciada en el programa europeo *Itinerario hacia la Década Digital*<sup>6</sup> es significativamente menor en lo que respecta al uso de Internet y a las competencias de los usuarios de Internet. El 85% de las mujeres utilizaba regularmente la red en 2021, frente al 87% de los hombres. Además, se observa una diferencia de 4 puntos en los indicadores de competencias digitales: el 54% de las mujeres tienen habilidades digitales básicas (58% de los hombres), el 29% por encima de las habilidades digitales básicas (33% de los hombres) y el 56% al menos habilidades básicas de software (60% de los hombres) a partir de 2019.

<sup>5</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, [La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030](https://commission.europa.eu), en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 20 enero 2023.

<sup>6</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, [Proposal for a Decision establishing the 2030 Policy Programme “Path to the Digital Decade”](https://commission.europa.eu), en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 15 septiembre 2021.

**Gráfico 1** – 2021 Women in Digital Scoreboard: Ranking of Member States

**Fuente:** EUROPEAN COMMISSION, [Women in Digital Scoreboard 2021](#), en [commission.europa.eu](#), 12 noviembre 2021

Las mujeres más digitales son las que habitan en Finlandia, Suecia, Dinamarca, Estonia y los Países Bajos. Todos estos países también obtienen muy buenos resultados en el *Digital Economy and Society Index (DESI)*<sup>7</sup>. Las mujeres de Rumanía, Bulgaria, Polonia, Hungría e Italia obtienen la puntuación más baja en participación.

Es evidente que todo proceso disruptivo conlleva oportunidades para determinadas personas, pero, también como sugiere la OECD, una amenaza para otros colectivos<sup>8</sup>. La introducción de tecnologías y formas novedosas de organización del trabajo implica más que la destrucción, la transformación de los empleos que tradicionalmente se demandaban. En este proceso, las personas que no cuenten con las competencias necesarias para la adaptación a estos cambios se sitúan en una situación de riesgo elevado de exclusión del nuevo sistema productivo. Si analizamos la situación desde un nivel macro, aquellas personas que no cuenten con las competencias demandadas, podrían encontrarse en una situación de vulnerabilidad que afectaría al conjunto de la economía del trabajo y de las condiciones inclusivas que se le han dotar a estos procesos de cambio. Por tanto, la valoración del efecto agregado sobre el conjunto de la transformación dependerá en buena medida del balance entre puestos de trabajo creados y puestos destruidos y sus características. Balance que, evidentemente está basado en futuribles y que resulta harto difícil realizar *ex ante*<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, [The Digital Economy and Society Index \(DESI\)](#), en [commission.europa.eu](#), 30 abril 2021.

<sup>8</sup> Vid. OECD, *OECD Employment Outlook 2019. The Future of Work*, 2019.

<sup>9</sup> Vid. M. ARNTZ, T. GREGORY, U. ZIERAHN, *Revisiting the risk of automation*, en *Economics*

Pretendemos, con este trabajo, analizar las causas de la brecha digital femenina y, en un ejercicio de reflexión, recoger algunas propuestas tendentes a la reducción de la misma.

### 1.1. De la situación presente al futuro que se avecina

Uno de los principales cambios en el mercado de trabajo para los años venideros está relacionado con la creación de empleo vinculado a estas profesiones, con una estimación de que la demanda de empleo en el sector de la digitalización, ciencia e ingeniería crecerá un 16% hasta 2030<sup>10</sup>, con implicaciones en la demanda de cualificaciones elevadas. La afectación, como comentamos, no será igual para mujeres y para hombres por las barreras y debilidades asociadas a las mujeres en este sector, que han de tenerse en cuenta y que pasan por la identificación de la persistencia de una segregación horizontal en los ámbitos académico y laboral, lo que, de entrada, supone un efecto limitador de las potencialidades para el aprovechamiento del talento femenino de alta cualificación.

España no se encuentra ajena a estas dificultades. La preocupación en nuestro país ante el desarrollo tecnológico se refleja en referido el DESI 2022, en el que ocupa el puesto 7 de entre los 27 Estados miembros de la UE, por encima de la media europea, sobre la base de datos previos a la pandemia. En la valoración se tienen en cuenta cinco factores: conectividad, capital humano, uso de internet, integración digital (integración de empresas y comercio electrónico) y servicios públicos digitales<sup>11</sup>. El informe destaca la mejora de los resultados respecto a años anteriores, sobre todo en lo que se refiere a la integración de la tecnología digital (puesto 11, 5 puestos mejor que en 2021), servicios públicos digitales (puesto 5, dos por encima de 2021) y capital humano (puesto 10 frente al 12 de 2021). En cuanto a conectividad, España es uno de los líderes de la UE, ocupando el puesto 3 por segundo año consecutivo.

Si nos centramos en el ámbito académico, a nivel europeo solo el 29% de las personas con un doctorado en ingeniería y el 21% de las doctoras en el sector tecnológico son mujeres. España, sin embargo, supera en estas cifras a la media europea en diez puntos, al contar con una mayor proporción de mujeres doctoras, siendo este porcentaje del 39%. Sin embargo, son sangrantes los datos en relación al porcentaje de mujeres empleadas en el

---

*Letters*, 2017, vol. 159.

<sup>10</sup> *Vid.* JOINT RESEARCH CENTRE, [The changing nature of work and skills in the digital age](#), European Union, 2019, p. 26.

<sup>11</sup> *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, [Digital Economy and Society Index \(DESI\) 2022](#), 2022.



sector tecnológico que se sitúa en un 2% frente al 6% de los hombres. Esta escasa presencia femenina tanto en el ámbito laboral como en el académico supone una de las principales barreras para que Europa alcance los objetivos de digitalización previstos<sup>12</sup>.

En cuanto a la pérdida de empleo, se estima que la pérdida de puestos de trabajo para las mujeres será de unos tres millones en los próximos años, afectando sobre todo a los trabajos administrativos vinculados al sector servicios que tienen una mayor probabilidad de automatizarse<sup>13</sup>.

El World Economic Forum en el año 2016 empleaba un plazo de cinco años para la realización de predicciones de los efectos de la Revolución 4.0 sobre el mercado laboral y pronosticaba que, durante ese mismo período de tiempo, se aceleraría la reestructuración industrial y la reconfiguración de los modelos de negocio, aumentando las necesidades de nuevas competencias. Por ello, este resulta un momento óptimo para valorar los efectos iniciales de la Revolución Industrial 4.0 en los mercados laborales e identificar tendencias y desajustes entre su tejido productivo y la composición de su población activa.

Algunos autores<sup>14</sup> centrándose en la evolución del mercado laboral post-Covid, que perjudicó especialmente a los grupos más vulnerables (jóvenes, mujeres, personas con bajos niveles educativos y contratados temporales), describen la aceleración de las tendencias estructurales vinculadas a la Revolución Industrial 4.0 existentes antes de la pandemia, esto es, aumento de la digitalización y automatización, polarización del trabajo, crecimiento de los negocios en plataforma y aparición de empresas “estrella”. Consideran que a la Gran Recesión le seguirá la era de la Gran Reasignación del Trabajo, ajustándose la oferta y demanda laboral a los cambios estructurales asociados a la Revolución Industrial 4.0 y a la Agenda Verde Europea 2050. En la misma línea se pronunciaban Kuzmenko y Roienko<sup>15</sup>, que también prevén un aumento en la desigualdad de ingresos en España y recomiendan, en la línea de Korinek y Stiglitz<sup>16</sup>, la articulación de medidas compensatorias para amortiguar los costes sociales de este proceso.

Por tanto, las políticas activas reales de integración de la mujer en los nuevos

---

<sup>12</sup> Vid. M. SÁINZ, L. ARROYO, C. CASTAÑO, *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad, 2020, pp. 45-46.

<sup>13</sup> Vid. S. ROMERO PEDRAZ, J. VARELA FERRÍO, *Mujer y Tecnología*, UGT, 2020.

<sup>14</sup> J.J. DOLADO, F. FELGUEROSO, J.F. JIMENO, *Past, present and future of the Spanish labour market: when de pandemic meets the megatrends*, en *Applied Economic Analysis*, 2021, vol. 29, n. 85.

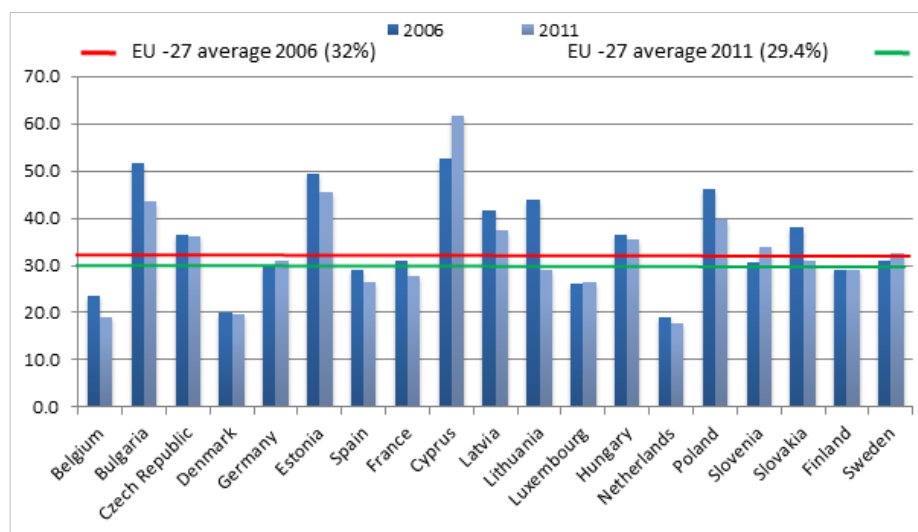
<sup>15</sup> O. KUZMENKO, V. ROIENKO, *Nowcasting income inequality in the context of the Fourth Industrial Revolution*, en *SocioEconomic Challenges*, 2017, vol. 1, n. 1, pp. 5-12.

<sup>16</sup> A. KORINEK, J.E. STIGLITZ, *Artificial Intelligence, Globalization, and Strategies for Economic Development*, NBER Working Paper, 2021, n. 28453.

y digitales mercados laborales, juegan un papel decisivo para paliar o disminuir el impacto y favorecer una mayor participación de las mujeres en los entornos laborales 4.0 e incluso 5.0, tomando como referencia que el trabajo sigue siendo el mayor elemento de inclusión social y de consecución de la igualdad real. El establecimiento de estas políticas pasa por implantar una red de seguridad para minimizar el impacto de la inevitable evolución del trabajo de manera que se aprovechen y fomenten las oportunidades que la digitalización ofrece y que tienen su elemento esencial en las políticas de cualificación y formación, como veremos más adelante.

No podemos perder de vista otros factores de desigualdad que influyen en la posición de la mujer en el mercado de trabajo digital. Nos referimos al factor de desigualdad salarial y los factores que en él influyen y que se hace necesario tener en cuenta. En este sentido, la OIT ha estudiado esta cuestión en 116 países<sup>17</sup> llegando a la conclusión de que la brecha salarial afecta a las mujeres en el ámbito de las TIC de forma persistente e independientemente del nivel de desarrollo de cada estado.

**Gráfico 2** – La demanda creciente en las áreas STEM



**Fuente:** CEDEFOP, *Rising STEMs*, en [www.cedefop.europa.eu](http://www.cedefop.europa.eu), 13 marzo 2014

«La brecha podría deberse en parte a las diferentes funciones que asumen hombres y mujeres en el sector. Según el [Informe mundial sobre salarios 2018/19 de la OIT](#), cuando las mujeres entran en el lugar de trabajo de las

<sup>17</sup> OIT, *La persistente brecha de género en la tecnología*, en [ilostat.ilo.org](http://ilostat.ilo.org), 12 noviembre 2019.

tecnologías de la información y la comunicación (TIC), tienden a concentrarse en ocupaciones menos remuneradas, como las de gestoras de proyectos de TIC, en lugar de los puestos de desarrollo de software de TIC, mejor pagados»<sup>18</sup>. El dato más destacado es que «cuando las mujeres consiguen un trabajo digital, se enfrentan a una brecha salarial media de género del 21%, lo que es significativamente mayor que la brecha salarial media de género del 16% para la economía en general»<sup>19</sup>.

Y a este panorama podemos añadir otras circunstancias. Los factores que más influyen en la comentada brecha salarial no obedecen a meras diferencias salariales en igualdad de competencias y responsabilidades, sino que se centran en una tendencia de las empresas a contratar a las mujeres en puestos de baja cualificación más que en puestos que requieran más cualificación y responsabilidad. Esto es, el ya referido “techo de cristal” que es más evidente aún en los sectores más tecnológicos del mercado de trabajo. El propio Fondo Monetario Internacional reconoce esta tendencia cuando afirma que «en el sector de tecnología, las mujeres tienen un 15% menos de probabilidades que los hombres de ser gerentes y profesionales, y un 19% más de ocupar funciones administrativas y de servicio más rutinarias»<sup>20</sup>.

Otros factores son los referidos a las formas de empleo y a las condiciones de trabajo. En los últimos años se ha producido un incremento del empleo vinculado a la economía de las plataformas y se ha extendido una suerte de precariedad laboral reflejada en el aumento de los contratos temporales y a tiempo parcial<sup>21</sup>. La última reforma laboral impulsada por el gobierno en España adopta medidas para la reducción de los contratos temporales al establecer el contrato indefinido como contrato habitual, dejando la temporalidad para causas excepcionales y muy justificadas. Cuestión más complicada es la reducción de la contratación a tiempo parcial, aunque sea indefinida, porque con la justificación de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, son las mujeres las que optan mayoritariamente a las reducciones de jornada. Y también, en atención a la flexibilidad que favorece el trabajo autónomo, este se presenta como una opción más favorable entre las mujeres en atención a la cobertura de las responsabilidades familiares. Sin embargo, estas opciones de flexibilidad y conciliación son las que más influyen en las retribuciones femeninas y por

---

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> M. BRUSSEVICH ET AL., *Gender, Technology, and the Future of Work*, IMF Staff Discussion Note, 2018, SDN/18/07, p. 18.

<sup>21</sup> *Vid.* L. ARROYO PRIETO, G. VALENDUC, *Digital Skills and Labour Opportunities form Low Skilled Woman*, Dynamics of Virtual Work Working Paper, 2016, n. 6.

consiguiente tienen consecuencias en el nivel de ingresos, en la estabilidad laboral de las mujeres y en su propio desarrollo profesional.

Atendiendo, pues, a todos estos argumentos, en Europa, varias razones explican el déficit de mujeres en el sector digital. Los más citados son la persistencia de los prejuicios de género, la autocensura de las propias mujeres y, sobre todo, ese famoso “techo de cristal”. Por lo tanto, tanto en el sector digital como en cualquier otro, las mujeres tienen un papel que desempeñar en la escritura de la historia futura. Esto permitiría aprovechar al máximo el potencial de inteligencia colectiva y responder a las necesidades de los nuevos mercados de trabajo.

## 2. ¿Se ha convertido el mundo de trabajo digital en un “no women’s land”?

### 2.1. La presencia actual de las mujeres en el empresariado digital

Ada Lovelace<sup>22</sup>, la pionera que creó la máquina analítica, Grace Hopper<sup>23</sup>, la “reina del software” que fue testigo del primer *bug* informático, Margaret Hamilton<sup>24</sup>, la mujer cuyo código informático envió al hombre a la luna, o Roberta Williams<sup>25</sup>, la “*game woman*” que creó el diseño del primer juego de aventura gráfica, encabezan la larga lista de mujeres impresionantes que han marcado la historia de la informática. En los años sesenta, las mujeres representaban casi la mitad de la mano de obra en informática. Y en 1978 constituían la mitad de los estudiantes de informática. Sin embargo, poco a poco, a medida que este campo de actividad ha ido creciendo en importancia y prestigio, las mujeres han ido perdiendo terreno frente a los hombres.

Situarnos ante este panorama nos lleva a continuar con las reflexiones que venimos avanzando y que se condensan, a mi juicio, en cuestionarnos si la situación actual de la mujer en el mercado laboral digitalizado es una deriva inevitable consecuencia, por un lado, de la cultura y de la segregación tradicional de los mercados de trabajo y, por otro, de las posibilidades que tendrán las mujeres para recuperar el lugar que les corresponde en el ámbito digital de futuro.

---

<sup>22</sup> Vid. J.M. SADURNÍ, *Ada Lovelace, la visionaria hija de Lord Byron*, en [historia.nationalgeographic.com.es](http://historia.nationalgeographic.com.es), 1º diciembre 2020.

<sup>23</sup> Vid. WIKIPEDIA, entrada *Grace Murray Hopper*, 2006.

<sup>24</sup> Vid. A. LOPEZ, *Margaret Hamilton: “La primera ingeniera de software”*, en [mujeresconciencia.com](http://mujeresconciencia.com), 7 junio 2017.

<sup>25</sup> Vid. A. TORRES, *Roberta Williams*, en [womanarthouse.wordpress.com](http://womanarthouse.wordpress.com), 6 marzo 2020.

El centro del debate, más allá de las cuestiones de las dificultades impuestas por el techo de cristal y por las circunstancias que hemos analizado en los apartados anteriores, se sitúa en la igualdad entre mujeres y hombres a la hora de acceder a la financiación para la creación de una empresa de base digital. En ese sentido, el reciente barómetro sobre el acceso a la financiación de las mujeres líderes de startups, publicado por SISTA, CNNum y Boston Consulting Group (BCG), muestra que, en 2020 en Francia, los startups fundados por mujeres o equipos de gestión mixtos representaban solo el 21% del total. El aumento de 4 puntos respecto a 2019 da cierta esperanza. Sin embargo, este resultado nos muestra que hoy en día los hombres dominan ampliamente el universo de los startups. Del mismo modo, cuando se trata de financiación, en 2020 los inversores se decantan por los equipos masculinos, que representan el 85% de los startups financiados.

Sin embargo, invertir en un startup cofundado por mujeres ofrece buenas perspectivas en términos de resultados: el BCG<sup>26</sup> señala que, en términos de retorno de la inversión (*return on investment* – ROI), por un dólar invertido, los fondos recuperarían 0,78 céntimos para un startup femenina o mixta, frente a 0,32 céntimos para un startup masculino.

## 2.2. El tratamiento desigual de los medios de comunicación afecta a las vocaciones femeninas

Las cifras muestran que las mujeres siguen siendo demasiado minoritarias en comparación con los hombres en el sector digital. Sin embargo, el problema no es tanto la ausencia de mujeres en las tecnologías de la información, o la falta de interés por su parte. Es más bien la falta de visibilidad de estas mujeres empresarias. Los medios de comunicación tienen igualmente responsabilidad en el tratamiento de las mujeres en el sector digital. Recordamos, por ejemplo, el revuelo que causó la portada de la revista *Capital* en 2017<sup>27</sup>. La portada estaba dedicada a empresarios, líderes de startups franceses del sector de la informática que exportaban conocimiento. El problema se suscitó porque en la foto de portada no había ninguna mujer. La reacción fue la publicación de un artículo de un grupo de empresarias digitales francesas que reivindicaban su éxito, tan rotundo

---

<sup>26</sup> Vid. BCG, *Featured Insights and Perspectives from BCG*, en [www.bcg.com](http://www.bcg.com), 18 julio 2020.

<sup>27</sup> Vid. N. VILLARD, *Devialet, Actility, Algolia... nos start-up sont enfin prêtes à jouer dans la cour des grands*, en [www.capital.fr](http://www.capital.fr), 29 agosto 2017.

como el de sus homólogos masculinos, pero más invisible<sup>28</sup>.

Estas cuestiones nos evidencian que la realidad se sitúa en una infrarrepresentación femenina en el sector más digital de la economía. Para luchar contra este déficit, se han creado múltiples asociaciones, fundaciones y otros grupos con el fin de destacar o promover el lugar de las mujeres en el mundo digital. Este es el caso, en particular, del *Journée de la Femme Digitale* (JFD)<sup>29</sup> que, fundado en 2012 por Delphine Remy-Boutang, se presenta como un “acelerador de crecimiento”. El JFD ha estado movilizandoo actores públicos y privados además de a los medios de comunicación en Europa y África durante estos últimos diez años, a través del establecimiento de una poderosa red paneuropea y panafricana, a través del lanzamiento de iniciativas y del desarrollo de acciones concretas para reducir las desigualdades entre mujeres y hombres en el sector tecnológico. El JFD utiliza las revistas dirigidas a mujeres como lanzadera de publicidad y concienciación de la situación de las mujeres emprendedoras digitales. A principios del mes de marzo de este año, el JFD publicó con *Madame Figaro* la edición 2022 de “mujeres empresarias digitales”<sup>30</sup> que apuestan por las nuevas generaciones, centrándose en seis mujeres líderes en el sector de la digitalización. Y con ocasión de la celebración del día de la mujer el 8 de marzo, *Vanity Fair* publica y apoya una serie de propuestas defendidas por el movimiento del JFD. Las propuestas que, aunque presentadas en el marco de la economía francesa, son extrapolables a cualquier país desarrollado, se centran en las siguientes cuestiones.

#### *Desgravación fiscal para empresas que hayan alcanzado la paridad de género*

La propuesta se centra en que aquellas empresas que no alcancen una cuota mínima del 50% de mujeres en los consejos de administración, tributen el 0,5% de sus beneficios. Este excedente se utilizaría para financiar empresas fundadas por mujeres a través de fondos de inversión que promuevan a las mujeres emprendedoras. Aquellas empresas que contaran con un 50% o más de mujeres en sus consejos de administración o en puestos de alta dirección se beneficiarían, por el contrario, de una desgravación fiscal del 0,5% sobre el beneficio anual generado.

---

<sup>28</sup> Vid. A.-M. ROCCO, *Le coup de gueule en photo des créatrices de start-up*, en [www.challenges.fr](http://www.challenges.fr), 4 septiembre 2017.

<sup>29</sup> Vid. [www.joinjfd.com](http://www.joinjfd.com).

<sup>30</sup> Vid. A. D'ORGEVAL, *Palmarès JFD et «Madame Figaro»: ces 6 entrepreneures du digital qui ouvrent de nouveaux horizons*, en [madame.lefigaro.fr](http://madame.lefigaro.fr), 5 marzo 2022.

### *Un límite de financiación para las empresas*

Las mujeres empresarias siguen encontrando más dificultades que los hombres para acceder a la financiación, alcanzando un promedio de unas 2,5 veces inferior a los hombres empresarios. Para reducir esta brecha, el JFD propone establecer un límite de financiación para aquellas empresas que no tengan mujeres entre sus cofundadores. En el mismo sentido la propuesta incide en la fijación de una condición de paridad, por parte de los fondos de inversión, en los consejos de administración a la hora de conseguir financiación que supere el millón de euros.

### *Cuotas para colegios y universidades*

La mayoría de las jóvenes piensan su presencia en las profesiones tecnológicas y de innovación, aun tendrá poco impacto social, a pesar de que estos sectores están cada vez más presentes en todos los sectores e industrias. Si para cambiar el mundo hay que empezar por cambiar la educación, la capacidad de desarrollo de una nueva cantera de talento femenino es decisiva para el futuro de la economía. Esta propuesta se dirige al establecimiento de cuotas en cursos tecnológicos y científicos en universidades y escuelas, con el objetivo de proporcionar al mundo la oportunidad de construir un futuro más inclusivo.

Como consecuencia de esta falta de cobertura mediática, se desconocen las personalidades que pueden ser inspiradoras para animar a emprender una carrera en el sector de la economía digital. En otras palabras, para atraer a las mujeres, el sector digital necesita destacar algunos modelos de éxito. Como hemos visto, es evidente que historias de éxito femenino existen. Todo es cuestión de plantearlas sabiamente. Algunos dirían que esto debería ser incluso una cuestión de “acción positiva”. Porque el hecho es que, si hoy hay menos mujeres en el sector digital, se debe sobre todo a la falta de vocaciones en la base.

Si el sector digital es menos atractivo para las estudiantes, el “problema”, si es que lo hay, hay que atajarlo de raíz justo en el momento en que las jóvenes deciden la elección de su carrera. En la UE, la tendencia es que el sector digital atrae a menos mujeres que hombres. Según la Comisión Europea, en 2015, solo el 25% de las licenciadas se dedicaban al ámbito digital. Además, sólo el 13% de estas licenciadas trabaja actualmente en el sector digital. Según el mismo estudio, en Francia, en diez años, el porcentaje de chicas en campos científicos y técnicos sólo ha aumentado dos puntos.

Cabría preguntarse, entonces si resulta inevitable esta falta de vocación

femenina hacia la educación en las profesiones digitales. Como señala Isabelle Collet<sup>31</sup>, un estudio realizado en Malasia a principios de los años 2000 en la Facultad de Informática de Kuala Lumpur por la investigadora noruega Vivian Lagesen es bastante esclarecedor. En esta institución, todas las jefaturas de departamento y el decanato están ocupados por mujeres. Asimismo, en el estado de Penang, el 65% de los estudiantes de informática son mujeres. Además, el 70% de los profesores de informática son mujeres, al igual que la Decana de la Facultad. Esta situación entronca con la de la mayoría de los países europeos en los que el número de mujeres que estudian ingeniería informática está en torno a un 10%. Esta autora nos deja un término interesante en su obra, el de “utopía ciberfeminista”, para incidir en las reivindicaciones de visibilidad y el estímulo de y a las mujeres en el mundo digital.

La explicación a estos alentadores resultados en Malasia se funda en razones tanto políticas como culturales. En Malasia, desde los años 70, el gobierno ha puesto en marcha leyes para fomentar el acceso y la participación de las mujeres en la educación, la ciencia y la tecnología, con justificación en que la independencia de las mujeres es la clave del crecimiento económico<sup>32</sup>. Además, según un estudio realizado por Vivian Lagesen<sup>33</sup>, en el que se enfatiza sobre la importancia de las mujeres en el mundo de la computación, cuando se pregunta a las estudiantes de informática malayas por su elección de carrera, aducen razones culturales: creen que la informática no supone una gran carga de trabajo y que se puede hacer desde casa, lo que es compatible con ser madre.

### 2.3. ¿Volverán las “amazonas digitales”?

En Europa, varias razones explican el déficit de mujeres en el sector digital. Los más citados son la persistencia de los prejuicios de género, la autocensura de las propias mujeres y, sobre todo, el famoso “techo de cristal”. De hecho, este último existe en todos los sectores y dificulta la progresión de las mujeres a puestos de responsabilidad.

Sin embargo, un estudio publicado en 2016 en la *Harvard Business Review*<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> I. COLLET, *Les oubliées du numérique. L'absence de femmes dans le monde digital n'est pas une fatalité*, Le Passeur, 2019.

<sup>32</sup> Vid. C. TCHENG, *Les femmes bientôt plus puissantes en Malaisie*, en [www.latribune.fr](http://www.latribune.fr), 7 julio 2011.

<sup>33</sup> V.A. LAGESEN, *The Strength of Numbers: Strategies to include Women into Computers Science*, en *Social Studies of Science*, 2007, vol. 37, n. 1.

<sup>34</sup> L. SYMONS, *Only 11% of Top Business School Case Studies Have a Female Protagonist*, en [hbr.org](http://hbr.org),



muestra resultados sobre la presencia de las mujeres en los grupos de trabajo, en el sentido de que aquellos grupos con mayoría de mujeres parecen, en su conjunto, más inteligentes. El profesor Michel Ferrary<sup>35</sup> estudió, durante un período de 10 años – entre 2006 y 2016 – la feminización de las empresas francesas a través de una cartera de 15 empresas del CAC 40<sup>36</sup>. Al menos el 35% de su jerarquía está formada por mujeres y prestan servicios en una amplia gama de sectores. Entre ellas, el lujo, la comunicación, la salud y las finanzas. Parte de sus hallazgos fueron que esta cartera “feminizada” se ha revalorizado un 60% independientemente del contexto, mientras que el valor del CAC 40 en su conjunto perdió un 4%. Otros estudios de la UNESCO<sup>37</sup> realizados sobre un centenar de empresas en España, China, Dinamarca y Estados Unidos tienden a demostrar que las empresas femeninas son más innovadoras en cuanto a productos y gestión. De hecho, la feminización fomentaría una inteligencia colectiva adicional a través de la inteligencia emocional, expresada por la capacidad de escuchar, empatizar y respetar las aportaciones de los demás.

Por lo tanto, tanto en el sector digital como en cualquier otro, las mujeres tienen un papel que desempeñar en la escritura de la historia futura. Esto nos permitiría aprovechar al máximo nuestro potencial de inteligencia colectiva.

### 3. El papel fundamental de la capacitación y la formación

El riesgo adicional con que cuentan las mujeres ante la automatización de sus puestos de trabajo, en un plazo más corto que largo precisamente por la segregación ocupacional existente, se suma a las dificultades de empleo. Si analizamos los datos que proporciona el Fondo Monetario Internacional las mujeres tendrían un 11% de riesgo medio de automatización de sus empleos, dos puntos por encima de sus homólogos masculinos. Este organismo califica estos riesgos como devastadores para las mujeres cuando afirma que «Los beneficios que tanto ha costado obtener mediante políticas

---

9 marzo 2016. En el mismo sentido, E. SERVANT-SCHREIBER, *Supercollectif. La nouvelle puissance de nos intelligences*, Fayard, 2018.

<sup>35</sup> M. FERRARY, *Gender diversity in the labor market: employer discrimination, educational choices and professional preferences*, en [@GRH, 2018, n. 27](#).

<sup>36</sup> El CAC 40 es un índice ponderado por capitalización de las 40 empresas líderes de entre las 100 mayores empresas negociadas en el mercado oficial Euronext de París.

<sup>37</sup> J. BINDÉ, *Hacia las sociedades del conocimiento. Informe mundial de la UNESCO*, UNESCO, 2005.

para incrementar el número de mujeres en la fuerza de trabajo remunerada y para elevar la remuneración de las mujeres hasta igualarla a la de los hombres pueden verse erosionados rápidamente si las mujeres trabajan predominantemente en sectores y ocupaciones que corren un alto riesgo de ser automatizados» y que «La automatización ha hecho aún más urgente intensificar los esfuerzos para nivelar el campo de juego entre hombres y mujeres, de modo que todos tengan las mismas oportunidades de contribuir y beneficiarse de este nuevo mundo en que la tecnología abre nuevas posibilidades»<sup>38</sup>.

El creciente uso de las herramientas y recursos digitales en el mercado laboral está provocando un crecimiento de la demanda de empleo en los sectores asociados que se estima tendrá un crecimiento de un 16% hasta 2030 según los datos del informe de la UE<sup>39</sup>. Los perfiles asociados a esta demanda requerirán de unas específicas competencias tecnológicas y digitales necesarias tanto para hombres como para mujeres, de manera que la formación en las mismas adquiere el carácter de básica. La duda de los operadores del mercado de trabajo se refiere al proceso de introducción de la capacitación femenina en este sector. La evolución del sector formativo avanza para recuperar una tendencia descendente en el número de personas con estudios superiores de perfil tecnológico y en el número de estudiantes de estas titulaciones. Justificar estas tendencias no es fácil y se deriva hacia la dificultad de estos estudios y probablemente también encuentre razón en la actitud de las nuevas generaciones que valoran la felicidad más que la cultura del esfuerzo para alcanzar dicha felicidad. En cualquier caso, los servicios públicos del mercado de trabajo deberían de responsabilizarse e impulsar la tendencia hacia la formación en estos sectores cada vez más demandados y con poco desempleo.

Siguiendo con este hilo argumental y el descenso en las matriculaciones en general, se observa igualmente, que la cuota femenina en las mismas también desciende, situándose en un 17,61%<sup>40</sup> del alumnado matriculado en estudios de informática y en el 29,5%<sup>41</sup> en los estudios de ingeniería, según se desprende de las estadísticas del Ministerio sobre matriculaciones

---

<sup>38</sup> E. DABLA-NORRIS, K. KOCHHAR, *Las mujeres, la tecnología y el futuro del trabajo*, en [www.imf.org/es/Blogs](https://www.imf.org/es/Blogs), 20 noviembre 2018. <https://www.imf.org/es/Blogs/Articles/2018/11/16/blog-Women-Technology-the-Future-of-Work>.

<sup>39</sup> JOINT RESEARCH CENTRE, *op. cit.*, p. 26.

<sup>40</sup> *Vid.* el gráfico *Distribución porcentual del alumnado matriculado en Formación Profesional Básica según sexo. Familia de Informática y Comunicaciones. Cursos 2014/15 a 2020/21*.

<sup>41</sup> *Vid.* el gráfico *Distribución porcentual del alumnado matriculado en estudios de Grado según sexo y ámbito de estudio. Curso 2020-2021*.

universitarias y de formación profesional. El desequilibrio en la formación de los diferentes géneros es evidente y está vinculada a los estereotipos de género y a la segregación estructural del mercado de trabajo.

A pesar del crecimiento de la demanda de la formación profesional que la dota de un mayor protagonismo y representatividad en el ámbito, no solo de la propia formación, sino también del mercado laboral, sigue existiendo una prioridad en la elección de estudios universitarios. A veces, esta preferencia se sitúa en contra de las competencias que se exigen en el mercado que suelen tener una exigencia más vinculada a las adquiridas en la formación profesional. La reformulación de estos estudios es pues, una asignatura pendiente para conseguir que se convierta en una atractiva alternativa a los estudios universitarios al igual que ocurre en otros países europeos.

No cabe duda que la digitalización económica mejora las expectativas laborales de las personas que se forman para el desempeño de profesiones asociadas, favorece también la permanencia en el puesto de trabajo y mejora, igualmente, las condiciones laborales de estos trabajadores. La demanda de puestos tecnológicos sin cubrir alcanza cifras cercanas a 10.000 y la razón de esta falta de cobertura es la carencia de formación requerida para el desempeño de las ocupaciones demandadas, tal y como venimos comentando. Se precisa, por tanto, una actuación de urgencia por parte de los poderes públicos para afrontar estos déficits de formación especializada y procurar su ajuste a los cambios que se están produciendo en los mercados de trabajo.

El papel de la mujer en la adquisición de competencias y formación digitales se presenta como una oportunidad de reducir la brecha segregacional y la consecución de mayores cuotas de igualdad<sup>42</sup>. Otra cuestión que con toda seguridad mejoraría es la relativa a la diferencia salarial que puede derivarse de las condiciones de masculinización de las profesiones asociadas a la digitalización, y ello, aunque España se sitúe entre los países que menor brecha tienen. Según datos de Eurostat, en número de especialistas TIC, España se sitúa en el sexto puesto de entre los países con menor brecha salarial de género, con un 13%, cifra que, además, está por debajo de la media de los países de la Unión que cuentan con un 19%<sup>43</sup>. El origen de la brecha, sin embargo, al contrario que en otras profesiones, se sitúa al inicio de la relación laboral al ser inferior el número de mujeres que optan por la

---

<sup>42</sup> Vid. L. GUAGLIANONE, *Brecha de género, nuevas tecnologías y trabajo digital: enfoque desde Italia*, en M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (dir.), *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Aranzadi, 2021.

<sup>43</sup> Vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Brecha salarial de género en Europa: hechos y cifras*, en [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), 3 marzo 2020.

adquisición de una formación en competencias digitales. Por tanto, es evidente la necesidad de fomentar el acceso de la mujer a la formación capacitante para las profesiones de contenido digital que cuentan además con unas importantes perspectivas de futuro. La generación de puestos de trabajo cualificados está relacionada con la mejora del valor añadido, de los empleos de calidad y mejores condiciones laborales<sup>44</sup>.

En cualquier caso, a la capacitación hemos de sumar la asunción de las responsabilidades familiares, lo que evidentemente se traduce en una reducción del tiempo que podrán dedicar a la adquisición de esas nuevas competencias, un incremento del periodo de transición<sup>45</sup> y una merma en las posibilidades de promoción profesional<sup>46</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, este no sería un motivo de exclusión porque la situación no debería de variar mucho en relación a otras profesiones que, si bien no son tecnológicas, si requieren de permanente actualización de conocimientos, caso del derecho del trabajo, materia viva del ámbito de las ciencias sociales pero que cuenta con un amplio sector femenino activo entre sus profesionales.

La promoción de medidas legales y educativas con el objetivo de limitar la brecha digital, a partir de la adquisición de capacitación en competencias digitales para las mujeres, se hace necesaria desde la perspectiva de su infrarrepresentación en el mercado de trabajo digital y en los empleos asociados al mismo, pero también justificada en las consecuencias que se derivan de la desigualdad laboral.

### 3.1. La capacitación y los desajustes del mercado de trabajo

Pero más allá de la formación, los nuevos escenarios de la economía digital exigen a la población una adecuación de su capacitación profesional a las nuevas demandas, constituyendo esta circunstancia un reto para el futuro del empleo si tenemos en cuenta la importante brecha tecnológica entre oferta y demanda de la que venimos hablando, brecha que afecta fundamentalmente a las mujeres<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Vid. S. BERBEL, P. RAMOS, P. MARQUÉS (coords.), *Llibre blanc del futur del(s) treball(s). Reflexions per a una nova política econòmica local*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona Activa, 2018.

<sup>45</sup> Vid. A. MADGAVKAR ET AL., *The future of women at work. Transitions in the age of automation*, McKinsey Global Institute, 2019.

<sup>46</sup> Vid. A.M. GONZÁLEZ RAMOS, N. VERGÉS BOSCH, J.S. MARTÍNEZ GARCÍA, *Las mujeres en el mercado de trabajo de las tecnologías*, en *Reis*, 2017, n. 159.

<sup>47</sup> Cfr. OIT, *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2020. La tecnología y el futuro de los empleos. Resumen ejecutivo*, 2020, y la versión íntegra en inglés, ILO, *Global Employment Trends for Youth 2020. Technology and the future of jobs*, 2020.

El estudio de Barcelona Digital Talent ha puesto de manifiesto que mientras las vacantes para cubrir puestos de trabajo con perfil tecnológico aumentan un 40%, las personas candidatas, con cualificación suficiente para cubrir esos puestos solo lo hace en un 7,6%, y del total de las candidaturas que se presentan para la cobertura de esos puestos, tan solo un 22% corresponde a mujeres<sup>48</sup>. Y no solamente la escasa representación obedece a la formación académica sino también a la baja confianza que este colectivo posee para el uso de sus competencias digitales lo que limita sus posibilidades de ocupación de alguno de los puestos demandados. Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto en el documento *Igualdad de género y digitalización en la Unión Europea*, por el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE)<sup>49</sup>. En solo cuatro países de la UE – Estonia, Malta, Bulgaria y Rumanía – las mujeres jóvenes, menores de 30 años, manifiestan interés por trabajar en profesiones relacionadas con las tecnologías de la información y comunicación y pese a eso, el interés no pasa del 3%.

Existe, por tanto, una fuerte masculinización en los sectores y empleos tecnológicos, en los que el número de hombres duplica al de mujeres. Por poner algunos ejemplos solo un 2% de las mujeres ocupadas lo están en el sector TIC, frente al 5,7% de los hombres y de todas las empresas que cuentan entre su personal con trabajadores tecnológicos, el 58% de estos son hombres. El equilibrio entre las plantillas de mujeres y hombres que desempeñan funciones TIC solo se alcanza en un 9% de las empresas españolas<sup>50</sup>, evidenciando la desigualdad de género desde la perspectiva de la brecha digital<sup>51</sup>. A pesar de todo, poco se ha avanzado, pues, en la última década, aunque parece que los catalizadores de las diferentes crisis están provocando un cambio de tendencia hacia la reducción progresiva de la misma<sup>52</sup>, pero del análisis en conjunto de los indicadores TIC se desprende que las mujeres siguen manteniendo una posición desfavorable en competencias digitales como se aprecia en el gráfico siguiente.

---

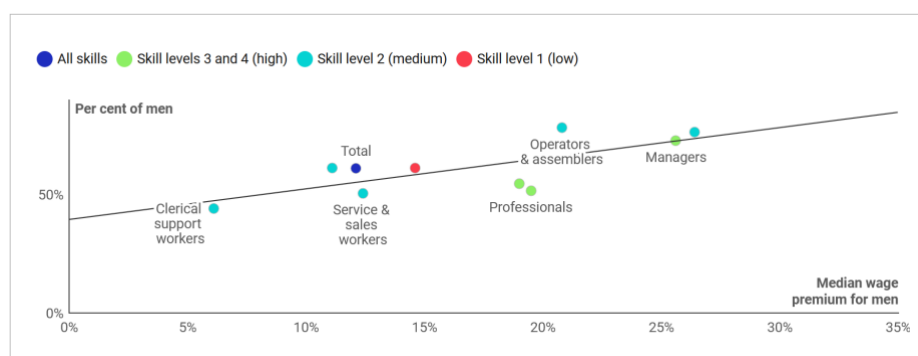
<sup>48</sup> Vid. BARCELONA DIGITAL TALENT, *Digital Talent Overview 2019*, 2019, pp. 30-31.

<sup>49</sup> Vid. EIGE, *Igualdad de género y digitalización en la Unión Europea*, 2020, p. 1.

<sup>50</sup> Vid. S. ROMERO PEDRAZ, J. VARELA FERRÍO, *op. cit.*, p. 14.

<sup>51</sup> Vid. M. ARENAS RAMIRO, *Brecha digital de género: la mujer y las nuevas tecnologías*, en *Annuario de la Facultad de Derecho*, 2011.

<sup>52</sup> Vid. INE, *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2020*, Nota de prensa INE, 16 noviembre 2020.

**Gráfico 3** – Male-dominated occupations have higher wage premiums for men

\* Male share of occupation (ILO modelled estimates for 2018) and median hourly wage premium for men (latest available)

Fuente: OIT, [La persistente brecha de género en la tecnología](#), en [ilostat.ilo.org](#), 12 noviembre 2019

Según estos datos, con carácter general, son los hombres quienes lideran mayoritariamente, el proceso de innovación digital y gestionan estas nuevas tecnologías, mientras que el papel de las mujeres en las TIC se limita fundamentalmente al de usuarias de dichas innovaciones. Es decir, en el momento actual la brecha digital de género no se trata tanto de un problema ligado al simple acceso y uso de las TIC, es más bien una rémora arrastrada desde la primacía masculina en la formación y el empleo vinculados a las áreas más tecnológicas. Se habla, pues, de una evolución de las brechas digitales de género, en el mismo sentido que las revoluciones – “segunda” y “tercera” –, situándose nuestro país por detrás de la media europea<sup>53</sup>.

El Pacto de Toledo es consciente de los efectos que la digitalización tiene en la organización del trabajo y la ordenación de las relaciones laborales<sup>54</sup>. A estos efectos, se señala la necesidad de favorecer la inclusión de los trabajadores dentro del sistema de Seguridad Social «como fórmula para combatir la economía informal y garantizar la protección ante situaciones de necesidad», haciendo particular referencia a las relaciones laborales de las plataformas digitales, su carácter esporádico e intermitente y el riesgo que de las mismas deriva de una protección social contributiva insuficiente, frente a lo cual resulta necesario un refuerzo de los mecanismos no contributivos, de naturaleza meramente solidaria que el sistema pone en

<sup>53</sup> Vid. C. CASTAÑO (dir.), *La segunda brecha digital*, Cátedra, 2008, p. 10.

<sup>54</sup> Vid. la Recomendación 19-bis del *Informe del Pacto de Toledo* de octubre 2020, aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020.

marcha. Y, además, la Comisión se centra en el riesgo de reducción de ingresos que la digitalización supone para el sistema ante la posible sustitución de los trabajadores por máquinas que incrementarán la productividad pero no necesariamente el empleo lo que hace necesario arbitrar nuevos mecanismos innovadores para complementar la financiación de la Seguridad Social más allá de las cotizaciones sociales. La trascendencia de las medidas que se propongan como fórmulas para contribuir a garantizar la sostenibilidad del sistema, han de incluir también la necesaria dimensión de género en esa búsqueda de la viabilidad futura del mercado de trabajo y de la participación necesaria de la mujer<sup>55</sup>.

Un interesante análisis del papel de las mujeres y las nuevas tecnologías lo podemos encontrar en los estudios *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos* y *Las mujeres en la economía digital española. Trayectorias inspiradoras*, realizados por el Instituto de la Mujer en colaboración con el Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

En la misma línea, la Comisión Europea puso en marcha en 2021 el Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027)<sup>56</sup>, que contiene la apuesta de la UE por una educación digital de alta calidad, inclusiva y accesible y que pone el foco en dos prioridades: por un lado, el fomento del desarrollo de un ecosistema educativo digital de alto rendimiento, que requiere el establecimiento de infraestructuras, equipos y profesionales para la planificación el desarrollo de capacidades digitales eficaces de alta calidad y, por otro lado, perfeccionar competencias y capacidades para la transformación digital a través de la intervención en edades tempranas y del establecimiento de garantías para que las mujeres jóvenes estén representadas por igual en los estudios profesionales y universitarios vinculados a la digitalización, facilitando el acceso al empleo y a la promoción profesional. El instrumento de financiación de este plan parte de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo a través del Programa Europa Digital 2021-2027<sup>57</sup> de la Comisión Europea.

---

<sup>55</sup> Vid. I.M. VILLAR CAÑADA, *Mujer y Seguridad Social en España. ¿La introducción de las nuevas tecnologías en el trabajo como un elemento más de discriminación por razón de género?*, en *esta Revista*, 2020, n. 4.

<sup>56</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027)*, en *education.ec.europa.eu*, 26 julio 2022.

<sup>57</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Digital Europe Programme*, en *commission.europa.eu*, 8 diciembre 2022.

### 3.2. La necesaria formación en competencias

La capacitación de las personas trabajadoras sigue siendo un problema para las empresas. De ahí la necesidad de acuñar dos nuevos términos para definir las dos vías de adquisición de habilidades y de reciclaje en nuevas competencias dentro de las empresas, como ya hemos comentado<sup>58</sup>. *Upskilling* supone la adquisición de habilidades para afrontar el cambio tecnológico y que se corresponden con las tareas desempeñadas en el propio puesto de trabajo. *Reskilling* hace referencia a la formación de los trabajadores en el puesto de trabajo, pero en nuevas competencias para asumir y desempeñar nuevas funciones en otras áreas de la empresa.

Las instituciones han de ser conscientes también de la necesidad de esa inversión y, aunque despacio, parece que se va modificando la concepción de la formación profesional en nuestro país. Desde el Ministerio se ha anunciado la puesta en marcha fundamentalmente de dos programas de entre los implementados<sup>59</sup>. El *Programa de Expertos en Transformación Digital de las PYMES* se proyecta con el objetivo de formar a jóvenes expertos en digitalización como agentes del cambio en los procesos de transformación digital. Se diseñará con la toma en consideración de las iniciativas público-privadas existentes que proporcionan formación en competencias digitales compatibles con el perfil de experto en digitalización, promoviendo los esquemas de colaboración necesarios para el desarrollo y despliegue de este programa, que está previsto se ponga en marcha por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial y la Escuela de Organización Industrial, con una inversión de 100 millones de euros entre 2021 y 2023.

Por su parte el *Programa Agentes del Cambio*, pretende formar a 33.000 jóvenes desempleados o de formación profesional para destinarlos a empresas de más de 10 trabajadores para apoyar la digitalización. Su objetivo es la financiación de la incorporación de profesionales en transformación digital en las PYME para el desarrollo de su plan de digitalización y la aceleración de la transformación digital de las mismas, siendo los agentes del cambio dentro de la empresa. También incorpora la posibilidad de que se formen en el programa de expertos en transformación digital y la contratación de los agentes por parte de las empresas una vez que finalice la actuación.

Pero no solo las competencias profesionales en digitalización son suficientes para atender los nuevos retos del mercado de trabajo, porque deben de ir de la mano de otras dos competencias básicas como son la

---

<sup>58</sup> Vid. B. SOLIVELLAS TOVIAS, *Reskilling y upskilling: qué son y cómo desarrollarlos [Plan 5 pasos]*, en [www.homework.com](http://www.homework.com), 6 agosto 2020.

<sup>59</sup> Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de Digitalización de PYMEs 2021-2025*, 2021.



lectoescritura y las matemáticas. Esto incide sobre la necesidad de asegurar que las mujeres, principalmente las que tienen un bajo nivel de estudios, las adquieran para mejorar sus resultados de inserción en el mercado laboral<sup>60</sup>, toda vez que los perfiles más demandados son los que combinan habilidades digitales con capacidades analíticas, por eso se insiste en la importancia de adquisición de esta formación para romper las barreras de género en el acceso al empleo<sup>61</sup>.

No podemos perder de vista tampoco que, en el diseño de los perfiles laborales más demandados, se solicitan otras competencias que van más allá de las meramente formativas: las llamadas *soft skills*, entre las que se cuentan la flexibilidad y la adaptación al cambio, la gestión de los tiempos, el trabajo en equipo, la comunicación, siendo estas las más desarrolladas por las mujeres, sobre todo en los ámbitos de trabajo más feminizados<sup>62</sup>. Por eso se hace necesario una acreditación en estas competencias que permita su valoración en aquellos entornos laborales en los que la mujer tiene más dificultades de acceso y permita su salida de la invisibilidad.

### 3.3. La reinención de uno mismo a través de la realización personal y el crecimiento en habilidades

La digitalización también ha despertado la adaptación de nuestra vida laboral a las nuevas condiciones vitales. Técnicas e iniciativas que buscan el equilibrio y la proyección hacia el futuro. Es el caso de la técnica japonesa Ikigai que promueve la búsqueda de la actividad que “se ama hacer”, que además se es bueno haciéndola y por la que se recibe un salario y que acaba considerándose, en general, en lo que el mundo puede necesitar de cada uno. Esta técnica busca un equilibrio personal que pasa por lo profesional, una reinención de uno mismo “a la japonesa”.

---

<sup>60</sup> Vid. L. ARROYO PRIETO, [Las competencias digitales para el crecimiento económico en igualdad de oportunidades en España y en la Unión Europea](#), Estudio de Progreso Fundación Alternativas, 2018, n. 94, p. 31.

<sup>61</sup> Vid. L. ARROYO PRIETO, *op. cit.*

<sup>62</sup> Vid. [uniglobalunion.org](http://uniglobalunion.org).

**Figura 2** – La técnica japonesa Ikigai

**Fuente:** M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *Digitalización de la empresa. Pymes, medidas institucionales y formación en nuevas competencias: conjunto armónico? Para el crecimiento económico*, en [www.transformaw.com](http://www.transformaw.com), 19 abril 2021

Iniciativa interesante también es *Closing the Skills Gap*<sup>63</sup>, puesta en marcha por el World Economic Forum y que sirve como plataforma para abordar el desarrollo de habilidades orientadas al futuro apoyando la colaboración constructiva público-privada en la reforma urgente de los sistemas educativos y las políticas laborales de manera que se prepare a la mano de obra para el futuro del empleo y de los mercados de trabajo, a través de programas específicos para cada país e intercambios globales y regionales de mejores prácticas.

Se nos ha marcado el horizonte en 2022 para alcanzar las habilidades que los gurús prevén que nos exigirá el mercado de trabajo. El *top ten*<sup>64</sup> de las requeridas se resume en la siguiente tabla.

<b>Pensamiento analítico e innovador</b>	Analizar la información y utilizar y aplicar el pensamiento creativo para encontrar las soluciones a los problemas relacionados con el trabajo
--	--

<sup>63</sup> Vid. WORLD ECONOMIC FORUM, *Closing the Skills Gap. Project Overview*, 2018.

<sup>64</sup> Vid. GQR, *The Top 10 Job Skills To Learn Before 2022*, en [www.gqrm.com](http://www.gqrm.com), 28 enero 2019.

<b>Aprendizaje activo y estratégico</b>	Entender las implicaciones de la nueva información para resolver problemas y tomar decisiones, así como seleccionar los métodos más adecuados
<b>Creatividad, originalidad e iniciativa</b>	Voluntad de asumir responsabilidades y desafíos y la capacidad de desarrollar formas inteligentes de resolver problemas. Espera que los trabajadores tomen decisiones por sí mismos y prueben sus propias ideas.
<b>Diseño tecnológico y programación</b>	Diseñar programas y adaptar el equipo y la tecnología para satisfacer las necesidades de los usuarios.
<b>Pensamiento crítico y analítico</b>	Usar la lógica y el razonamiento para identificar las fortalezas y debilidades de los enfoques de los problemas y evaluar la efectividad de las soluciones
<b>Resolución de problemas complejos</b>	Desarrollar, evaluar e implementar soluciones
<b>Liderazgo e influencia social</b>	Habilidad para opinar, dirigir y desarrollar influencia sobre otros en el seno de la organización
<b>Inteligencia emocional</b>	Ser cooperativo, preocuparse por los demás y entender por qué las personas reaccionan de la manera que lo hacen
<b>Razonar y buscar soluciones a los problemas</b>	Generar ideas y manejar la información para la resolución de problemas
<b>Análisis y evaluación de sistemas</b>	Considerar los costes y beneficios de las potenciales acciones y escoger la mejor opción

**Fuente:** M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *Digitalización de la empresa, Pymes, medidas institucionales y formación en nuevas competencias: conjunto ¿armónico? Para el crecimiento económico*, en [www.transformaw.com](http://www.transformaw.com), 19 abril 2021

Con todo esto, una de las principales barreras que se plantean es el análisis de los costes de la disrupción tecnológica y las posibilidades de asunción por una colaboración público-privada. Un informe sobre la brecha de género

del World Economic Forum<sup>65</sup> apunta que el gasto en capacitación de una persona trabajadora es un 25% inferior a los beneficios que generaría, por tanto, merece la pena en términos de inversión. Además, insiste en que tardaremos 132 años en cerrar esta brecha porque, a medida que las crisis se suceden y se agravan, la fuerza laboral femenina es la más afectada y se hace más difícil que la paridad global avance.

Por todas estas razones, la importancia de las nuevas tecnologías en la sociedad actual y en los nuevos mercados de trabajo es incuestionable porque las TIC se configuran como un nuevo ámbito de oportunidades de empleo, para aquellos colectivos con adecuadas competencias y habilidades en el ámbito digital. Como venimos evidenciando, la diferente posición en que mujeres y hombres se encuentran en el mercado laboral determina que los efectos derivados de la introducción de las nuevas tecnologías en dicho ámbito constituyen, indudablemente y con carácter general, un reto adicional para la consecución de la igualdad real y efectiva por razón de género<sup>66</sup>.

### 3.4. Iniciativas desde la Unión Europea

La Comisión trabaja con los Estados miembros para animar a las mujeres a desempeñar un papel activo y destacado en el sector de la tecnología digital en Europa. Hasta el momento son 26 los Estados miembros además de Noruega que han firmado la Declaración de la UE sobre las mujeres en el ámbito digital<sup>67</sup>. Para no limitar este compromiso a una mera declaración, se han impulsado algunos instrumentos. Uno de ellos es el ya comentado, al principio de este trabajo, *Women in Digital Scoreboard*, el cuadro de indicadores que evalúa el desempeño anual de los Estados miembros – a partir de informes nacionales – sobre la participación de las mujeres en la economía digital. Este instrumento está integrado en el informe DESI al que ya también nos hemos referido.

Aunque no es un instrumento específico para afrontar la brecha digital de género, merece la pena citar el Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027<sup>68</sup>. Su gran objetivo es adaptar la educación a la era digital. Una de las estrategias que plantea se centra en mejorar las habilidades y competencias

<sup>65</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Gender Gap Report 2022*, 2022.

<sup>66</sup> Vid. S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Brechas de género y transformación digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 88.

<sup>67</sup> L. VELASCO (coord.), *Women in Digital: perspectiva europea*, ONTSI, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2022.

<sup>68</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027)*, cit.

digitales para la transformación digital y resalta explícitamente la importancia de fomentar los estudios STEM, acción que vincula con superar las barreras de género en este ámbito. Más adelante, dentro de la misma estrategia el Plan cita explícitamente la baja representación de las mujeres en los sectores tecnológicos y en las carreras STEM.

Otras iniciativas en la misma dirección son: la declaración para una cultura empresarial inclusiva a través de las *Cartas de la Diversidad*<sup>69</sup> con las que la Comisión anima a las empresas a cerrar la brecha de género en sus organizaciones, incluyendo el ámbito digital, y la [European Network of Women in Digital](#), cuyo objetivo es promover una mayor participación de las mujeres en los estudios digitales y poner en contacto a organizaciones que combaten los estereotipos de género.

El compromiso europeo en esta cuestión se pone también de manifiesto en un documento más genérico: la Estrategia Digital Europea<sup>70</sup>. En su apartado *Tecnología al servicio de las personas* la Comunicación de la Comisión de 19 de febrero de 2020<sup>71</sup> hace una defensa de la necesidad de mejorar la educación y las capacidades para lograr la transformación digital y en este contexto menciona la brecha de género en tecnología: «Más mujeres pueden y deben tener carreras gratificantes en el ámbito tecnológico, y la tecnología europea necesita beneficiarse de las capacidades y competencias de las mujeres». Y en el mismo apartado añade: «La transición digital debe ser justa y equitativa, y alentar a las mujeres a participar plenamente en ella».

#### 4. Conclusiones

Las brechas de género en la fuerza laboral son impulsadas y afectadas por muchos factores, incluidas las barreras estructurales de larga data, la transformación socioeconómica y tecnológica, así como las crisis económicas. Más mujeres se han trasladado al trabajo remunerado y, cada vez más, a puestos de liderazgo, sin embargo, a nivel mundial, las expectativas sociales, las políticas de los empleadores, el entorno legal y la disponibilidad de atención siguen desempeñando un papel importante en la elección de las vías educativas y las trayectorias profesionales. La década de austeridad que siguió a la crisis financiera global de 2008 restringió los sectores que brindan el núcleo de la infraestructura social, lo que afectó los

---

<sup>69</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, [Plataforma de la UE sobre las Cartas de la Diversidad](#), en [www.endiversity2022.eu](#), 21 febrero 2022.

<sup>70</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, [Una Europa Adaptada a la Era Digital. Capacitar a las personas con una nueva generación de tecnologías](#), en [commission.europa.eu](#), 15 diciembre 2022.

<sup>71</sup> [Configurar el futuro digital de Europa](#), COM(2020)67 final.

resultados para las familias y los principales cuidadores, a menudo mujeres, durante la pandemia. Los conflictos geopolíticos y el cambio climático afectan a las mujeres de manera desproporcionada. Además, es probable que la profundización proyectada de la actual crisis del costo de vida también afecte más severamente a las mujeres que a los hombres, ya que las mujeres continúan ganando y acumulando riqueza a niveles más bajos.

Se hace necesario impulsar y adoptar el cambio de mentalidad, un cambio que suponga una profunda transformación transversal de toda la organización para poder afrontar con mayores garantías cualquier imprevisto, sobre todo con la experiencia reciente de cómo el escenario nos puede cambiar de un día a otro.

En el marco, pues, de los retos que plantea la digitalización al mercado de trabajo, la igualdad de género no puede menospreciarse por el impacto que la creación de empleo tiene en este sector del que este colectivo no puede ser excluido. Las acciones positivas hacia la integración pasan por el estímulo hacia la tecnología en las niñas desde edades tempranas, el apoyo a la elección de estudios tecnológicos y la promoción profesional en los sectores relacionados.

En definitiva, resulta evidente la desigualdad que por razón de género existe en el ámbito tecnológico y las consecuencias que la aceleración del proceso de digitalización del mercado de trabajo está evidenciándose y que afectan, fundamentalmente a la mujer por todas las razones expuestas. Por ello se hace necesaria una particular atención e intervención en estos sectores que, se prevé, serán los que lideren la economía y que sea donde residan los principales centros de poder<sup>72</sup>. La responsabilidad de esta intervención corresponde a los poderes públicos a través de políticas orientadas a la disminución de la brecha para no contribuir a un incremento de la desigualdad, actual y futura por razón de género en nuestro mercado de trabajo.

## 5. Bibliografía

ARENAS RAMIRO M. (2011), *Brecha digital de género: la mujer y las nuevas tecnologías*, en *Annuario de la Facultad de Derecho*, pp. 97-125

ARNTZ M., GREGORY T., ZIERAHN U. (2017), *Revisiting the risk of automation*, en *Economics Letters*, vol. 159, pp. 157-160

---

<sup>72</sup> Vid. S. ROMERO PEDRAZ, J. VARELA FERRÍO, *op. cit.*, p. 60.

- ARROYO PRIETO L. (2018), *Las competencias digitales para el crecimiento económico en igualdad de oportunidades en España y en la Unión Europea*, Estudio de Progreso Fundación Alternativas, n. 94
- ARROYO PRIETO L., VALENDUC G. (2016), *Digital Skills and Labour Opportunities form Low Skilled Woman*, Dynamics of Virtual Work Working Paper, n. 6
- BARCELONA DIGITAL TALENT (2019), *Digital Talent Overview 2019*
- BCG (2020), *Featured Insights and Perspectives from BCG*, en [www.bcg.com](http://www.bcg.com), 18 julio
- BERBEL S., RAMOS P., MARQUÉS P. (coords.) (2018), *Libre blanc del futur del(s) treball(s). Reflexions per a una nova política econòmica local*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona Activa
- BINDÉ J. (2005), *Hacia las sociedades del conocimiento. Informe mundial de la UNESCO*, UNESCO
- BRUSSEVICH M., DABLA-NORRIS E., KAMUNGE C., KARNANE P., KHALID S., KOCHHAR K. (2018), *Gender, Technology, and the Future of Work*, IMF Staff Discussion Note, SDN/18/07
- CASTAÑO C. (dir.) (2008), *La segunda brecha digital*, Cátedra
- CEDEFOP (2014), *Rising STEMs*, en [www.cedefop.europa.eu](http://www.cedefop.europa.eu), 13 marzo
- COLLET I. (2019), *Les oubliées du numérique. L'absence de femmes dans le monde digital n'est pas une fatalité*, Le Passeur
- COMISIÓN EUROPEA (2023), *La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030*, en [commission.europa.eu](http://commission.europa.eu), 20 enero
- COMISIÓN EUROPEA (2022), *Una Europa Adaptada a la Era Digital. Capacitar a las personas con una nueva generación de tecnologías*, en [commission.europa.eu](http://commission.europa.eu), 15 diciembre
- COMISIÓN EUROPEA (2022), *Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027)*, en [education.ec.europa.eu](http://education.ec.europa.eu), 26 julio
- COMISIÓN EUROPEA (2022), *Plataforma de la UE sobre las Cartas de la Diversidad*, en [www.eudiversity2022.eu](http://www.eudiversity2022.eu), 21 febrero
- COMISIÓN EUROPEA (2021), *Instrumento de Recuperación de la Unión Europea (NextGenerationEU): la Comisión Europea pone en marcha un cuadro de indicadores de recuperación y resiliencia*, en [commission.europa.eu](http://commission.europa.eu), 15 diciembre
- D'ORGEVAL A. (2022), *Palmarès JFD et «Madame Figaro»: ces 6 entrepreneures du digital qui ouvrent de nouveaux horizons*, en [madame.lefigaro.fr](http://madame.lefigaro.fr), 5 marzo
- DABLA-NORRIS E., KOCHHAR K. (2018), *Las mujeres, la tecnología y el futuro del trabajo*, en [www.imf.org/es/Blogs](http://www.imf.org/es/Blogs), 20 noviembre

- DOLADO J.J., FELGUEROSO F., JIMENO J.F. (2021), *Past, present and future of the Spanish labour market: when de pandemic meets the megatrends*, en *Applied Economic Analysis*, vol. 29, n. 85, pp. 21-41
- EIGE (2020), *Igualdad de género y digitalización en la Unión Europea*
- EUROPEAN COMMISSION (2023), *Recovery and Resilience Facility*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 11 enero
- EUROPEAN COMMISSION (2022), *Digital Economy and Society Index (DESI) 2022*
- EUROPEAN COMMISSION (2022), *Digital Europe Programme*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 8 diciembre
- EUROPEAN COMMISSION (2021), *Women in Digital Scoreboard 2021*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 12 noviembre
- EUROPEAN COMMISSION (2021), *Proposal for a Decision establishing the 2030 Policy Programme “Path to the Digital Decade”*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 15 septiembre
- EUROPEAN COMMISSION (2021), *The Digital Economy and Society Index (DESI)*, en [commission.europa.eu](https://commission.europa.eu), 30 abril
- FERRARY M. (2018), *Gender diversity in the labor market: employer discrimination, educational choices and professional preferences*, en *@GRH*, n. 27, pp. 83-118
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), *Plan de Digitalización de PYMEs 2021-2025*
- GONZÁLEZ RAMOS A.M., VERGÉS BOSCH N., MARTÍNEZ GARCÍA J.S. (2017), *Las mujeres en el mercado de trabajo de las tecnologías*, en *Reis*, n. 159, pp. 73-90
- GQR (2019), *The Top 10 Job Skills To Learn Before 2022*, en [www.gqrm.com](http://www.gqrm.com), 28 enero
- GUAGLIANONE L. (2021), *Brecha de género, nuevas tecnologías y trabajo digital: enfoque desde Italia*, en M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (dir.), *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Aranzadi
- ILO (2020), *Global Employment Trends for Youth 2020. Technology and the future of jobs*
- INE (2020), *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2020*, Nota de prensa INE, 16 noviembre
- JOINT RESEARCH CENTRE (2019), *The changing nature of work and skills in the digital age*, European Union
- KORINEK A., STIGLITZ J.E. (2021), *Artificial Intelligence, Globalization, and Strategies for Economic Development*, NBER Working Paper, n. 28453
- KUZMENKO O., ROIENKO V. (2017), *Nowcasting income inequality in the context of the Fourth Industrial Revolution*, en *SocioEconomic Challenges*, vol. 1, n. 1, pp. 5-12
- LAGESSEN V.A. (2007), *The Strength of Numbers: Strategies to include Women into Computers Science*, en *Social Studies of Science*, vol. 37, n. 1, pp. 67-92



- LOPEZ A. (2017), *Margaret Hamilton: “La primera ingeniera de software”*, en [mujeresconciencia.com](http://mujeresconciencia.com), 7 junio
- MADGAVKAR A., MANYIKA J., KRISHNAN M., ELLINGRUD K., YEE L., WOETZEL J., CHUI M., HUNT V., BALAKRISHNAN S. (2019), *The future of women at work. Transitions in the age of automation*, McKinsey Global Institute
- OECD (2019), *OECD Employment Outlook 2019. The Future of Work*
- OIT (2020), *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2020. La tecnología y el futuro de los empleos. Resumen ejecutivo*
- OIT (2019), *Informe Mundial sobre Salarios 2018/19. ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?*
- OIT (2019), *La persistente brecha de género en la tecnología*, en [ilostat.ilo.org](http://ilostat.ilo.org), 12 noviembre
- PARLAMENTO EUROPEO (2020), *Brecha salarial de género en Europa: hechos y cifras*, en [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), 3 marzo
- ROCCO A.-M. (2017), *Le coup de gueule en photo des créatrices de start-up*, en [www.challenges.fr](http://www.challenges.fr), 4 septiembre
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S. (2019), *Brechas de género y transformación digital*, en *Revista de Derecho Social*, n. 88, pp. 199-218
- ROMERO PEDRAZ S., VARELA FERRÍO J. (2020), *Mujer y Tecnología*, UGT
- SADURNÍ J.M. (2020), *Ada Lovelace, la visionaria hija de Lord Byron*, en [historia.nationalgeographic.com.es](http://historia.nationalgeographic.com.es), 1º diciembre
- SÁINZ M., ARROYO L., CASTAÑO C. (2020), *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad
- SERVANT-SCHREIBER E. (2018), *Supercollectif. La nouvelle puissance de nos intelligences*, Fayard
- SOLIVELLAS TOVÍAS B. (2020), *Reskilling y upskilling: qué son y cómo desarrollarlos [Plan 5 pasos]*, en [www.homuork.com](http://www.homuork.com), 6 agosto
- SYMONS L. (2016), *Only 11% of Top Business School Case Studies Have a Female Protagonist*, en [hbr.org](http://hbr.org), 9 marzo
- TARÍN QUIRÓS C., VILLAR GARCÍA J.P. (2020), *Las mujeres en la economía digital española. Trayectorias inspiradoras*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad
- TCHENG C. (2011), *Les femmes bientôt plus puissantes en Malaisie*, en [www.latribune.fr](http://www.latribune.fr), 7 julio
- TORRES A. (2020), *Roberta Williams*, en [womanarthouse.wordpress.com](http://womanarthouse.wordpress.com), 6 marzo

VALLECILLO GÁMEZ M.R. (2021), *Digitalización de la empresa. Pymes, medidas institucionales y formación en nuevas competencias: conjunto ¿armónico? Para el crecimiento económico*, en [www.transformaw.com](http://www.transformaw.com), 19 abril

VELASCO L. (coord.) (2022), *Women in Digital: perspectiva europea*, ONTSI, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital

VILLAR CAÑADA I.M. (2020), *Mujer y Seguridad Social en España. ¿La introducción de las nuevas tecnologías en el trabajo como un elemento más de discriminación por razón de género?*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 245-277

VILLARD N. (2017), *Devialet, Actility, Algolia... nos start-up sont enfin prêtes à jouer dans la cour des grands*, en [www.capital.fr](http://www.capital.fr), 29 agosto

WIKIPEDIA (2006), entrada *Grace Murray Hopper*

WORLD ECONOMIC FORUM (2022), *Global Gender Gap Report 2022*

WORLD ECONOMIC FORUM (2018), *Closing the Skills Gap. Project Overview*

WORLD ECONOMIC FORUM (2018), *The Future of Jobs Report 2018*

### *Páginas web*

European Network of Women in Digital (EWiD): <https://eurogender.eige.europa.eu/thematic-network-workspaces/european-network-women-digital-ewid>

JFD: <https://www.joinjfd.com/>

UNI Global Union: <https://uniglobalunion.org/>

# La extinción del contrato de trabajo manifestada a través de WhatsApp\*

Eduardo Enrique TALÉNS VISCONTI\*\*

---

**RESUMEN:** En el presente artículo se analiza la extinción del contrato de trabajo manifestada a través de WhatsApp. Se hace desde la perspectiva de la extinción por voluntad de la persona trabajadora (dimisión o abandono), de la expiración del tiempo convenido y de la decisión unilateral del empresario (despido). El régimen jurídico y los requisitos formales de cada una de las modalidades extintivas permitirán que WhatsApp sea un instrumento más o menos idóneo para conseguir la validez de la ruptura contractual. En este trabajo se verá con más detenimiento esta cuestión.

**Palabras clave:** Contrato de trabajo, dimisión, despido, WhatsApp, requisitos exigidos.

**SUMARIO:** 1. Introducción: breve referencia al impacto de las redes sociales en el ámbito laboral. 2. La dimisión y el abandono del puesto de trabajo manifestados a través de WhatsApp: su generalizada aceptación por parte de la doctrina judicial. 3. La extinción por terminación de la duración pactada en el caso de la contratación temporal: su eficacia y aceptación por parte de la doctrina judicial. 4. La extinción por voluntad unilateral del empresario: dudas e inconsistencias sobre la admisibilidad del despido comunicado a través de WhatsApp. 5. Bibliografía.

---

\* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por la Generalitat Valenciana (GVA) y que lleva por título *Teletrabajo y otras formas de prestaciones de servicios: la tecnología y el trabajo en la era post-covid19* (GV/2021/185).

\*\* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia (España).

## The Termination of the Employment Contract Manifested Through WhatsApp

---

**ABSTRACT:** In this article is analysed the termination of the employment contract manifested through WhatsApp. It is done from the perspective of termination by the will of the worker (resignation or abandonment), of the expiration of the agreed time and of the unilateral decision of the employer (dismissal). The legal regime and formal requirements of each of the extinctive modalities will allow WhatsApp to be a more or less suitable instrument to achieve the validity of the contractual breach. In the paper this issue will be discussed in more detail.

*Key Words:* Work contract, resignation, dismissal, WhatsApp, requirements demanded.

## 1. Introducción: breve referencia al impacto de las redes sociales en el ámbito laboral

A lo largo de los últimos años se ha producido una notable expansión en el uso de las distintas “redes sociales” como una forma de organización e interacción entre personas llevadas a cabo a través de la tecnología (ordenadores, tablets o smartphones)<sup>1</sup>. La RAE recoge en su definición de “red social” a la «plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a un gran número de usuarios». Estas plataformas brindan un nuevo escenario donde la inmediatez, la transparencia y el concepto de comunidad aportan nuevas oportunidades para las tradicionales formas de comunicación, expresión o divulgación<sup>2</sup>.

El uso de las redes sociales – y en general de internet – se ha visto potenciado en los últimos tiempos por la expansión y difusión de los smartphones, es decir, de los teléfonos móviles que permiten un acceso a la red mediante tarifas de suministro de “datos” o bien a través del mecanismo de conexión Wi-Fi. En este sentido, se ha indicado que el smartphone es el elemento catalizador del incremento en el uso de las redes sociales en los últimos años<sup>3</sup>.

En lo que aquí me interesa, cabe destacar que los diversos problemas que se desprenden en la utilización de este tipo de plataformas virtuales afectan a los diferentes sectores del ordenamiento jurídico y, como no podría ser de otro modo, también plantean numerosas cuestiones en el mundo de las relaciones laborales<sup>4</sup>. En este sentido, se ha dicho que las redes sociales han permitido interactuar a los empleados de una manera colaborativa, compartiendo conocimientos y, todo ello, de una manera transparente,

---

<sup>1</sup> En este sentido, algún autor ha diferenciado entre redes sociales off-line, es decir, las clásicas o tradicionales. Son aquellas en las que las relaciones entre personas se efectúan sin mediación de aparatos o sistemas electrónicos. De otro lado están las redes on-line, que son las que se desarrollan a través de medios digitales. *Vid.* H. CAMPUZANO TOMÉ, *Las redes digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI*, en *Actualidad Civil*, 2011, n. 1, p. 2.

<sup>2</sup> En este sentido, P. ORTIZ LÓPEZ, *Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal*, en A. RALLO LOMBARTE, R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, 2013, p. 21.

<sup>3</sup> Entre los usuarios que poseen un smartphone, el 20,4% se encuentra permanentemente conectado a redes sociales, frente al 3,6% de los que tienen un teléfono convencional. Estos datos han sido obtenidos del estudio de G. GONZÁLEZ SANZ, *El uso de las redes sociales en España*, en *Crítica*, 2013, n. 985, p. 25.

<sup>4</sup> *Vid.* L.E. NORES TORRES, *Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral*, en *Actualidad Laboral*, 2014, n. 3, p. 1 del extracto.

abierta y directa<sup>5</sup>. Asimismo, sirven como un importante medio para la captación de futuros empleados<sup>6</sup> y además constituyen una rápida y efectiva herramienta de marketing para que las empresas den a conocer sus actividades, novedades, productos o servicios.

No en vano, el manejo de las redes sociales – y de internet en general – también ha suscitado diversos problemas dentro de la esfera laboral, siendo uno de los más tradicionales el de su utilización durante la jornada de trabajo. También es un foco importante de obtención de la prueba que justifica cualquier tipo de infracción laboral que pueda conllevar una sanción. En este terreno el haz de posibilidades, a tenor del resultado obtenido en una búsqueda de resoluciones judiciales es muy amplio, siendo quizás sobre lo que más sentencias se pueden encontrar es en el tema de las opiniones y críticas proferidas por parte de los trabajadores a través de las redes sociales. Así, en líneas generales, actos que inicialmente vienen enmarcados en la esfera privada del trabajador, pueden llegar a tener incidencia en su vida profesional y ser utilizados como medida disciplinaria<sup>7</sup>. Por lo demás, la proliferación de estos nuevos instrumentos tecnológicos favorece una comunicación instantánea y en muchos casos espontánea. Comunicaciones que no son equivalentes, sin más, a las conversaciones mantenidas en el lugar de trabajo, puesto que, entre otras cosas, pueden ser archivadas, copiadas y trasladadas a otros foros<sup>8</sup>.

En concreto, de todas las cuestiones que se desprenden del uso de las redes sociales y sus implicaciones en el terreno del derecho laboral<sup>9</sup>, en este estudio me centraré exclusivamente en analizar la repercusión que puede tener sobre el contrato de trabajo la decisión de extinguirlo a través de la aplicación móvil denominada WhatsApp. Este medio de comunicación está muy extendido en la actualidad, siendo un mecanismo de interacción diaria

---

<sup>5</sup> Vid. M.B. CARDONA RUBERT, *La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa*, en *Revista de Derecho Social*, 2010, n. 52, p. 68.

<sup>6</sup> Puede verse un reciente estudio sobre la captación de nuevos trabajadores a través de Facebook en J. LLORENS ESPADA, *El uso de facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos*, en *Revista de Derecho Social*, 2014, n. 68. También pueden consultarse algunas reflexiones sobre el particular en el estudio realizado por L.E. NORES TORRES, *Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales*, en *Revista de Información Laboral*, 2016, n. 7, pp. 4-8 del extracto.

<sup>7</sup> Vid. C. GRANDE, C. GORDILLO, *El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2013, n. 855, p. 2 del extracto.

<sup>8</sup> Vid. F.J. CALVO GALLEGO, *TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales*, en *Aranzadi Social*, 2012, n. 9, p. 14 del extracto.

<sup>9</sup> Puede verse un estudio completo en esta materia en el libro de E.E. TALÉNS VISCONTI, *Incidencia de las Redes Sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*, Lefebvre, 2020.

entre personas. No es propiamente una red social, aunque algunos elementos sí que lo acercan a este concepto (como es el caso de la posibilidad de subir estados temporales que pueden ser comentados). En cualquier caso, comoquiera que calificuemos esta aplicación, lo bien cierto es que es un medio de comunicación que también se está utilizando con total habitualidad y normalidad en el seno de las relaciones laborales, ya sea entre compañeros/as o entre la empresa y los trabajadores (principalmente en pequeñas y medianas empresas). La regularidad y naturalidad con la que se intercambian mensajes a través de WhatsApp supone, entre otras cuestiones, que puedan llegar transmitirse a través de este medio decisiones tan importantes como la terminación de la relación laboral. En este sentido, a lo largo de las siguientes páginas intentaré reflexionar y arrojar algo de luz sobre la eficacia y validez que pueden tener este tipo mensajes a la hora de anunciar y provocar la extinción del contrato de trabajo.

## **2. La dimisión y el abandono del puesto de trabajo manifestados a través de WhatsApp: su generalizada aceptación por parte de la doctrina judicial**

El art. 49.1 ET, referido como sabemos a la extinción del contrato de trabajo, contempla en su letra *d* la posibilidad de que el mismo se produzca «por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar». Al contrario de lo que sucede con el despido, la dimisión o abandono no cuenta con una regulación específica, es decir, no aparece recogida en ningún otro precepto distinto del art. 49.1.*d* ET. Además, la parquedad con la que está redactado el indicado precepto nos sugiere dos diferencias sustanciales respecto del régimen jurídico del despido. Así las cosas, el esquema básico de toda decisión rupturista provocada por el empresario requiere, necesariamente, la presencia de dos elementos: de un lado, una causa que lo justifique; y, de otro lado, una forma determinada a hora de exteriorizarlo. Solamente con la presencia de estos dos ingredientes se llegará a la declaración de la procedencia del despido.

En sentido contrario, la dimisión carece de estas dos notas definitorias, pues legalmente no se le exige al trabajador que alegue ninguna causa. Es evidente que la decisión del trabajador siempre tendrá alguna razón o explicación que, si lo desea, podrá expresar a su empresario, sin que sea esta una cuestión que invalide la ruptura del vínculo laboral. Por su parte, tampoco es necesario que la dimisión siga alguna fórmula concreta, más allá de la necesidad de conceder un preaviso. Por este motivo, la voluntad

unilateral del trabajador puede manifestarse tanto de forma escrita como verbal, ya sea de manera expresa o incluso tácita. Ahora bien, en todo caso se trata de una decisión recepticia, por lo que el empresario debe de ser conocedor de la misma.

Como se podrá apreciar, la libertad con la que está configurada la extinción del contrato por voluntad del trabajador abre un campo de actuación bastante amplio que, en principio, permite albergar todos o casi todos los casos en los que esta decisión haya sido manifestada a través de WhatsApp. No es de extrañar, por ende, que podamos encontrar algunos ejemplos de sentencias en los que se ha admitido la extinción del contrato cuando la renuncia ha sido comunicada por la aplicación de mensajería de WhatsApp, aceptándose sin fisuras la validez de este medio a la hora de transmitir la ruptura de la relación laboral.

Así lo ha avalado la STSJ Madrid 10 junio 2015<sup>10</sup> en un supuesto en el que una trabajadora que el día 13 de marzo de 2014 abandonó su puesto de trabajo y, ya por la tarde, se comunicó con su jefa de zona por WhatsApp expresándole que no iba a volver a trabajar. A la vista de ese mensaje la empresa procedió a preparar el finiquito de la trabajadora, así como su nómina hasta el día de su baja voluntaria. Por su parte, la trabajadora discutió este extremo, alegando que la baja voluntaria fue falsa y que, por ende, estábamos ante un despido improcedente. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid admitió la prueba consistente en los mensajes enviados por WhatsApp, llegando al convencimiento de que los mismos revelaron una «terminante, clara e inequívoca voluntad de la actora de romper la relación laboral». En este sentido, cabe tener en cuenta que los mensajes enviados reflejaron su intención de no volver, siendo el WhatsApp un canal perfectamente válido para manifestar dicha decisión dimisionaria.

Respecto de la posibilidad de retractarse, cabe aseverar sobre el este punto que la única forma posible de que la revocación tenga efectos es a través de su aceptación por parte del empresario. En este sentido, cuando un trabajador expresa que se quiere marchar precisará de la aquiescencia empresarial para reavivar de nuevo el contrato de trabajo. En definitiva, la dimisión en un acto generador de derechos frente a terceros, en este caso el empresario, por lo que para retractarse de lo comunicado a través de WhatsApp la empresa debe de consentir dicha rectificación, pues si reacciona con prontitud ofreciendo el finiquito, dando por terminada la relación laboral y cursando la baja de la Seguridad Social, la relación laboral quedará extinguida por voluntad del propio trabajador, pese a que posteriormente pueda arrepentirse del WhatsApp que ha enviado

---

<sup>10</sup> Rec. 817/2014.



previamente a su empresario. En estos casos es posible que, al poco tiempo de enviar el mensaje por el WhatsApp, el trabajador lo elimine, opción que permite esta aplicación y que supone que el contenido quede borrado para los dos comunicantes (tanto el emisor como el receptor del mensaje). En este escenario es posible que la empresa se quede sin prueba fehaciente ante una eventual demanda por despido improcedente, siempre que el trabajador se presente en su puesto de trabajo dando continuidad a la relación laboral. Para evitar este problema, la empresa debe de reaccionar rápidamente realizando una “captura de pantalla” de la conversación mantenida, con la finalidad de poder sostener a través de este medio de prueba la baja voluntaria cursada tras la recepción del mensaje. En definitiva, con independencia de a quien le interese el contenido del mensaje (empresa o trabajador), en todo caso, se recomienda actuar con cierta celeridad, dado el carácter fluido e instantáneo de las conversaciones mantenidas por WhatsApp. En este sentido, se aconseja que el eventual arrepentimiento por parte del trabajador sea rápido e igualmente rápida debe de ser la reacción de la empresa para contar un medio de prueba que justifique la tramitación de la baja voluntaria.

Este mismo tribunal (TSJ de Madrid) también aceptó la dimisión manifestada por WhatsApp en una sentencia dictada el día 8 de junio de 2017<sup>11</sup>. En líneas generales, el asunto versó en la comunicación de una trabajadora que le deniegan un determinado grado de invalidez y, ante el mensaje de la empresa solicitando su reincorporación les contesta por WhatsApp lo siguiente: “no me puedo reincorporar”. Asimismo, les comunica mensajes del siguiente tenor: “haced lo que tengáis que hacer», «lo siento, no me voy a incorporar”, “estoy haciendo acupuntura, pero no puedo seguir de continuo, me agoto”. A través de estos mensajes el TSJ de Madrid validó la baja voluntaria manifestada por parte de la trabajadora, considerando que «estas expresiones por sí solas son lo suficientemente ilustrativas de que la actora no quería seguir en su actividad laboral». Además, la empresa se comunicó con la trabajadora indicándole que si no se reincorporaba había que entender que está dimitiendo y que renuncia a su puesto de trabajo, por lo que, en definitiva, a juicio de la Sala «no hay circunstancia alguna que permita entender que la actora quisiera mantener su relación laboral cuando se obstina en no acudir al trabajo, a pesar de que la demandada le advierte de que ese proceder lo entenderá como dimisión». La dimisión como mecanismo para romper con el contrato de trabajo también se ha admitido cuando el mensaje se escribe en un grupo de WhatsApp en el que también participa la empresa. Así lo resolvió la STSJ

---

<sup>11</sup> Rec. 273/2017.

Andalucía, Granada, 18 julio 2019<sup>12</sup>, que conoció de la reclamación de un conductor de una empresa de transportes que escribió por el grupo de WhatsApp su intención de no seguir prestando servicios laborales y, a continuación, después de publicar el mensaje decidió abandonar el grupo. Dado que el siguiente día hábil no se personó en la empresa esta le dio de baja con efectos desde el día en el que manifestó su voluntad a través de WhatsApp. En este contexto, la doctrina judicial fue la siguiente: «el mensaje plasmado en el grupo de WhatsApp de la empresa constituye una voluntad inequívoca del actor de renunciar a prestar servicios para la empresa demandada sin que la existencia de un posible cambio de turno en el trabajo que no le venía bien constituya un hecho de suficiente entidad y gravedad como para anular el acto de consentimiento plasmado en su decisión de dimitir del puesto de trabajo, tal como determina la sentencia de instancia».

En resumidas cuentas, es perfectamente posible que una conversación de WhatsApp derive en la extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del trabajador. Además, en estos casos la voluntad del trabajador queda reflejada por escrito, por lo que si admite como prueba el contenido del mensaje enviado por WhatsApp, si este es suficientemente esclarecedor de la voluntad del trabajador, el resultado será la admisión de la dimisión manifestada por esta vía. Esta decisión también se puede verbalizar a través de una “nota de audio” o grabación que también quedará registrada en el contenido del mensaje, pudiéndose reproducir posteriormente en juicio.

Por lo tanto, una herramienta de uso cotidiano y utilizada generalmente con fines privados puede llegar a provocar la ruptura de la relación laboral. Además, teniendo en cuenta que lo que se transmite queda reflejado por escrito resulta bastante difícil distinguir si el mensaje se ha manifestado con seriedad o si se trata de una broma (puede ayudar a esta interpretación la utilización, en su caso, de “emojis”)<sup>13</sup>. En este sentido, será complicado que se acepte el arrepentimiento del trabajador, a no ser que el comentario en cuestión se elimine con prontitud, confiando en que durante ese lapso el empresario no ha sido conocedor de su contenido (o bien que no se le haya ocurrido realizar una captura de pantalla o “pantallazo”).

Abandonando el tema del WhatsApp – y de una manera muy esquemática –, podemos plantearnos si es posible que un comentario plasmado en una red social (en el “muro” o bien en “*stories*” o publicaciones temporales) puede llegar a provocar la extinción del contrato de trabajo por dimisión

---

<sup>12</sup> Rec. 257/2019.

<sup>13</sup> Se trata de los emoticonos ampliamente utilizados en la aplicación de WhatsApp y que normalmente expresan estados de ánimo y ayudan en ocasiones a dar cierto tono a la conversación (pueden denotar enfado, alegría, etc.).

del trabajador que lo ha publicado. En principio, desde mi punto de vista, me inclino por considerar que no es posible que este tipo de comentarios y publicaciones puedan suponer la extinción del contrato de trabajo, por lo menos de una forma aislada, dado que la dimisión es un acto recepticio. En consecuencia, entiendo que el trabajador debe de comunicar su decisión directamente a su receptor, es decir, al empresario, sin que este lo pueda deducir de cualquier publicación dirigida a terceros (sea en un “muro” o comentario temporal) siempre que el trabajador acuda regularmente a su puesto de trabajo. Es más, opino que la dimisión no podrá surtir efecto cuando el trabajador ni siquiera tenga entre sus contactos a la/s persona/s con capacidad suficiente como para extinguir el contrato de trabajo. Tampoco cuando estas personas son contacto del trabajador en la concreta red social de que se trate, toda vez que esta publicación es una voluntad expresada indirectamente, por lo que entiendo tiene que ir acompañada de otra serie de actos más concluyentes, como por ejemplo dejar de acudir al puesto de trabajo sin causa justificada. Por lo tanto, si la empresa deparara en un mensaje de este tipo y el trabajador no acude a trabajar, es posible que pueda darse cierta validez a la decisión dimisionaria (véase a título de ejemplo el supuesto que he comentado anteriormente sobre un comentario vertido en el grupo de WhatsApp).

Probablemente sí que pueda otorgarse validez a la voluntad de dimitir expresada en el hilo de comentarios de una conversación pública (por ejemplo, en respuesta a un comentario o bien una fotografía) en la que el trabajador conteste directamente a su empresario. Normalmente, en las redes sociales es posible contestar personalmente a un comentario a través de la opción “responder”, lo que debe de ser entendido que se realiza a la persona que previamente a escrito algo e incluso en el comentario de un tercero siempre que se “etiquete” la cuenta de usuario de alguien. De esta manera, una manifestación clara sobre la voluntad de dimitir dirigida a la cuenta de usuario del empresario, si se acredita el necesario carácter recepticio, podría ser suficiente para entender extinguida la relación laboral. Considero que no lo sería, por el contrario, cuando el comentario del trabajador se lleva a cabo en el hilo de una conversación en la que no se responde directamente al empresario y ello pese a que este pueda estar presente en el desarrollo de la misma (probablemente por carecer dicha acción del necesario carácter recepticio). En definitiva, entiendo que por esta vía también podría ser válida una dimisión, siempre y cuando que el trabajador (usuario de la red social) lleve a cabo su comentario intentando que llegue al empresario de una manera directa, pues en caso contrario podríamos considerarlo un comentario aislado, sin validez o, incluso, en determinados casos que ha sido manifestado “*iocandi causa*”.

### 3. La extinción por terminación de la duración pactada en el caso de la contratación temporal: su eficacia y aceptación por parte de la doctrina judicial

El art. 49.1.c ET regula la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido. Del mismo modo que sucedía con la dimisión, esta causa extintiva tampoco cuenta con una regulación específica, es decir, no aparece recogida en otro precepto distinto del mencionado. El Estatuto de los Trabajadores no introduce unos requisitos demasiados rígidos a la hora de dar por terminado el contrato de naturaleza temporal. En este sentido, simplemente obliga a las partes a “denunciar” cuando se llegue al plazo pactado, pues de lo contrario la relación laboral persistirá. Esta denuncia es, en puridad, la voluntad de una de las partes (normalmente el empresario) consistente en extinguir el contrato de trabajo por cumplirse el periodo de tiempo pactado en el mismo. Dado que no estamos ante un despido, sino ante una finalización que es sabida de antemano, el legislador no ha revestido esta causa extintiva de las formalidades que veremos más adelante en el epígrafe siguiente.

Es por ello por lo que, dada la flexibilidad formal existente a la hora de extinguir la relación laboral en el caso de los contratos temporales, la posibilidad de hacerlo a través de WhatsApp es una opción generalmente válida. De hecho, algunas sentencias han aceptado que la comunicación o denuncia pueda hacerse a través de este medio tecnológico. Es el caso de la STSJ Castilla y León, Valladolid, 19 julio 2021<sup>14</sup>, que consideró ajustada a derecho la extinción del contrato temporal de un jugador de balonmano profesional comunicada por WhatsApp. La cuestión de fondo consistió en dirimir si la finalización de la temporada 2019/2020 de la Liga Asobal, que concluyó *ante tempus* el 4 de mayo de 2020, supuso la extinción de la relación que se había pactado con un deportista profesional hasta final de la temporada. El Club comunicó por WhatsApp la extinción del contrato del jugador (el 7 de mayo de 2020). En este supuesto la Sala consideró que la extinción del contrato fue ajustada a derecho, dado que la finalización de la temporada 2019/2020 no fue el 15 de junio como estaba previsto, sino que se produjo antes. Respecto de la forma de manifestar esta decisión consideró que ni el RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, ni el ET establecen formalidad alguna para la comunicación de la extinción del contrato

---

<sup>14</sup> Rec. 1263/2021.

temporal, aceptándose, por ende, que la misma se comunicara por WhatsApp. En fin, en esta sentencia podemos leer lo siguiente: «entendemos, por ello, que no era precisa una comunicación formal para hacer saber al trabajador la finalización de su contrato».

Esta denuncia también puede transmitirse por WhatsApp de una forma anticipada, como ocurrió en el supuesto resuelto por parte de la STSJ Andalucía, Málaga, 20 junio 2018<sup>15</sup>. Se trataba de una trabajadora con un contrato temporal de interinidad por sustitución que escribió por WhatsApp a la empresa para comunicarle que iba iniciar una baja por riesgo durante el embarazo. A dicho WhatsApp la empresa le respondió por el mismo medio que no lo sabía y que le dará la carta de extinción del contrato a su marido (ambos trabajaban en la misma empresa). La trabajadora preguntó si le habían despedido y la empresa le contestó que no, que tenía contrato hasta una determinada fecha, pero que la carta ya estaba disponible. La extinción del contrato y consiguiente baja de la Seguridad Social se produjo el día en el que volvió la persona que estaba sustituyendo. La trabajadora interesó en el juicio el despido “fulminante” comunicado por WhatsApp, pero en realidad el contrato se extinguió a su vencimiento, es decir, cuando regresó la persona que estaba sustituyendo. En definitiva, se produjo una extinción del contrato de interinidad ajustada a derecho, pues esta se produjo en la fecha en la que volvió la trabajadora sustituida y no antes, admitiéndose que es algo bastante común el hecho de que las empresas preparen con cierta antelación la documentación y no existía dato alguno del que poder deducir que la empresa tuviese previsto que la demandante continuase su prestación de servicios más allá de la fecha de la terminación de su contrato de interinidad.

En definitiva, del mismo modo que sucede con el caso de la dimisión o abandono por parte del trabajador, la inexistencia de ciertas reglas formales para dar por terminada la relación laboral pactada mediante un contrato temporal supone que, en líneas generales, deba de admitirse que esta comunicación o denuncia pueda manifestarse por WhatsApp. Así las cosas, creo que no existen demasiados problemas a la hora de admitir que a través de WhatsApp se puede comunicar la extinción del contrato de trabajo, colmándose con ello el requisito legal de la necesaria denuncia antes de la finalización del plazo pactado que evite que la relación continúe.

---

<sup>15</sup> Rec. 646/2018.

#### 4. La extinción por voluntad unilateral del empresario: dudas e inconsistencias sobre la admisibilidad del despido comunicado a través de WhatsApp

Una de las características fundamentales del ordenamiento jurídico español en materia de protección frente al despido consiste en la especial atención que se presta a su forma, es decir, a la exteriorización de la causa que lo justifica. En efecto, el incumplimiento total o parcial de la forma legalmente establecida para llevar a cabo un despido conduce normalmente a la invalidez del acto extintivo.

En el caso particular del despido disciplinario, el art. 55.4 ET establece que el despido será improcedente cuando su forma no se ajuste a lo establecido en el apartado 1 del señalado precepto. Por lo que respecta al despido objetivo, el art. 53.4 ET determina la improcedencia de este cuando su forma no se acomode a las previsiones contenidas en su apartado 1. Por su parte, en los despidos colectivos y en las extinciones por fuerza mayor la cuestión es bastante más compleja, dado que en su tramitación se suceden dos fases, una colectiva y otra individual, profusamente reguladas legal y reglamentariamente, de suerte que determinados incumplimientos formales conllevan la nulidad de la decisión colectiva. Respecto de la comunicación individual expresada a cada trabajador incluido en el despido colectivo, la forma también se revela como un requisito inexorable para la validez del acto extintivo.

La importancia que se otorga al modo de exteriorización de la voluntad empresarial de dar por extinguida la relación laboral es, por tanto, innegable. Ciertamente, al Derecho del Trabajo no le interesa tanto la formación de la voluntad del empresario a la hora de despedir, sino que fija su atención sobre su exteriorización, rodeando de requisitos el “acto de despido”, en esencia, su forma<sup>16</sup>. Este canon resulta perfectamente explicable, en todos los casos, dado que los requisitos formales conectan, sin duda alguna, con el derecho de todo trabajador a conocer las razones concretas que aduce la empresa para despedirle, así como con el sistema de garantías legales que facilitan la preparación de una adecuada demanda contra la decisión extintiva impuesta unilateralmente por el empresario.

Desde una perspectiva constitucional, el art. 35.1 CE condiciona el régimen extintivo del contrato de trabajo, pues en su vertiente individual se concreta, entre otros aspectos, con el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa. De este modo, estas

---

<sup>16</sup> *Vid.* M. ALONSO OLEA, M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, 2002, p. 469.

exigencias constitucionales significan que en nuestro ordenamiento rige el principio general de la limitación legal del despido, que se somete para su licitud a unos requisitos de fondo, pero también de forma<sup>17</sup>. Con todo, en lo que aquí interesa, salvo en alguna relación laboral de carácter especial concreta, no se permite una absoluta libertad o posibilidad de despido *ad nutum*<sup>18</sup>. Por este motivo, la decisión empresarial de dar por finalizada la relación laboral tiene que obedecer a una causa concreta y proyectarse de una forma determinada, ambas, de acuerdo con la legalidad vigente (estos condicionantes se excepcionan en la ruptura de la relación laboral durante el periodo de prueba).

Ahora bien, el hecho de que un concreto despido no cumpla con los requisitos procedimentales que establecen las leyes no significa que no haya existido una finalización del contrato de trabajo. Dicho de otra manera, son despidos que en todo caso resuelven el contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario. Por lo tanto, un despido por WhatsApp provocará la extinción del contrato, ahora bien, si es impugnado por parte del trabajador puede que no sea procedente, precisamente, porque el ordenamiento jurídico antepone la regularidad procedimental del acto extintivo.

En líneas generales, para que un despido sea válido procedimentalmente se exige que la forma sea escrita y que, además, consten los hechos (o causas) que motivan la decisión empresarial, así como la fecha en que producirá sus efectos. Requisitos todos ellos que convierten al despido en un acto formal y recepticio. Estas tres exigencias, que se analizarán seguidamente de manera amplia, están al servicio de tres objetivos básicos, a saber:

- a. dar a conocer al trabajador los cargos que motivan su despido a fin de que pueda impugnarlos y proponer las pruebas que estime oportunas, evitando de este modo que se vea sorprendido en el juicio oral con unas imputaciones para cuya refutación no se haya preparado convenientemente<sup>19</sup>. Lo importante será, en definitiva, que el trabajador tenga un perfecto conocimiento de los hechos que se le imputan y que pueda defenderse adecuadamente contra los mismos<sup>20</sup>;

---

<sup>17</sup> Vid. Á BLASCO PELLICER, E.E. TALÉNS VISCONTI, *La forma y el procedimiento del despido*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 12.

<sup>18</sup> Cfr. STC 22/1981, de 2 de julio, o STC 192/2003, de 27 de octubre.

<sup>19</sup> Vid. M. ALEGRE NUENO, *Forma, calificación y efectos del despido*, en J.M. GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1077.

<sup>20</sup> Vid. A.M. BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55: Forma y efectos del despido disciplinario*, en J. CRUZ VILLALÓN, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.M. GOERLICH PESET, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 2011, p. 574.

- b. delimitar los términos de la controversia judicial, no pudiendo el empresario aducir en el acto del juicio unos hechos distintos a los reflejados en la comunicación empresarial entregada por escrito;
- c. fijar el día a partir del cual comienza a computarse el plazo de caducidad de que dispone el trabajador para impugnar el despido (que como se sabe, de acuerdo con el art. 59.3 ET, será de veinte días).

Junto con ello, además, la carta de despido permitirá acreditar la situación legal de desempleo (art. 267.1a.3° TRLGSS y DT 2<sup>a</sup>.a, Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad).

Conocer estas premisas es algo bastante importante a la hora de valorar la eventual cabida que puede tener en nuestro ordenamiento jurídico el despido manifestado por WhatsApp. En este sentido, la carta de despido entregada en soporte papel viene siendo el documento solemne a través del cual tradicionalmente se notifica y ejecuta la decisión extintiva del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario. Con todo, el avance de las nuevas tecnologías y, en concreto, los medios de comunicación escrita con los que interactuamos en la actualidad me llevan a pensar si es posible que puedan servir para notificar la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral de la empresa. Para dar respuesta a este interrogante cabe tener en cuenta, tal como he aseverado anteriormente, que el Estatuto de los Trabajadores consagra la forma escrita como mecanismo legal para trasladar a la persona afectada la decisión extintiva empresarial en la que, además, deberán de figurar con meridiana claridad los hechos imputados o causa que la sustenta, la fecha de efectos y, además, naturalmente, el receptor del mensaje tiene que darse por enterado de dicha notificación. Con todo, más allá de estas consideraciones formales, que no son pocas, el precepto estatutario deja plena libertad sobre el medio utilizado para poder notificar el despido, pues guarda absoluto silencio sobre el particular. Por este motivo, teóricamente, no existen demasiadas dificultades interpretativas a la hora de admitir la legalidad de los despidos comunicados a través de WhatsApp (o por otra serie de aplicaciones similares). Por lo tanto, desde mi punto de vista, como punto de partida, entiendo que no cabe descartarlos de raíz, puesto que los arts. 53 y 55 ET no se oponen a la comunicación del despido llevada a cabo a través de medios tecnológicos. En cualquier caso, resulta ciertamente más complicado que WhatsApp pueda admitirse, en líneas generales, como un mecanismo adecuado para comunicar el despido. Desde luego, el despido será improcedente (o nulo)<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> En los casos legalmente establecidos en los que cuando el despido no puede declararse procedente el resultado sea la declaración de nulidad.



cuando la empresa envíe un mero mensaje escrito por WhatsApp comunicando al trabajador que está despedido. Podemos ver un ejemplo de lo anterior en la sentencia del Juzgado de lo Social n. 4 Palma de Mallorca 5 febrero 2018<sup>22</sup>, que declaró improcedente un despido comunicado por la empresa demandada a través de WhatsApp y dándole baja la Seguridad Social. En idéntico sentido se pronunció la sentencia del Juzgado de lo Social n. 5 Palma Mallorca 5 junio 2019<sup>23</sup>, al considerar que no fue válida la decisión de la empresa que comunicó por WhatsApp el cese de la prestación de sus servicios del trabajador demandante. Efectivamente, una simple comunicación WhatsApp es demasiado breve y concisa, por lo que no se cumple con la exigencia consistente en dar a conocer al trabajador con el necesario detalle todos los hechos que han motivado la imposición de la sanción (o la causa que justifica la extinción por razones objetivas). Esta circunstancia deja al trabajador afectado en una situación de indefensión que, naturalmente, provocará la improcedencia (o nulidad) del despido. Por lo tanto, un mensaje de WhatsApp, sin ningún otro tipo de documento adjunto, no es un medio eficaz para concretar o motivar el despido.

Por el contrario, sí que se ha aceptado que el mensaje enviado por WhatsApp sirva para cumplir con otras finalidades del despido, por ejemplo, para fija el *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad de la acción. Podemos ver un ejemplo del anterior aserto en la sentencia del Juzgado de lo Social n. 4 Palma de Mallorca 5 marzo 2018<sup>24</sup>, en un supuesto

---

<sup>22</sup> Proc. 381/2016. «En el supuesto enjuiciado, acreditado que la empresa demandada envió un WhatsApp al trabajador manifestándole que estaba despedido, dándole baja la Seguridad Social con fecha 15 de abril de 2016, conforme a las normas reguladoras de la carga de la prueba contenidas en los Arts. 217 LECv. y 105.2 LPL, correspondía a la misma acreditar que efectivamente el motivo del cese frente al que se acciona fue la dimisión del trabajador, y tal extremo, en modo alguno ha resultado acreditado. Así pues, no habiendo acreditado la demandada, como según las reglas sobre el *onus probandi* le competía, la concurrencia de causa que sirva de sustento causal al cese de la demandante, el mismo debe ser calificado como un despido improcedente».

<sup>23</sup> Proc. 72/2019. «En el presente caso, la empresa no entregó al trabajador carta de despido alguna poniendo en su conocimiento la rescisión unilateral del contrato de trabajo, así como las causas motivadoras de la decisión empresarial. La empresa comunicó al actor su cese mediante un mensaje de WhatsApp, sin respetar los requisitos que el Art. 55.1 ET) y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta exigen para considerar cumplidos los requisitos formales del despido».

<sup>24</sup> Proc. 196/2017. «En el supuesto enjuiciado ninguna duda cabe de que, si bien la fecha de efectos de la extinción de la relación laboral tuvo lugar el día 18 de enero de 2017, tal y como se hace constar en la misma, y que es cuando la empresa demandada notificó el despido por burofax, sin embargo, no es hasta el 8 de febrero de 2017 cuando el trabajador tiene conocimiento de su despido, al enviarle la empresa un WhatsApp a su teléfono. Es fundamental para la determinación del día inicial del cómputo del plazo de caducidad la

en el que el despido fue notificado por Burofax al domicilio del trabajador el día 18 de enero de 2017. Sin embargo, no es hasta el 8 de febrero de 2017 cuando se acreditó que el trabajador tuvo conocimiento de su despido, al enviarle la empresa un WhatsApp a su teléfono indicándole esta situación. En este sentido, la fecha del mensaje de WhatsApp fue tomada en cuenta como inicio del cómputo del plazo de caducidad, por lo que se entendió que la acción no estaba caducada.

También se ha fijado el *dies a quo* de la acción en la comunicación del despido llevada a cabo por medio del correo electrónico. Es el caso de la reciente STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 18 noviembre 2022<sup>25</sup>, en el que la empresa envió al trabajador afectado por el despido un mensaje de correo electrónico en el que, como documento adjunto, se acompañaba la comunicación de fin de contrato. Se acreditó, asimismo, que ese correo electrónico era el medio habitual de comunicación entre las partes. No se discutió la validez de la comunicación o la suficiencia de la carta de despido, que se dio por buena, centrándose el asunto en que fue la fecha de envío del señalado correo electrónico, de acuerdo con la prueba practicada, la inició el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción, que en este caso se entendió caducada.

Algo más o menos similar fue lo que ocurrió en la reciente STSJ Madrid 19 septiembre 2022<sup>26</sup>. El asunto consistió, básicamente, en el despido de un trabajador que no se reincorporó tras la finalización de su ERTE después de que la empresa le haya enviado sucesivas misivas por Burofax que, sin embargo, volvieron sin acuse de recibo. Superado el plazo para su reincorporación al puesto de trabajo, la empresa le envió un nuevo Burofax notificándole el despido por falta de asistencias justificadas. Con todo, el trabajador se enteró del mismo por mor del SMS enviado por parte de la TGSS comunicándole su baja en la empresa. Tras la recepción del citado SMS el trabajador decidió enviar un WhatsApp a la empresa y esta le contestó emplazándolo a las dependencias empresariales para recoger su carta de despido y el finiquito. El TSJ de Madrid concluyó que el despido es improcedente dado que no existía causa, pues la empresa debió de asegurarse que las comunicaciones llegaban al trabajador afectado, cosa que no se produjo:

---

fecha del conocimiento por el trabajador de su despido, de forma que la fecha en que este se produce prevalece para su cómputo y por tanto pese al envío del burofax a su domicilio, que no recibió al encontrarse ausente de su domicilio, no fue sino a partir de la recepción del WhatsApp cuando tuvo conocimiento del despido, siendo desde ese día cuando puede iniciarse el cómputo debiendo por tanto desestimarse la excepción invocada».

<sup>25</sup> Rec. 388/2022.

<sup>26</sup> Rec. 318/2022.

la doctrina referida impone al empresario, ante la trascendencia de la medida sancionadora que se disponía a imponer, el deber de agotar diligentemente los mecanismos regulares de comunicación que obraban a su alcance, entre los que se encontraba el de WhatsApp. No se comprende que sólo acuda a esta vía para informar al trabajador de su cese, y no antes para requerirle para su reintegro a su puesto de trabajo. Si procedió a comunicar esta circunstancia vía telemática y postal, bien pudo también haber acudido al uso de dicha aplicación de mensajería, la cual tenía a su acceso como evidenció el hecho de haber sido dicho cauce para comunicar el despido.

En lo que interesa al presente estudio, se adujo expresamente que la empresa debió de comunicarse por WhatsApp, dado que era una práctica habitual entre empresa y trabajador, dando valor a este medio de comunicación a efectos de notificar actos tales como la reincorporación tras la finalización de un ERTE, extremo que supuso la declaración de improcedencia del despido.

Por lo tanto, enviar un simple mensaje de WhatsApp diciéndole al trabajador que está despedido no cumple con los requisitos formales para declarar la procedencia del mismo, pues no se puede explicar de una manera detallada los hechos que se le imputan o las causas que lo justifican. En resumidas cuentas, un mero mensaje de WhatsApp no permite superar el canon interpretativo de la “suficiencia” de la carta de despido. Ello no es óbice para que el WhatsApp pueda servir para otra serie de finalidades, señaladamente a los efectos de probar la notificación de esta decisión empresarial (pues hemos visto como existe alguna sentencia que lo ha tenido en cuenta para iniciar el cómputo del plazo de caducidad).

Respecto de la suficiencia de la carta de despido, ha quedado acreditado que un mensaje en el que sólo se diga que el trabajador está despedido no puede dar cumplimiento a la citada exigencia formal. Ahora bien, no cabe perder de vista que a través de WhatsApp se pueden enviar documentos en diversos formatos, ya sea en fotografía o incluso en PDF. Además, WhatsApp no sólo puede abrirse y utilizarse en un teléfono móvil, pues esta aplicación de mensajería puede utilizarse con un ordenador. También cabe tener presente que todos estos documentos recibidos por WhatsApp pueden reenviarse con facilidad a un correo electrónico y posteriormente imprimirse. En consecuencia, nada impide que se pueda enviar una carta de despido por WhatsApp y que esta pueda ser exactamente idéntica a la que entregada en mano. Dicho de otro modo, más simple, desde mi punto de vista esta carta de despido puede cumplir perfectamente con el requisito de la “suficiencia”, albergando todos elementos necesarios para considerar que el despido es procedente desde esta concreta perspectiva. Por lo tanto, pese

a que, hoy en día, por el momento, esta solución quizás no sea la más ortodoxa, por considerarse los canales habituales de comunicación del despido los más idóneos, no podemos desconocer que, enviándose de una determinada manera, la medida extintiva puede llegar a cumplir con los requisitos exigidos para declarar su procedencia.

En resumidas cuentas, considero que si se envía un documento en archivo adjunto dentro del mensaje de WhatsApp es posible cumplir con el requisito de la “suficiencia” de la carta de despido, pero el problema lo podemos encontrar a la hora de acreditar de la recepción del mensaje, es decir, si la notificación ha llegado a conocimiento de su destinatario. Aquí podemos encontrarnos con algunas dificultades y, en determinados casos, pienso que podría a un panorama de presunciones en función del propio funcionamiento operativo de la aplicación de WhatsApp.

Así, en primer lugar, si el mensaje de WhatsApp ha sido contestado por parte del trabajador debemos de reconocer que se ha producido la recepción del mismo, por lo tanto, en principio, debemos de considerarlo como notificado y enterado del contenido de la carta de despido que, una vez abierta, puede contener con todo detalle los requisitos fijados por la jurisprudencia. Con todo, es posible que el trabajador pueda eliminar el contenido de su respuesta en un momento posterior, por lo que quizás sea recomendable realizar una “captura” o copia del mensaje que acredite dicha recepción.

Más problemas podemos encontrarnos en los casos en los que el trabajador receptor del mensaje opta por no contestar al mensaje de WhatsApp que contiene la carta de despido. En estos casos, desde mi punto de vista, si la persona se ha quitado la opción de ofrecer el *feedback* o retroalimentación sobre el carácter leído o no leído de los mensajes recibidos, parece muy complicado demostrar este extremo (por no decir imposible). Se trata de una opción que presenta WhatsApp mediante la cual una persona decide no dar señal a sus contactos sobre si un mensaje que le ha llegado lo ha leído o no. Cuando se utiliza esta preferencia, los mensajes aparecen con dos “*checks*” o “*ticks*” de color gris. De este modo, cuando se activa esta posibilidad no se puede acreditar que el mensaje ha sido abierto. Por lo tanto, a los efectos de acreditar la notificación del despido considero que no servirá con el envío de la carta de despido por WhatsApp, a mayores cuando sabemos que la doctrina judicial exige que la empresa tiene que agotar todos los medios posibles para hacérsela llegar al trabajador afectado. Es por ello por lo que, en estos casos, no podrá declararse la procedencia del despido si solamente se aporta esta prueba, pues no cabe presumir que la notificación ha llegado a su destinatario de forma correcta. Por lo demás, cuando una persona elige limitar el conocimiento sobre si los mensajes que

le llegan los ha leídos o no, tampoco podrá ver si sus mensajes les llegan a otros usuarios, es decir, que se trata de una opción que opera tanto para enviar como para recibir comunicaciones por WhatsApp. Por lo tanto, si la persona que representa a la empresa tiene habilitada esta herramienta, recomiendo que quite dicha opción a la hora de enviar el mensaje que incluye la indicada carta de despido, pues de lo contrario no podrá saber si le ha llegado correctamente a menos que el trabajador conteste a dicho WhatsApp o se comunique por cualquier otro medio.

Tampoco podremos acreditar que la carta de despido ha llegado a su destinatario cuando en la pantalla nos aparece un único *check* o *tick*, ya sea de color azul o gris. Cuando solamente aparece un símbolo, del color que sea, el mensaje no ha llegado al destinatario, ya sea por no tener cobertura, buena conexión a la red o estar el dispositivo apagado (o bien por cualquier otro problema interno de la aplicación). En suma, el mensaje no ha llegado al destinatario, por lo que la empresa no puede conformarse con ello, debiendo de agotar la comunicación del despido a través de otras vías seguramente más convencionales, ya que solo cumple con su obligación de notificación cuanto apure todas las garantías y formalidades para que su decisión llegue a conocimiento de la persona despedida<sup>27</sup>.

Cuando ambos interlocutores tienen habilitada la confirmación de la recepción de los mensajes de WhatsApp, el *check* varía de color en función de una serie de vicisitudes. En este sentido, cuando el mensaje se ha enviado y ha llegado al dispositivo del receptor aparecen dos *ticks* de color gris. Por su parte, cuando el receptor abre la aplicación de WhatsApp y entra directamente a la conversación estos símbolos se tornan de color azul. Esto significa que el receptor ha visto el mensaje y ha entrado en la concreta conversación. Por este motivo, desde el asesoramiento al trabajador quizás sea más interesante recomendarle que no entre en la conversación. De esta manera parece que obliga a la empresa a utilizar otros medios de comunicación distintos, pues de no hacerlo así será más sencillo invocar la improcedencia (o nulidad) del despido por una errónea notificación. Volviendo a la aparición de los dos *checks* de color azul, técnicamente, esto puede llegar a acreditar que, como mínimo, el receptor del mensaje ha recibido el WhatsApp y que, incluso, todo apunta que lo ha podido leer. Es posible que haya opiniones discrepantes que consideren que esto no es suficiente y que hace falta algo más para acreditar que el trabajador ha recibido la carta de despido. Desde luego, es posible que el mensaje de WhatsApp lo haya abierto otra persona (siempre que tenga acceso al dispositivo del destinatario o este se haya dejado abierta la aplicación sin

---

<sup>27</sup> Vid. STSJ Cataluña 11 mayo 2010, rec. 1214/2010.

clave alguna). Con todo, desde mi punto de vista, pienso que puede ser suficiente con acreditar que la carta de despido ha sido notificada cuando aparecen dos *checks* de color azul, no así cuando son de color gris. De tal modo que el doble *check* azul podría actuar a modo de presunción de *iuris tantum* de que la carta de despido ha sido notificada de una manera efectiva. Sin embargo, entiendo las reservas que puede suponer esta teoría, por lo que seguramente, si tuviera que asesorar en esta materia, a falta de jurisprudencia específica sobre el particular, en los casos en los que el trabajador no ha contestado al mensaje de WhatsApp, recomendaría que se llevara a cabo la notificación por otras vías más convencionales, por lo menos hasta que exista algún criterio judicial más o menos uniforme en esta materia.

## 5. Bibliografía

ALEGRE NUENO M. (2016), *Forma, calificación y efectos del despido*, en J.M. GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch

ALONSO OLEA M., CASAS BAAMONDE M.E. (2002), *Derecho del Trabajo*, Civitas

BADIOLA SÁNCHEZ A.M. (2011), *Artículo 55: Forma y efectos del despido disciplinario*, en J. CRUZ VILLALÓN, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.M. GOERLICH PESET, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova

BLASCO PELLICER Á, TALÉNS VISCONTI E.E. (2018), *La forma y el procedimiento del despido*, Tirant lo Blanch

CALVO GALLEGO F.J. (2012), *TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales*, en *Aranzadi Social*, n. 9, pp. 125-151

CAMPUZANO TOMÉ H. (2011), *Las redes digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI*, en *Actualidad Civil*, n. 1

CARDONA RUBERT M.B. (2010), *La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa*, en *Revista de Derecho Social*, n. 52, pp. 67-77

GONZÁLEZ SANZ G. (2013), *El uso de las redes sociales en España*, en *Crítica*, n. 985, pp. 22-25

GRANDE C., GORDILLO C. (2013), *El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 855

LLORENS ESPADA J. (2014), *El uso de facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos*, en *Revista de Derecho Social*, n. 68, pp. 53-66

NORES TORRES L.E. (2016), *Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales*, en *Revista de Información Laboral*, n. 7, pp. 21-52

NORES TORRES L.E. (2014), *Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral*, en *Actualidad Laboral*, n. 3, pp. 314-320

ORTIZ LÓPEZ P. (2013), *Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal*, en A. RALLO LOMBARTE, R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas

TALÉNS VISCONTI E.E. (2020), *Incidencia de las Redes Sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*, Lefebvre

# La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer

Francisco VIGO SERRALVO\*

---

**RESUMEN:** Escribimos estas páginas con el propósito de rescatar la teorización del jurista alemán Hugo Sinzheimer sobre la posición que ocupa la dignidad humana en la configuración del Derecho del Trabajo. Observaremos que este autor acoge una concepción de la dignidad humana muy concreta, la cual se fundamentaría en la capacidad de autodeterminación moral del hombre, y, a partir de ella, afirma la radical incompatibilidad de este valor con la nota de dependencia que se da en las relaciones laborales asalariadas. El Derecho del Trabajo, en la medida que asume ese vínculo de dependencia personal y lo institucionaliza, resultará según Sinzheimer insuficiente para garantizar la dignidad del ser humano. Justificaremos cómo, para dicho autor, el respeto pleno de este valor filosófico exige el surgimiento de una nueva disciplina jurídica, el Derecho económico, llamado a garantizar la coparticipación de los trabajadores en la orientación del proceso productivo.

*Palabras clave:* Hugo Sinzheimer, dignidad humana, derecho del trabajo, derecho económico.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Algunos apuntes bibliográficos (remisión). 3. La premisa de Sinzheimer: la dignidad humana a partir de una fundamentación kantiana. 4. Distintas concepciones del hombre acogidas por la ciencia jurídica. 5. El Derecho económico como presupuesto para la garantía plena de la dignidad humana. 6. Conclusión o disertación de cierre sobre la pertinencia actual del planteamiento de Sinzheimer acerca de la dignidad humana. 7. Bibliografía.

---

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



## The Radical Insufficiency of Labour Law for the Guarantee of Human Dignity. A re-reading of Hugo Sinzheimer

---

**ABSTRACT:** We write these pages with the purpose of rescuing the theorization of the German jurist Hugo Sinzheimer on the position that human dignity occupies in the configuration of Labor Law. We will observe that this Author accepts a very specific conception of human dignity, which would be based on man's capacity for moral self-determination, and, based on it, he affirms the radical incompatibility of this value with the note of dependency that occurs in salaried labour relations. Labour Law, to the extent that it assumes this bond of personal dependency and institutionalizes it, according to Sinzheimer it will be insufficient to guarantee the dignity of the human being. We will justify how, for this Author, the full respect of this philosophical value requires the emergence of a new legal discipline, economic law, called to guarantee the co-participation of workers in the orientation of the productive process.

*Key Words:* Hugo Sinzheimer, human dignity, labour law, economic law.

## 1. Introducción

La progresiva complejización – o hipertrofia – del ordenamiento jurídico laboral, la aparición de nuevas problemáticas derivadas de la globalización, la evolución tecnológica y el surgimiento de nuevas formas de producción han monopolizado la literatura académica contemporánea sobre el Derecho del Trabajo. Las respuestas urgentes que exigen estas nuevas realidades han desplazado del debate doctrinal las cuestiones más conceptuales sobre la esencia de esta rama del Derecho, lo que, según se denuncia, podría llegar a amenazar la solidez algunos de sus conceptos nucleares<sup>1</sup>: La función tuitiva del Derecho del Trabajo, su naturaleza semipública o su calificación como *Derecho de clase*, son consideraciones que se aceptan hoy casi por tradición, a modo premisa que, por reiterada, acaba por ser axiomática e inmune a cualquier revisión crítica.

Algo así es lo que ocurre, según lo vemos, con el concepto de la dignidad humana y su posición en la configuración del Derecho del Trabajo. Se invoca con frecuencia la dignidad de la persona trabajadora como valor fundante del orden jurídico laboral, pero de forma vaga, indeterminada y, en no pocas ocasiones, contradictoria<sup>2</sup>. No se apela a una concreta significación de la dignidad humana y mucho menos se identifican las implicaciones que tendría su posicionamiento como elemento central del Derecho del Trabajo. Desde estas alusiones vagas a la dignidad humana, resultará estéril acudir a este concepto con fines hermenéuticos o con cualquier otra finalidad distinta de la meramente retórica.

Como contraste a esta tendencia contemporánea, observamos cómo en algunos textos clásicos las alusiones a la dignidad humana se insertaban en una acabada estructura argumentativa y metodológica. Así ocurre, al menos y en nuestra opinión, en la construcción dogmática de Hugo Sinzheimer, célebre jurista alemán y, para muchos, fundador teórico del Derecho del Trabajo en Europa<sup>3</sup>. Para este autor, la dignidad humana cuenta con una

---

<sup>1</sup> Vid. G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, 2016, p. 2.

<sup>2</sup> En este sentido, Chueca, 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» (R. CHUECA (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 20 y 25, citado por J.I. DELGADO ROJAS, *Dignidad humana*, en *Eunomía*, 2018, n. 15, p. 177).

<sup>3</sup> A. SEIFERT, *Die Rechtssoziologie von Hugo Sinzheimer: Eine Annäherung*, en W. KOHTE, N. ABSENGER (eds.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin*

definición filosófica muy precisa, de filiación kantiana, que expresa la superioridad jerárquica del ser humano en relación con el resto de realidades terrenales: superioridad que derivaría de su capacidad de autodeterminación moral. Esta idea, aparentemente simple, contiene un enorme potencial y condiciona, en opinión de dicho autor, la orientación que debe seguir la totalidad del sistema jurídico y, particularmente, dentro de este, el Derecho del Trabajo.

En efecto, según el jurista alemán, la conciencia sobre la dignidad del ser humano es la que justifica la aparición del Derecho del Trabajo, pero también, de forma paradójica, su insuficiencia. Si la evolución histórica del ordenamiento jurídico desde la Ilustración hasta el siglo XX se había caracterizado por su progresiva adecuación a las imposiciones que exige el reconocimiento de la dignidad humana – un trato reverencial e igualitario a toda persona –, la aparición del Derecho del Trabajo fue el último logro de ese proceso evolutivo. Sin embargo, para Sinzheimer, esta disciplina no representa su consumación última: no, en la medida que el Derecho del Trabajo acepta la dependencia del operario en la relación laboral, lo que, en su opinión, se opone radicalmente a la idea de dignidad humana y las implicaciones normativo-morales inherentes a ella. Desde este planteamiento, un ordenamiento jurídico acorde a la dignidad de la persona sería aquel que garantice la plena capacidad de autodeterminación moral del individuo, lo que, como veremos, pasaba por asegurar al obrero la participación en la toma de decisiones inherentes al proceso productivo. Este objetivo exigiría una reformulación jurídico-política mucho más ambiciosa que la que se propone el *Derecho del Trabajo* y solo podría conseguirse por una nueva concepción del Derecho que Sinzheimer denominó *Derecho económico*.

Al llegar a este punto observamos cómo las consecuencias que extrae Sinzheimer de la afirmación de la dignidad humana son sumamente drásticas, quizás inasumibles desde los principios esenciales de nuestro actual sistema jurídico-político; sobre todo en la medida que comprometen la preeminencia de la propiedad privada. En este comentario, valga aclarar, no haremos una apología sus postulados ni nos adheriremos a ellos, aunque tampoco afirmaremos su irrealizabilidad. Desde una posición mucho menos comprometida – que esperamos que sea excusada por el lector – nos limitaremos a reivindicar la pertinencia de recuperar el planteamiento de nuestro autor para preguntarnos hoy qué significa la dignidad humana y qué

---

Höland, Nomos, 2015; R. DUKES, *Hugo Sinzheimer and the constitutional function of labour law*, en G. DAVIDOV, B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011; S. GAMONAL, *Derecho Laboral, economía y pseudociencia*, en *Derecho y Crítica Social*, 2017, vol. 3, n. 1, p. 3.

implicaciones debería proyectar sobre el ordenamiento jurídico y, más concretamente, sobre la vertiente laboral de este. Y es que, aunque se recuse la factibilidad del modelo jurídico-político propuesto por Sinzheimer – *dato non concessio* –, es innegable que este se construye sobre una conceptualización de la dignidad humana bastante sólida y coherente. Solo por ello nos parece bastante útil volver a él para enriquecer las discusiones contemporáneas sobre el significado que debemos atribuir a la proclamación de dicho valor en los diferentes textos jurídicos. En este sentido, coincidimos con algún autor que ha visto en la obra de Sinzheimer una contribución «aleccionadora, porque se descubre en ellos un caudal de ideas totalmente actuales – y sin duda más realistas que las de gran parte de la vigente doctrina laboralista – que nos confirman, una vez más, que en éste, como en otros muchos ámbitos de la ciencia jurídica, muchas aparentes novedades son profundamente viejas, con lo que el jurista puede someterse a una profunda cura de humildad»<sup>4</sup>.

## 2. Algunos apuntes biográficos (remisión)

No nos proponemos aquí elaborar una biografía de Hugo Sinzheimer. Tal cometido ya se ha conseguido de forma satisfactoria, con una extensión y un rigor inalcanzables para nosotros. Entre otras fuentes posibles, remitimos al lector interesado en abundar sobre su figura a la semblanza publicada en 1958 por su discípulo, Ernst Fraenkel, en *JuristenZeitung*<sup>5</sup>. También a la página web del [Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht \(HSI\)](#)<sup>6</sup>; a la reseña redactada en 1997 por Luca Nogler para la revista italiana *Lavoro e Diritto*<sup>7</sup> o, para una documentación más exhaustiva, a la biografía publicada por la editorial Bund en el año 1999 a cargo del profesor japonés Keiji Kubo<sup>8</sup>. Hecha esa remisión, nos limitaremos aquí a resaltar solo algunos datos biográficos de nuestro autor que estimamos relevantes para una mejor comprensión de su posición teórica en el tema que aquí nos

<sup>4</sup> F. VÁZQUEZ MATEO, *El hombre y el Derecho del Trabajo, en Hugo Sinzheimer*, introducción a H. SINZHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, p. 13.

<sup>5</sup> E. FRAENKEL, *Hugo Sinzheimer*, en *JuristenZeitung*, 1958, vol. 13, n. 15, pp. 457-461.

<sup>6</sup> Vid. la página [Biographie](#) de la sección [Hugo Sinzheimer](#), en el [sitio web del HSI](#).

<sup>7</sup> L. NOGLER, *Hugo Sinzheimer (1875-1945)*, en *Lavoro e Diritto*, 1997, n. 4.

<sup>8</sup> K. KUBO, *Hugo Sinzheimer – vater des deutschen Arbeitsrechts. Eine Biographie*, Bund, 1999. Otras biografías bastante minuciosas pueden ser: O.E. KEMPEN, *Hugo Sinzheimer. Architekt des kollektiven Arbeitsrechts und Verfassungspolitiker*, Societäts, 2017; A. DE WOLF, *Hugo Sinzheimer und das jüdische Gesetzesdenken im deutschen Arbeitsrecht*, Hentrich & Hentrich, 2015.

ocupa.

Con este propósito, podemos comenzar destacando que Hugo Sinzheimer (12 abril 1875, Worms, Alemania – 16 septiembre 1945, Bloemendaal-Overveen, Países Bajos) fue el primer profesor honorario (*ordentlichen Honorarprofessor*) de Derecho del Trabajo en Alemania, nombramiento que ocurrió en junio de 1919, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Frankfurt. Previamente, en el año 1914, coeditó la revista *Arbeitsrecht*, primera publicación periódica de Derecho del Trabajo en Europa y, en 1921, inició la fundación de la Academia del Trabajo, todavía hoy operativa como Europäische Akademie der Arbeit. Estos jalones biográficos, en la medida que evidencian el carácter precursor de Sinzheimer, nos ponen de manifiesto el punto de inflexión que atravesaba a comienzos de siglo la ordenación dogmática del Derecho, con la pujanza de una incipiente disciplina, el Derecho del Trabajo, que aspiraba a escindir definitivamente del Derecho civil, el cual, hasta ese momento, había proporcionado la regulación básica de las relaciones laborales. Este proceso de emancipación estará muy presente en la obra de Sinzheimer, donde recurrentemente se exponen las razones que justifican la autonomía del Derecho del Trabajo en relación al resto de ramas del ordenamiento jurídico.

En cuanto a su contribución científica, se ha señalado con frecuencia que la principal aportación doctrinal de Sinzheimer ha estado vinculada a la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo, hasta el punto de que se le ha caracterizado como el principal referente en la configuración contemporánea de la negociación colectiva. Sobre este asunto, son destacable sus obras *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, publicada en Leipzig en el año 1907, o *Brauchen wir ein Arbeitstarifgesetz? Rechtsfragen des Tarifvertrags*, publicada en Jena en 1913. En realidad, aunque Sinzheimer abordó muchos de los temas propios del Derecho del Trabajo<sup>9</sup>, todas sus contribuciones se inspiran en una misma forma de entender la condición del hombre y las relaciones de trabajo. Esta singular concepción, que dota a toda su obra de una gran coherencia interna, estará condicionada por el apego que mostró a la metodología sociológica a lo largo de toda su trayectoria. Una de sus primeras conferencias fue *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (El método sociológico del Derecho privado)*<sup>10</sup> del 24 de mayo de 1909 y, ya en las etapas finales de su labor académica, a partir de 1933, durante su exilio en Países Bajos tras el ascenso del Nazismo al poder, destacó como profesor de sociología jurídica, primero en Ámsterdam y luego en Leiden. Esta

<sup>9</sup> Una recopilación exhaustiva de todas sus publicaciones puede encontrarse en la página [Von Hugo Sinzheimer](#) de la sección [Hugo Sinzheimer](#), en el [sitio web del HSI](#).

<sup>10</sup> En O. KAHN-FREUND, T. RAMM (eds.), *Hugo Sinzheimer. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Europäische Verlagsanstalt, 1976, vol. 2.

querencia sociológica influyó decisivamente en su visión del Derecho del Trabajo, como tendremos ocasión de comprobar en este comentario y como quedó recogido en la recopilación de diversos ensayos y discursos efectuada por Otto Kahn-Freund y Thilo Ramm en el año 1976 bajo el título *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden (Derecho del Trabajo y Sociología del Derecho)*<sup>11</sup>. En relación con la faceta académica de Sinzheimer, cabe aludir, de añadidura, algunos de los epígonos de Sinzheimer que incluso llegaron a superar, en ocasiones, la celebridad de su maestro: Entre otros grandes teóricos del laboralismo europeo que siguieron, directa o indirectamente, las lecciones de Sinzheimer encontramos a Otto Kahn-Freund, Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Carlo Schmid y Hans Morgenthau.

Estos escuetos datos sobre la faceta académica de Sinzheimer pueden complementarse destacando su labor como abogado – en representación, principalmente, de clientes políticos y sindicales – y como político. En esta última función, estuvo ligado estrechamente al Partido Socialdemócrata Alemán (Sozialdemokratische Partei Deutschlands – SPD) desde el año de 1914, ocupando diversos cargos representativos, aunque el más importante para nosotros será el de delegado de ese partido en la Asamblea Constituyente que alumbraría la Constitución de Weimar de 1919. Con frecuencia se ha destacado el papel decisivo que tuvo Sinzheimer en la redacción del contenido social de esta norma, especialmente en lo que se refiere a su muy comentado artículo 165, al que tendremos ocasión de referirnos más abajo.

### 3. La premisa de Sinzheimer: la dignidad humana a partir de una fundamentación kantiana

Ya hemos adelantado que todas las especulaciones de Sinzheimer acerca de los fines del Derecho del Trabajo se construyen sobre la premisa de la dignidad humana. No estamos en condiciones de acudir a los innumerables debates sobre el contenido que filosóficamente se atribuye a la dignidad de la persona, sobre sus posibles fundamentaciones y sobre las consecuencias normativas que impone su reconocimiento<sup>12</sup>. Tampoco ello parece

<sup>11</sup> O. KAHN-FREUND, T. RAMM (eds.), *op. cit.*, vol. 1 y 2.

<sup>12</sup> Entre otras muchas obras de referencia al respecto, dentro de la producción académica jurídica puede acudirse a J. WALDRON, *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2019, y M. ATIENZA, *Sobre la dignidad humana*, Trotta, 2022. Dentro de la disciplina jurídico-laboral, las discrepancias conceptuales en torno al valor de la dignidad humana se analizan en L. PACHECO ZERGA,

necesario, pues Sinzheimer es bastante explícito al acoger una concreta concepción teórica de la dignidad: la elaborada por Kant<sup>13</sup>, principalmente en su *Metafísica de las Costumbres* del año 1785. Ni siquiera es preciso abundar demasiado en esta concreta teorización – el propio Sinzheimer no lo hace –, pues lo que más nos interesa es el fundamento de la dignidad personal invocado por Kant y que reside en la capacidad natural de autodeterminación moral del ser humano. Es esta concreta fundamentación de la dignidad la que condicionará por completo la aportación teórica de Sinzheimer.

Y es que, si el término dignidad se aplica en filosofía a aquellas realidades que ostentan un valor intrínseco, que son valiosas en sí misma consideradas<sup>14</sup>, cuando aludimos a la dignidad humana estamos afirmando, simplemente, que el ser humano es una de estas realidades que ostenta una valía inmanente. En términos más estrictamente kantianos, atribuimos dignidad a la persona para connotar su singular posición jerárquica en la ordenación de las diferentes realidades, para afirmar que esta es un fin en sí misma considerada, pues su valía reside en su mera condición personal, con independencia de la utilidad que pueda reportar o el afecto que pueda excitar. En palabras literales del pensador de Königsberg,

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<sup>15</sup>.

Como decíamos, aunque esta idea, la singular valía del ser humano y el tratamiento no instrumental que le es debido a toda persona, está bastante arraigada en nuestro acervo cultural, la misma puede defenderse acudiendo a muy diferentes fundamentaciones, principalmente de origen metafísico o religioso. Kant – y quizás esta sea la fundamentación más seguida actualmente – busca el fundamento de la dignidad personal aplicando un

---

*La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Civitas, 2007.

<sup>13</sup> Las apelaciones de nuestro autor a esta teorización kantiana, aparece, entre otras ubicaciones, en H. SINZHEIMER, *op. cit.*, pp. 73, 84, 108, 110, 114 y 115.

<sup>14</sup> «El término “dignidad” designa en latín lo que es estimado o considerado por sí mismo, no como derivado de algo otro [...]. La dignidad humana significa el valor interno e insustituible que le corresponde al hombre en razón de su ser, no por ciertos rendimientos que preste ni por otros fines distintos del mismo» (U. FERRER, *La dignidad y el sentido de la vida*, en *Cuadernos de Bioética*, 1996, n. 26, p. 191).

<sup>15</sup> I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, 2008, pp. 298-299.

proceso estrictamente racional, el cual parte del libre albedrío del que goza naturalmente el ser humano y que, junto con su capacidad de raciocinio, le permite la elección de sus propios fines morales:

La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así, pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad. La habilidad y el afán en el trabajo tienen un precio comercial; la gracia, la imaginación viva, el ingenio, tienen un precio de afecto; en cambio, la fidelidad en las promesas, la benevolencia por principio (no por instinto), tienen un valor interior<sup>16</sup>.

Comoquiera que la naturaleza ha permitido al ser humano elegir sus propios fines, y esto es lo que lo diferencia de forma más trascendente del resto de realidades terrenales, no es admisible que sea sometido heterónomamente a la consecución de fines ajenos no aceptados libremente. Es precisamente esta capacidad natural de autodeterminación la que impediría que un ser humano sea instrumentalizado o tratado como un medio subordinado a la consecución de fines que se estiman superiores, pues no hay en realidad ningún fin superior a la persona. De este modo observamos como, para Kant, la percepción de la dignidad de la persona no es solo una especulación metafísica, sino que de ella se derivan ineludibles consecuencias práctico-morales: A partir de tal premisa, Kant llegó a su imperativo categórico que, en la tercera de sus formulaciones imponía:

*obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*<sup>17</sup>.

La proyección ético-normativa que tiene la dignidad personal sería, por tanto, la interdicción de cualquier instrumentalización del ser humano. La dignidad humana impone una veneración de la persona que impide que sea observada como un medio para la obtención de unos fines que la trasciendan. En palabras de Kant,

el hombre, y en general todo ser racional, *existe* como *fin en sí mismo*, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre *al mismo tiempo como fin*<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> M. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Rosario Barbosa, 2007, p. 48.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 41.



Esto no proscribire, conviene aclarar, conductas de cooperación voluntaria para la consecución de fines colectivos. En tales casos, la voluntad del sujeto no se anula, sino que se mancomuna con la del resto de cooperantes que se reconocen como iguales y que se necesitan mutuamente para alcanzar metas que trascienden de su potencialidad individual. Dicho de otro modo, la afirmación de la dignidad humana no conduce a un escenario anárquico en la que la voluntad del individuo goce de una soberanía absoluta, sino que esta puede ser doblegada o atemperada, al menos en ciertas esferas, para someterse a unas reglas voluntariamente asumidas<sup>19</sup>. Esta posibilidad es, en realidad, la base de los compromisos personales y el fundamento de la democracia. Más adelante nos volveremos a referir a ello pues resulta crucial para comprender el modelo de *Derecho económico* propugnado por Sinzheimer.

Por el momento ya podemos adelantar que esta concepción de la dignidad humana, según fue caracterizada por Kant y prohijada por Sinzheimer, es la que llevará a este último a afirmar la radical incompatibilidad de aquel valor con la regulación del trabajo asalariado. A través del contrato laboral, el operario no entrega su trabajo, sino que, por ser este inescindible de la persona que lo ejecuta, la relación laboral implica una entrega personal. El vínculo de subordinación que caracteriza este tipo de relaciones presupone que el empleador no solo dispone de los frutos del trabajo que contrata, sino también de la persona que lo presta. Vigente este vínculo de subordinación, la persona trabajadora no tiene capacidad de autodeterminación, como exige su singular dignidad humana, sino que se entrega a la consecución de unos fines definidos heterónomamente. La persona trabajadora, al menos durante la vigencia de este vínculo, durante su jornada laboral, no es tratada como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio para la consecución de otros fines que le trascienden, los que marca el patrón que dirige el proceso productivo. En palabras de Sinzheimer,

Quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar. El trabajo es fuente de patrimonio, pero no gasto patrimonial [...]. El patrimonio es la base real de la vida humana, pertenece al mundo de las cosas que no tienen ningún fin en sí y cuyo destino consiste en ser un medio para el hombre. La

---

<sup>19</sup> Obviamente, Kant no cuestionó que el sometimiento voluntario a reglas *autoasumidas* implicase una suspensión o anulación de la dignidad humana. Tal sometimiento solo sería otra más de las manifestaciones de la capacidad humana de eruirse en *legislador universal*. Es más, con frecuencia Kant enfatizó el deber de cumplir los pactos como uno de los principios morales más elementales.

fuerza del trabajo es la base personal de la vida humana, pertenece al mundo de los seres espirituales, que tienen su propio fin, cuyo destino, al no poder ser abstraído, solo es un medio para fines ajenos<sup>20</sup>.

Obviamente, contra este primer planteamiento se podría oponer que el sometimiento del trabajador a las directrices patronales fue libremente asumido por aquel al suscribir el contrato de trabajo e igualmente libre es su decisión de continuar en la empresa. De este modo, la subordinación laboral solo sería una manifestación de la capacidad moral para comprometerse. Una recusación de este tipo, responderá Sinzheimer, solo es admisible desde una visión *iuscivilista* que, al asumir una concepción abstracta de la persona, prescinde de todas las condiciones sociales que imponen una dependencia real a aquellos sujetos que carecen de los bienes materiales con los que sostener su existencia. Llegamos así a otro concepto clave en la construcción de Sinzheimer como es el de dependencia, el cual llega a convertir en un elemento referencial en la configuración de todo el sistema jurídico. Veamos ello con más atención en el siguiente epígrafe.

#### 4. Distintas concepciones de la persona acogidas por la ciencia jurídica

La relación entre el Derecho y la dignidad humana ha sido un objeto recurrente en la teoría y la filosofía del Derecho, aunque sin alcanzar aún soluciones conclusivas y pacíficamente aceptadas<sup>21</sup>. En aras de la simplicidad, podríamos decir que la posición mayoritaria sostiene que la dignidad ejerce una función fundamentadora del ordenamiento jurídico. Desde el momento en que una comunidad política percibe la singular valía del ser humano, trata de garantizar un estatuto jurídico acorde a la misma. No es que el ordenamiento jurídico consiga la dignidad de la persona, sino que, al tomar conciencia de esta, la comunidad política reacciona para articular un sistema de garantías tendente a salvaguardarla. En una secuencia lógico-temporal, el reconocimiento de la dignidad precedería siempre a la aparición del Derecho. Tal y como se proclama en el preámbulo de la

---

<sup>20</sup> H. SINZHEIMER, *La esencia del Derecho del Trabajo*, en H. SINZHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, cit., p. 73.

<sup>21</sup> Por una revisión crítica al uso de la dignidad humana en la literatura sobre el Derecho del Trabajo, *vid.* F. VIGO SERRALVO, *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*, en *esta Revista*, 2022, n. 1, p. 82 ss.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Como se observa, para este texto jurídico y otras tantas declaraciones de derechos<sup>22</sup>, la dignidad humana es una premisa axiomática sobre la que descansa la entera legitimidad del ordenamiento normativo. No es que el sistema de derechos atribuya dignidad al ser humano, sino que, siendo esta preexistente a cualquier juridicidad, al ser reconocida, exige un marco de derechos tendente a tutelarla frente a agresiones ilegítimas.

Estas alusiones codificadas a la dignidad humana no existían, sin embargo, en la época de Sinzheimer. De ahí, precisamente, el mayor mérito de su contribución al señalar claramente esa relación fundamentadora entre la dignidad y el Derecho sobre la que, décadas después, se asentaría la arquitectura jurídica de la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Si afirmamos que la dignidad humana es la que justifica la propia existencia del Derecho, qué duda cabe que este último, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tomar por referente a la persona de la que se predica tal dignidad. La centralidad del ser humano en el Derecho será así una idea recurrente en Sinzheimer, quien afirmará que «en todas las ramas del pensamiento se hace patente el esfuerzo por situar al hombre en el centro de cualquier tipo de reflexión»<sup>23</sup>. Ahora bien, si la ciencia jurídica ha tomado como núcleo al ser humano, es cierto que no siempre ha tomado una misma concepción referencial de este. Y es que, «la forma de cómo un Derecho se configura depende de la concepción fundamental que aquel tenga del hombre»<sup>24</sup>. A lo largo de la historia, se han sucedido diferentes concepciones del Derecho caracterizadas por cambios en el prototipo conceptual de la persona que pone es su centro. En este proceso evolutivo,

---

<sup>22</sup> Este planteamiento subyace claramente en los grandes tratados de derecho internacional público contemporáneos, como en el Convenio Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, cuyo preámbulo afirma: «Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana». De manera más explícita, la alemana Ley Fundamental de Bonn en su art. 1 afirma: «La dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección».

<sup>23</sup> H. SINZHEIMER, *El hombre en el Derecho del Trabajo*, en H. SINZHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, cit., p. 81.

<sup>24</sup> H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, en H. SINZHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, cit., p. 104.

Sinzheimer distinguió, al menos, dos grandes etapas.

Una primera etapa estaría marcada por la concepción civil o burguesa del Derecho, la cual acogió una imagen abstracta y formalmente igualitaria de la persona. «Este Derecho prescinde de la dependencia del hombre trabajador. Solo conoce personas, o lo que es lo mismo, individuos abstractos, desprendidos de toda atadura social y que, como tales, son iguales, libres e independientes unos de otros»<sup>25</sup>. En efecto, para el Derecho civil, que institucionaliza la igualdad formal de todos los miembros de la comunidad política, son irrelevantes las circunstancias sociales que rodean al ser humano. Aunque actualmente observamos un tibio cambio de paradigma – sobre todo en materia de protección de consumidores –, tradicionalmente el Derecho civil no se ha preocupado por la capacidad económica de las partes contratantes o la situación de necesidad en la que se hallan.

La segunda fase de este proceso vendrá dada por la constatación de las insuficiencias que habría evidenciado aquella *concepción civil del Derecho* y la figuración abstracta de la persona sobre la que se construye. En su sustitución aparece el Derecho del Trabajo que pone en su centro a la persona concreta, con sus particulares circunstancias existenciales. El Derecho del Trabajo, en palabras de Sinzheimer,

prescinde de la esencia del hombre y encuentra, precisamente en la realidad del hombre, el fundamento de su regulación. No basta que el Derecho reconozca la esencia del hombre. Se precisa más. Se esfuerza para que el Derecho reconozca al hombre como hombre real, cuya existencia presente un determinado contenido de la realidad. Con ello la imagen del hombre se amplía notablemente. El hombre que vemos ante nosotros no es sólo el hombre al que se reconoce su dignidad abstracta, sino el hombre que tiene una existencia real concreta<sup>26</sup>.

En síntesis, el Derecho del Trabajo, en contraposición al Derecho civil, pone en su núcleo al hombre concreto, con atributos y condicionantes sociales. Sin embargo, no todas las circunstancias sociales del individuo son relevantes para esta rama del ordenamiento, sino solo aquella que compromete de forma más radical su dignidad humana, su capacidad de autodeterminación y que Sinzheimer identifica con la *dependencia*: «La dependencia» – afirmará el autor – «es el gran problema del Derecho del Trabajo»<sup>27</sup>. Por dependencia cabe entender la subordinación fáctica en que

---

<sup>25</sup> H. SINZHEIMER, *El hombre en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 82.

<sup>26</sup> H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., p. 112.

<sup>27</sup> H. SINZHEIMER, *La esencia del Derecho del Trabajo*, cit., p. 75.

se halla aquel sujeto que carece de medios autónomos para mantener su existencia. Será esa concreta realidad la que el Derecho civil, desde su concepción abstracta de la persona, obvia de forma más perniciosa. Por su parte, el Derecho del Trabajo, al asumirla, trata de responder a las problemáticas esenciales que se derivan de esa carencia de medios materiales de existencia. «*La cuestión de la posición del hombre en el Derecho del Trabajo radica en saber cómo se ha de conducir el Derecho respecto a tal dependencia*»<sup>28</sup>. Es de este modo como podemos definir esta disciplina, sin connotaciones ideológicas, como un *Derecho de clase* en la medida que atiende a la problemática que afecta de un mismo modo a un conjunto humano homogéneo, al menos en lo que se refiere a la titularidad de bienes productivos. En palabras de Sinzheimer,

La realidad del hombre, de la que parte el Derecho del Trabajo, es el hombre como ser de clase. La clase se apoya en la separación de la posesión del capital, de la fuerza de trabajo y de la consecuente y diversa situación vital de los poseedores del capital y de los trabajadores. Tal separación no se ha llevado a cabo por una regulación jurídica, sino sólo para comprender, partiendo de la viva dinámica de lo abstracto, el principio de libertad dominante en el Derecho Civil. La consecuencia de esta separación es la dependencia del hombre, que aquella posesión exige, sin contar con él. Por ello la nota característica del hombre como ser de clase no es la libertad, sino la dependencia. El hombre del Derecho Civil no está limitado por barrera alguna. Es material, colectiva y personalmente libre. El hombre que viene considerado en el Derecho del Trabajo está, por el contrario, limitado por barreras<sup>29</sup>.

En puridad, más que una única dependencia, Sinzheimer distingue hasta tres tipos de dependencias que caracterizarían la posición social del hombre trabajador, a saber: a) una dependencia *real*, que derivaría de la carencia de los medios materiales de producción necesarios para la subsistencia; b) una dependencia *personal*, en la medida que el trabajo es inescindible de la personalidad del trabajador «y, por ello, el acreedor del trabajo no solo tiene derecho a la prestación laboral, sino también a disponer de la persona del obligado a trabajar»; c) una dependencia *colectiva*, en tanto que las diferentes circunstancias y condiciones del trabajo se ven afectadas por «las condiciones fácticas y posibles de todos los demás trabajadores», sean estos compañeros de empresa o ajenos a esta<sup>30</sup>.

Según es caracterizado por Sinzheimer, el Derecho del Trabajo se propone

<sup>28</sup> H. SINZHEIMER, *El hombre en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 82.

<sup>29</sup> H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., p. 113.

<sup>30</sup> H. SINZHEIMER, *El hombre en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 81.

de forma decidida actuar sobre las diferentes dimensiones de la dependencia de tres modos complementarios: a) frente a la dependencia *real*, articula diferentes seguros sociales o mecanismos prestacionales tendentes a proteger al operario que carece de trabajo, por padecimientos físicos (edad o incapacidad) o circunstancias sociales y económicas que escapan de su control (desempleo involuntario); b) frente a la dependencia *personal*, el Derecho del Trabajo actúa sustrayendo del poder de disposición del empleador bienes vitales especialmente protegidos; c) frente a la dependencia *colectiva*, el Derecho del Trabajo articula mecanismos de negociación colectiva que permiten la regulación de las condiciones de trabajo a través de una voluntad unificada<sup>31</sup>.

En atención a lo expuesto, bien podría concluirse que el Derecho del Trabajo, en tanto que actúa decididamente sobre el vínculo de dependencia que une a empleados y empleadores, habría conseguido lograr un estatuto jurídico acorde a la dignidad de la persona, habría garantizado la autonomía moral del individuo trabajador. Sinzheimer, empero, opinará que el respeto de la dignidad personal exige una intervención normativa más ambiciosa. Y es que, si el Derecho del Trabajo consigue atenuar considerablemente la condición dependiente del trabajador, no aspira a erradicarla. Es más, la propia existencia del Derecho del Trabajo presupone esa condición dependiente en la que se halla el trabajador, hasta el punto de que, desaparecida aquella, carecería este de significado.

Podemos concluir, por tanto, que los presupuestos dogmáticos sobre los que se construye el Derecho del Trabajo no son hábiles para acoger el modelo de intervención jurídica que propugna Sinzheimer para la liberación absoluta de las personas que dependen de su trabajo. Aunque enseguida vamos a describir la nueva concepción jurídica que nos presentó Sinzheimer para superar la insuficiencia conceptual del Derecho del Trabajo, aclaramos que esta conclusión no nos debe llevar, en modo alguno, a relativizar la importancia que tuvo esta disciplina en el proceso histórico de reconocimiento y protección de la dignidad humana. Algo similar puede predicarse del Derecho civil. A pesar de todas las deficiencias que Sinzheimer imputará al Derecho privado, no desconoció la trascendencia que tuvo en el proceso de liberación de la humanidad. La igualdad que este proclamaba, aun siendo meramente formal, supuso el derrocamiento de las estructuras de sumisión política y material del Antiguo Régimen. En palabras de nuestro autor en su ensayo sobre *La Esencia del Derecho del Trabajo*,

---

<sup>31</sup> *Idem.*

Quien se enfrente con la historia del Derecho del Trabajo verá claramente ante sí este impulso hacia la dignidad humana, que se hace efectivo en el Derecho del Trabajo. ¿Cómo sobrevino todo esto? En un principio, el hombre era solamente una cosa. El esclavo no era más ni menos que un valioso ganado del dueño. El “contrato de trabajo libre” le hizo “persona”. La persona es un ser abstracto, tan abstracto que todos los hombres son iguales, porque se prescinde de su especial situación social. El paso de la cosa a la persona fue un extraordinario avance en la historia jurídica de la humanidad. Todos los hombres se hicieron iguales. Todos los hombres iban a ser capaces jurídicamente de todo. Todos los hombres podrían tener todos los derechos. El mundo estaba jurídicamente abierto a todos los hombres. ¡Pero, desgraciadamente, persistía el orden social! ¡Aquí aparece el gran vacío que ha dejado la elevación del hombre del mundo de las cosas al mundo de las personas, donde dominan no espíritus, sino hombres de carne y hueso! El orden social es algo muy distinto del orden jurídico. El orden social nos coloca ante el dominio y la distribución de los bienes. Y en este terreno ya los hombres no son iguales, sino desiguales<sup>32</sup>.

Observamos en este pasaje cómo la evolución del Derecho que nos describe Sinzheimer se asimila a un proceso de ensayo y error, en el que solo a través de la aplicación empírica de las sucesivas innovaciones dogmáticas pudieron observarse sus respectivas carencias y, a través de estas, diseñar la siguiente fase evolutiva de la ciencia jurídica<sup>33</sup>. «La figura del hombre en el Derecho» – nos dirá – «no está determinada por abstracciones, sino por movimientos concretos que acontecen en el proceso vital del hombre. Los movimientos surgen cuando aparecen situaciones sociales en que se ve afectado el centro de la personalidad humana, [...] el Derecho no expresa sencillamente lo social colectivo, como si fuese sólo el efecto de una causa, sino que configura un sentido opuesto en cada circunstancia social, que origina una reacción»<sup>34</sup>.

El Derecho civil, al colocar en su centro a la persona y proclamar su igualdad y su libertad, aspiraba a garantizar un estatuto jurídico acorde a la dignidad personal. el Derecho del Trabajo, al tomar cuenta de la situación social del individuo, superó la *persona* abstracta del Derecho civil para colocar en su centro al *hombre*<sup>35</sup>, con sus atributos y condicionantes sociales.

<sup>32</sup> H. SINZHEIMER, *La esencia del Derecho del Trabajo*, cit., pp. 73-74.

<sup>33</sup> Esta formación evolutiva del Derecho, según la describe Sinzheimer, parece acoger la tríada dialéctica hegeliana: tesis, antítesis y síntesis. Sinzheimer no alude a este método, pero en algún pasaje parece referirse indirectamente a él. Cfr. H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., p. 122.

<sup>34</sup> H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., pp. 118-119.

<sup>35</sup> Los términos *persona* y *hombre* no actúan aquí como sinónimos ni pretende perpetuar un lenguaje excluyente en materia de género. Tal terminología es la empleada en la principal

La consolidación de este nuevo paradigma permitió comprobar la persistencia de dependencias socio-económicas que subyugaban la libre determinación del individuo y que exigían la formulación de objetivos muy ambiciosos, pero ineludibles para lograr la emancipación total del individuo.

## 5. El Derecho económico como presupuesto para la garantía plena de la dignidad humana

La emancipación de los trabajadores, entendida esta como liberación del vínculo de dependencia, debe garantizarse, en opinión de Sinzheimer, a través de una nueva alternativa jurídica que garantice la participación de estos en las decisiones que afecten a la orientación del proceso productivo. Esta alternativa vendría inspirada por lo que denominó *concepción socialista del Derecho* y que cristalizaría en una nueva disciplina normativa: el *Derecho económico*. El proceso evolutivo del Derecho que nos describió Sinzheimer se complementará ahora con una nueva fase, hipotética o futurible, que reformulará la actuación del ordenamiento sobre el vínculo de dependencia social. Para recapitular, aun a riesgo de incurrir en cierta tautología:

- a. en un primer momento encontrábamos la *concepción burguesa del Derecho*. Obvió por completo la nota de dependencia que se daba entre los distintos sujetos. Solo conoció personas, o lo que es lo mismo, «individuos abstractos, desprendidos de toda atadura social y que, como tales, son iguales, libres e independientes unos de otros»<sup>36</sup>. Se inspiró en una concepción iusnaturalista del Derecho – aquello que es igual para todos – y su principal manifestación fue el Derecho civil;
- b. la insuficiencia que trajo la aplicación empírica del Derecho civil reveló la necesidad de que este fuese complementado. Aparece así la *concepción social del Derecho*, que «No prescinde [...] de la dependencia del hombre trabajador, sino [...] la destaca, sustrayéndole al libre juego de las fuerzas y sometiendo a la norma a la situación social en que se basa tal dependencia»<sup>37</sup>. El instrumento en el que cristaliza esta nueva visión

---

traducción al castellano de las obras de Sinzheimer efectuada por Vázquez Mateo en H. SINZHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, cit. En esta traducción, se emplea el giro *persona* para referirse al concepto referencial del individuo que adoptó el Derecho Civil y que estuvo caracterizado por la abstracción. El término *hombre*, sin embargo, se utiliza para referirse al prototipo de sujeto acogido por el Derecho del Trabajo y que estará ahora determinado por todas las circunstancias sociales y económicas que le son concomitantes.

<sup>36</sup> H. SINZHEIMER, *El hombre en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 82.

<sup>37</sup> *Idem*.



dogmático-jurídica es el Derecho del Trabajo, cuyo objetivo es el de proteger al hombre trabajador de los efectos sociales de la dependencia que amenazan su existencia libre;

- c. finalmente, como tercera evolución pendiente – que quizás no fuese todavía del todo definitiva – encontramos la *concepción socialista del Derecho*<sup>38</sup>. Esta aspira a hacer desaparecer la dependencia. Desea que al hombre socialmente dependiente le suceda lo que sobrevino al hombre independiente político: «que no sirva a ningún otro que al ser común en el propio sentido de la palabra» (Kant)<sup>39</sup>. Así diluye la oposición entre trabajadores y empresarios en una nueva unidad que permite prestar el trabajo a un *sujeto social*. Lograr este objetivo es el cometido del *Derecho económico*.

Para explicar este proceso evolutivo Sinzheimer traza un paralelismo muy sugerente entre el proceso histórico de emancipación política y el proceso, todavía inconcluso, de emancipación económica. El primero de estos procesos – propiciado por la aparición del Derecho civil – condujo, en primer lugar, a la supresión del dominio privado sobre los individuos. No es que la persona quedase, en este nuevo escenario, liberado de cualquier sometimiento normativo:

La libertad pública en este sentido no ha liberado al hombre de deberes y cargas. De lo que fue liberado fue de deberes y cargas privados. El hombre público está sometido, pero no a personas privadas, sino a una comunidad política<sup>40</sup>.

En este nuevo escenario, la única que norma que condiciona la conducta de los agentes de una comunidad política es la que estos mismos se han proporcionado. En segundo término, la emancipación política hace al sujeto partícipe directo de la voluntad comunitaria. Le faculta a ejercer la función legislativa de forma mancomunada. Por último, el proceso de liberación política introdujo «esferas de libertad, en que el hombre es protegido como ser individual en el ejercicio de su libertad»<sup>41</sup>. Y ello desde el convencimiento de que el sometimiento pleno del individuo a la voluntad comunitaria generaría no pocas iniquidades contrarias a su dignidad. La decisión mayoritaria debería ordenar la vida de los integrantes de una

---

<sup>38</sup> En fases más tardías de su producción académica, Sinzheimer denominaría a estas tres etapas evolutivas del Derecho: *Derecho individual*, *Derecho social* y *Derecho de lo Social* (vid. H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., pp. 126-127).

<sup>39</sup> H. SINZHEIMER, *El hombre en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 84.

<sup>40</sup> H. SINZHEIMER, *La esencia del Derecho del Trabajo*, cit., p. 76.

<sup>41</sup> *Idem*.

sociedad, pero sin suprimir amplios márgenes de autonomía individual que las fuerzas institucionales, aun con respaldo democrático, no deberían invadir. Con este propósito aparecieron los denominados derechos fundamentales que «sustraen los bienes personales al dominio público»<sup>42</sup>.

En comparación con ese proceso, «la “liberación del trabajo” no es nunca separación del compromiso y unidad sociales. No conduce a un mundo imaginario, en el que el individuo pueda hacer o no hacer lo que quiera»<sup>43</sup>. Tal liberación pasaría, por el contrario, por alcanzar la triple libertad que se consiguió en el proceso de liberación política para someter ahora al individuo a normas que no emanen del poder privado de los empresarios, sino de la voluntad mancomunada de los diferentes agentes productivos. El Derecho del Trabajo, en opinión de Sinzheimer, habría dado pasos importantes para la consecución de ese objetivo. En efecto, y siguiendo el paralelismo con la liberación política, el Derecho del Trabajo habría «concedido al hombre *derechos sociales fundamentales*, que le aseguren una existencia humana digna»<sup>44</sup>, tendentes a garantizar esferas de libertad irreductibles, aun en bajo la vigencia del vínculo de subordinación que lo une al empresario. En segundo término, el Derecho del Trabajo habría protegido la cooperación del trabajo en el ejercicio del poder económico. Faltaría sin embargo una tercera y última conquista para la emancipación total, la conquista que, en opinión de nuestro autor, «requiere la más difícil y profunda paciencia, sabiduría y sentimientos sociales»<sup>45</sup>. Esta sería la consecución de una comunidad político-económica en la que la producción social no se gestione como la suma de un gran número de negocios privados independientes, sino como un *todo*, a través de una voluntad económica común que descansa en la decisión de los diferentes agentes que participan en ella.

Sinzheimer asume una dicotomía que quizás no sea del todo pacífica: distingue entre el Estado político y el Estado económico. Ambas dimensiones del Estado deben ser autogobernadas por los sujetos que la integran – aunque en la mayoría de casos, los ciudadanos pertenecerán a ambas esferas en la calidad de ciudadano-productor, de ahí las recusaciones que admitiría este planteamiento –, pero hasta el momento ese objetivo solo se habría conseguido en la primera de ellas, en el Estado político a través del proceso democrático:

Dado que el Estado, como personificador de la voluntad común, ya habrá

---

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>45</sup> *Idem.*

sido arrebatado de las manos privadas, se producirá que la economía, como personificación de una voluntad común, se liberará de las manos privadas<sup>46</sup>.

La democratización del Estado económico es el objetivo a lograr para conseguir la completa autodeterminación de los diferentes agentes productivos, especialmente los trabajadores, que son los que, bajo las circunstancias actuales, se hallan en una situación de dependencia más acuciante. Lo que se pretende es la conformación de una suerte de órgano o institución decisional en la que se definiría, de forma centralizada y democrática, la totalidad de las medidas concernientes al proceso productivo. «Sólo si llega a realizarse tal “ente comunitario”» – sentencia Sinzheimer – «la “liberación del trabajo” llegará a su plenitud, desaparecerá el trabajo asalariado [...]. El trabajo dependiente adquirirá un nuevo sentido. No será prestado ya a una persona privada ajena, sino a una comunidad de la que el hombre es miembro protegido en su igualdad de derecho y en su particularismo humano»<sup>47</sup>. Al respecto de este *ente comunitario*, debe hacerse constar que apenas fue esbozado por Sinzheimer como un postulado teórico necesario para la descripción de su *Derecho económico*. Por eso, no debe extrañarnos que muchas cuestiones elementales de su funcionamiento no fueran resueltas por nuestro autor: nos referimos, verbigracia, a las cuestiones relativas a su estructura orgánica, a la delimitación del censo con capacidad de elección, a la ponderación de voto entre cada uno de sus integrantes, al proceso a seguir para la toma de decisiones o, sobre todo, a la transición entre el sistema de producción capitalista y este otro de planificación democrático-centralizada.

Comoquiera que sea, este planteamiento, obviando todavía las cuestiones relativas a su factibilidad, parece plenamente coherente con la construcción filosófica sobre la dignidad humana que toma Sinzheimer como premisa, según la cual, el fundamento de la singular valía del ser humano que nos obliga a considerarlo como un fin en sí mismo residía en la autonomía inherente al sujeto para imponerse sus propios fines morales, en su capacidad autolegisladora. Esta autonomía no podía lograrse por el Derecho del Trabajo que tolera y asume como presupuesto de existencia la subordinación de voluntades. En efecto, si como hace Sinzheimer, entendemos el trabajo humano como la entrega personal de quien lo presta, vemos como, aun en un marco en el que encontremos un Derecho del Trabajo muy vigoroso o garantista, persiste la entrega personal del operario a unos fines que escapan de su poder de disposición. El trabajador puede

---

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> *Idem.*

verse así implicado en un proceso cuyos fines no son necesariamente compartidos y, de esta forma, se compromete radicalmente su dignidad personal en los términos en los que esta fue definida por Kant y, siguiendo a este, por Sinzheimer. «En el trabajo dependiente» – sostendrá este último autor – «el hombre que trabaja está mediatizado. Está alineado de sí y del todo. El trabajo, que en el estado natural del hombre es una función social o individual, en el estado de dependencia es una función ajena y función de un ajeno»<sup>48</sup>. A partir de esta constatación, surge la *concepción socialista del Derecho*<sup>49</sup>, la cual aspira a hacer desaparecer la dependencia y desea que al hombre socialmente dependiente le suceda lo que sobrevino al hombre independiente político: «“que no sirva a ningún otro que al ser común en el propio sentido de la palabra” (Kant)»<sup>50</sup>. Así diluye la oposición entre trabajadores y empresarios en una nueva unidad que permite prestar el trabajo a un *sujeto social*. Lograr este objetivo es el cometido del *Derecho económico*.

Otro de los argumentos que llevan a nuestro autor a la defender esta idea del *Derecho económico* es la constatación de la dependencia entre el Derecho del Trabajo y la economía:

el Derecho del Trabajo no tiene una existencia aislada. Se alimenta de la economía. Este solo puede tener contenido si existe una economía que asegure las condiciones de vida del trabajo, preserve de la destrucción y sustraiga la existencia del Derecho del Trabajo del azar de una economía desordenada<sup>51</sup>.

Cualquier intento de autodeterminación a través del Derecho del Trabajo será insuficiente si el contenido de este queda condicionado por fuerzas que le trascienden y sobre las que las instituciones de dicha disciplina jurídica no despliegan ninguna influencia. El Derecho del Trabajo actual está caracterizado por el conflicto: entre patronos y obreros, pero también, a nivel macro, por el conflicto entre las fuerzas sociales y económicas. El *Derecho económico* por el que aboga Sinzheimer no admite este conflicto porque hace desaparecer la subjetividad en el proceso de producción. Ya no existirán agentes independientes con fines particulares, sino un mismo

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>49</sup> En fases más tardías de su labor académica, Sinzheimer denominaría a estas tres etapas evolutivas del Derecho: *Derecho individual*, *Derecho social* y *Derecho de lo Social* (vid. H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., pp. 126-127).

<sup>50</sup> H. SINZHEIMER, *El hombre en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 84.

<sup>51</sup> H. SINZHEIMER, *La crisis del Derecho del trabajo*, en H. SINZHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, cit., p. 98.

ente con unos fines decididos a través del concurso de voluntades que concurren en él.

El Derecho económico no es algo así como el Derecho del sujeto económico individual, en sus reciprocas relaciones individuales, sino el derecho de aquel especial ente comunitario de la relación en que se encuentran todas las fuerzas económicas individuales en este ente comunitario<sup>52</sup>.

A partir de estos datos ya podríamos intuir que esta participación de los trabajadores en la orientación del proceso productivo por la que aboga Sinzheimer no debe confundirse con los clásicos instrumentos de negociación colectiva a través de los cuales se acuerdan las condiciones de trabajo aplicables a una empresa o a un sector productivo determinado. Esta toma de decisiones paccionada, al dirigirse a la regulación de las condiciones laborales, pertenece al ámbito del Derecho del Trabajo: busca corregir la desigualdad negociadora de las partes contratantes para atenuar el poder de disposición del que goza el empresario, pero no intenta suprimir este. La nota distintiva clave es que la negociación colectiva, conceptualmente, no aspira a influir sobre la orientación del proceso productivo. El Derecho del Trabajo, y el Derecho sindical como manifestación de este, no cuestiona la soberanía patronal en las decisiones sobre los fines a los que se dirigen los resultados del trabajo y es en este otro nivel de toma de decisiones donde, en última instancia, se compromete la dignidad personal de todos los implicados en el proceso de producción: solo la capacidad de decisión sobre la orientación del proceso económico es la que garantiza la autodeterminación moral en la que se fundamenta la dignidad humana. Además, la negociación colectiva o sindical se configura desde una visión conflictual del mundo del trabajo, trata de equiparar el poder de negociación de las partes asumiendo que estas defienden intereses contradictorios en lo concerniente a la fijación de las condiciones laborales. Este conflicto de intereses es inconcebible en el marco de producción que se seguiría del *Derecho económico*, que aspira a establecer y perseguir un interés común.

Un ejemplo normativo en el que se entrevé la idea del Derecho económico y en el que se observa claramente la distinción entre este y los tradicionales procesos de negociación colectiva es el art. 165 de la Constitución de Weimar de 1919. Ubicado en su parte dogmática<sup>53</sup> y redactado por el propio

---

<sup>52</sup> H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., p. 116.

<sup>53</sup> La ubicación del precepto es, en cierta medida llamativa, ya que aparece en sede de derechos fundamentales. Esta cuestión fue advertida por la profesora Vito, para quien «no

Sinzheimer cuando fungió como representante socialdemócrata en la Asamblea Constituyente, se ha dicho de este precepto que expresaba la manifestación más vanguardista de la dimensión social del proyecto político de Weimar. Según allí se leía:

Los obreros y empleados serán llamados a colaborar, al lado de los patronos y con igualdad de derechos, en la reglamentación de las condiciones de la retribución y el trabajo, así como en todo el desenvolvimiento económico de las fuerzas productivas. Quedan reconocidas las agrupaciones de ambas clases y sus federaciones. Para defensa de sus intereses sociales y económicos, tendrán los obreros y empleados representaciones legales en Consejos obreros de empresa (Betriebsarbeiterräten) así como en Consejos de obreros de distrito agrupados por regiones económicas, y en el Consejo obrero del Imperio (Reichsarbeiterrat). Los Consejos obreros de distrito y el Consejo obrero del Imperio, unidos con las representaciones de los patronos y demás clases interesadas de la población, formarán Consejos económicos de distrito y un Consejo económico del Imperio (Reichswirtschaftsrat), llamados a entender en todas las cuestiones de orden económico y a cooperar en la ejecución de las leyes socializadoras. Los Consejos económicos de distrito y del Imperio estarán constituidos en forma que se hallen representados en ellos todos los grupos profesionales importantes en proporción de su importancia económica y social.

De entrada, como decíamos, la lectura de este artículo nos sirve para observar nítidamente la distinción que hace Sinzheimer entre los procesos de negociación colectiva para la determinación de las condiciones de trabajo, los cuales se integran en el Derecho del Trabajo, y los procesos de toma de decisiones económicas y productivas, que quedarían regulados por el Derecho económico. Véase en este sentido cómo, en efecto, se reconocieron en este artículo dos tipos de órganos para el dialogo entre patronos y obreros. De un lado, los *Consejos obreros* para la «defensa de sus intereses sociales y económicos» y, de otro, los *Consejos económicos* llamados

---

se nos puede pasar por alto el hecho de que el artículo 165 pertenece mucho más a la parte orgánica de la Constitución que a la dogmática. No se trata de un artículo que regule derechos, sino que se ocupa de instituciones que tienen un impacto en la distribución de poder político y económico. Por distintas razones institucionales, de contexto, este artículo se “coló” entre los derechos fundamentales resultando en algo totalmente nuevo. Que la idea de democracia económica haya sido anclada junto con los derechos fundamentales permite una lectura más compleja de los mismos. En otras palabras, invita a interpretar el derecho al trabajo, la libertad de asociación, el derecho a la educación o la función social de la propiedad en relación con la idea de democracia económica» (L. VITA, *Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer*, en *Historia Constitucional*, 2018, n. 19, p. 586).

a participar en todas las cuestiones de orden económico. El primero de estos órganos sería un instrumento de negociación colectiva, en el sentido en que conocemos esta hoy, que se dirige a compensar la desigualdad negociadora o dependencia social en la que se halla el obrero individualmente considerado. El segundo de estos organismos, sin embargo, representa la idea de cooperación en la determinación de las disposiciones relevantes para el devenir del proceso económico.

Aunque la fuerte oposición con la que se encontró este precepto hizo que nunca llegase a encontrar una aplicación efectiva<sup>54</sup>, se ha presentado cómo una hipostasis del modelo de Constitución Económica propugnado por Sinzheimer. Se trataría de un primer – y único – intento de llevar la protección integral de la dignidad humana, en la forma en que fue entendida por nuestro autor, al texto positivo de una norma. Como observó la profesora Vita,

Es cierto que el artículo 165 y la institucionalización de los consejos ocupan un rol importante en el diseño de constitucionalismo social que se pensó en Weimar, pero no son ni ese diseño específico ni mucho menos su escasa performance posterior, los que habilitan las lecturas más interesantes. Son precisamente los discursos de Sinzheimer y sus ideas en torno a la autodeterminación, provenientes de su concepción sobre el derecho laboral, los que permiten una relectura del constitucionalismo social de Weimar en términos de democracia económica. En otras palabras, no sería la idea de consejo en sí misma sino la de autodeterminación, el mayor aporte de Sinzheimer al trabajo de la Asamblea de Weimar<sup>55</sup>.

Resulta en cierta medida paradójico comprobar cómo Sinzheimer, a partir de una premisa sobre la dignidad humana que emana de la libre autodeterminación moral del individuo, llega a proponer su integración en un ente en el que la voluntad individual sucumbe ante la voluntad colectiva. El propio Sinzheimer es bastante drástico al reconocer la *colectivización* de las voluntades individuales que se produciría dentro proceso económico: en el *Derecho económico*, nos dirá, «la autodeterminación del individuo no tiene cabida, porque el Derecho económico es justamente la conjunción del derecho de autodeterminación individual, al menos en el marco de la

---

<sup>54</sup> Vid. M. STOLLEIS, [El proyecto social de la Constitución de Weimar](#), en [Historia Constitucional](#), 2019, n. 20, p. 248. La falta de efectividad de este precepto fue denunciada por el propio Sinzheimer en H. SINZHEIMER, *El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo*, en H. SINZHEIMER, [Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo](#), cit., pp. 59-60.

<sup>55</sup> L. VITA, [op. cit.](#), p. 585.

producción»<sup>56</sup>. ¿Cómo es posible que la reivindicación de la autodeterminación moral del individuo nos conduzca a someterlo a una voluntad comunitaria? Esta aparente aporía se resuelve si aceptamos dos premisas: 1) que el ser humano es un ser social y que, por tanto, es en la sociedad donde alcanza su perfeccionamiento ontológico<sup>57</sup>; 2) que la existencia de una sociedad requiere, a su vez, de normas que la estructuren. Aceptando estas dos hipótesis como ciertas, deberemos admitir que la afirmación de la autodeterminación moral de un ser social, como es el ser humano, no puede corresponderse con la insumisión a cualquier norma superior, pues su pertenencia a una sociedad presupone la existencia de tales normas. Por tanto, la máxima capacidad de autodeterminación a la que puede aspirarse en un contexto social pasaría por garantizar la posibilidad de participación efectiva en la elaboración de esa legislación rectora de la sociedad. Además, en opinión de Sinzheimer, no sería del todo riguroso afirmar que en el estado salvaje o presocial el individuo gozara de un grado de libertad superior al que goza en una comunidad política ordenada por directrices institucionales pactadas democráticamente:

Las organizaciones atan al individuo. Le quitan una parte de la autodeterminación..., pero de lo que se trata es de saber por qué le atan. Es una ilusión creer que el individuo está libre fuera de las organizaciones. Simplemente está atado de otra forma, atado irregularmente y abandonado inerme a todos los poderes dominantes. La cuestión, pues, no puede plantearse dicotómicamente, libertad u organización, sino más bien preguntando cuál ha de ser la forma más adecuada de organización<sup>58</sup>.

Pero, ¿por qué la integración de todas las voluntades en un único ente económico? ¿Por qué no, por ejemplo, un sistema de agentes productivos independientes coparticipados por empresarios y trabajadores? En efecto, sería tentador pensar que la implementación de sistemas de democracia empresarial – propuesta sobre la que existe un debate real en nuestros días<sup>59</sup> – garantizaría de forma óptima la capacidad de autodeterminación de los

---

<sup>56</sup> H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., p. 118.

<sup>57</sup> «El hombre tiene una tendencia a socializarse, porque en tal estado siente más su condición de hombre al experimentar el desarrollo de sus disposiciones naturales» (I. KANT, *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, Tecnos, 1987, p. 9).

<sup>58</sup> Vid. el prólogo de Sinzheimer a la obra de F. KLEIN, *Der organisationswessens der Gegenwart. Ein Grundriss*, 1935, citado en F. VÁZQUEZ MATEO, *op. cit.*, p. 23.

<sup>59</sup> Vid. el más reciente [Informe sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo](#) del Parlamento Europeo, de 29 de noviembre de 2021.



trabajadores, que suprimiría la dependencia en la medida que la empresa, como unidad autónoma de producción, toma sus decisiones de forma cooperativa, con una efectiva participación de sus trabajadores que se involucrarían así en la orientación última que se le da a sus respectivos esfuerzos productivos. Un sistema de este tipo, aunque sin duda supondría un avance significativo en el respeto de la dignidad de la persona trabajadora, no lograría este objetivo de manera plena<sup>60</sup>. Y ello por la elemental razón de que las variables económicas en un entorno extenso dependen del comportamiento de la totalidad de las fuerzas productivas que lo integran. El nivel de empresa es insuficiente para tomar decisiones sobre unas variables que escapan de su dominio pero que, sin embargo, condicionan directamente su función social. La autonomía, entendida en un entorno social como coparticipación en la elaboración de sus normas rectoras, exige en el ámbito de la producción económica un único ente central de toma de decisiones. En algunos pasajes de su obra, Sinzheimer incluso, ante el incipiente proceso globalizante que comenzaba a observarse en su época, se preguntará por la conveniencia de que este ente adquiera una dimensión internacional<sup>61</sup>. La paradoja que señalábamos se resuelve así al constatar que, aunque la integración de la voluntad individual en un ente colectivo de este tipo limita la capacidad decisional de los agentes productivos – al disminuir el peso de voto en un censo muy amplio –, la ausencia de este ente lo deja sometido a una subordinación mayor, al albur de fuerzas económicas arbitrarias que lo subyugan.

Comoquiera que sea, debemos dejar claro, para terminar, que la aparición hipotética del Derecho económico no suprime o atenúa la utilidad del Derecho del Trabajo, tampoco la del Derecho civil. Las sucesivas etapas evolutivas del Derecho no derogarían a su precedente. No son dimensiones del Derecho alternativas e incompatibles, sino necesariamente complementarias. Y es que, aunque se conquistase la ansiada democratización de las relaciones productivas y esta se lograra de forma plena, seguiría estando el individuo en situación de vulnerabilidad, no ya frente a un señor feudal o un patrón capitalista, sino frente a los dictados

---

<sup>60</sup> El derecho de participación que propugna Sinzheimer «no tiene nada que ver con la participación en las ganancias y en el capital de la empresa. Una tal modalidad de participación en la limitada colectividad de la empresa individual supone el desarrollo de una voluntad económica colectiva del pueblo. La voluntad colectiva aspira a lograr una forma colectiva sobre la empresa. Pero toda colectividad en la empresa fortalece la propia voluntad de dominación privada» (H. SINZHEIMER, *El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo*, cit., p. 66).

<sup>61</sup> *Vid.* H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., p. 110. Esta idea es desarrollada en R. DUKES, *A global labour constitution?*, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2014, vol. 65, n. 3.

de la voluntad comunitaria. Tales dictados también pueden atentar contra la dignidad del trabajador si no toleran esferas de actuación en las que este pueda ejercer sus libertades individuales, si no dejan margen para la autodeterminación en las esferas más íntimas de la personalidad. Como el propio Sinzheimer reconocía, «el Derecho económico lleva aparejado en la inclusión total del individuo en el todo un gran peligro, dado que puede aniquilar la fuerza creadora de la libre personalidad»<sup>62</sup>. Volviendo al símil que nos presentaba Sinzheimer entre el Derecho político y el Derecho social, si la democracia política debe articular parapetos frente a la eventual tiranía de las mayorías – la salvaguarda que ofrecen los derechos humanos y los derechos fundamentales –, un sistema económico coparticipado, como el que propone nuestro autor, debe contar con instrumentos que garanticen ciertos reductos de libertad que no sean dispositivos para la decisión colectiva. En palabras del propio Sinzheimer,

El concepto de democracia incluye un doble aspecto. El primero es la libertad; el otro, la comunidad. Pensemos en la democracia política. Tiende, de una parte, a los derechos de libertad frente al poder político y, de otra, a arrancar el poder político de la mano privada para transferirlo a una comunidad pública, en que todos los miembros participen...

Si nos referimos a la democracia económica, debemos tener presente ambas fuerzas clave. De un lado, lograr dotar al individuo de defensas ante el poder económico y, de otro, hacer que el poder económico no corresponda a personas privadas, sino a una comunidad económica que no ha de coincidir con el Estado<sup>63</sup>.

Observamos así cómo la imagen poliédrica del hombre, para ser abarcada en su integridad, exige un ordenamiento jurídico que complemente las distintas concepciones históricas del Derecho: este ordenamiento ideal, nos dice Sinzheimer,

Toma del Derecho económico la idea de la inmediata unión de todas las fuerzas económicas individuales en un todo económico. Toma del Derecho del Trabajo la idea de un marco de vida y trabajo seguro para el individuo, en esta unión y unidad. Y toma, finalmente, del Derecho Civil la idea de la esfera individual autónoma, en que el hombre se pertenece sólo a sí mismo y a los poderes espirituales que le penetran<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., p. 126.

<sup>63</sup> H. SINZHEIMER, *Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses*, 1928, citado en F. VÁZQUEZ MATEO, *op. cit.*, pp. 33-34.

<sup>64</sup> H. SINZHEIMER, *El problema del hombre en el Derecho*, cit., p. 126.

El Derecho del Trabajo, centrándonos en lo que a nosotros más nos incumbe, es una pieza fundamental para promover el respeto de la dignidad de la persona, pero es un instrumento conceptual o radicalmente insuficiente para conseguir tal fin de forma plena. Ello solo se conseguiría a través de una superación de sus esquemas dogmáticos, a través de un sistema jurídico-político que termine por erradicar la subordinación en la que se hallan los trabajadores y que cercena su capacidad de autodeterminación moral.

## **6. Conclusión o disertación de cierre sobre la pertinencia actual del planteamiento de Sinzheimer acerca de la dignidad humana**

Entre las múltiples ventajas que reportaría la lectura Sinzheimer y la revitalización de su pensamiento en nuestros días, hemos querido aquí destacar su utilidad para clarificar el concepto de dignidad humana y su relación con el Derecho, singularmente, con el Derecho del Trabajo. Al destacar esta utilidad no estamos sosteniendo que este autor resolviera de forma conclusiva todas las disputas abiertas sobre este asunto. La propia formulación de la dignidad humana sobre la que se construye su planteamiento, la elaborada por Kant, es objeto de numerosas discusiones<sup>65</sup>. Pero, es más: incluso aceptando esta formulación como una premisa válida, encontramos pensadores que han extraído de ella implicaciones normativas muy diferentes a las que extrajo nuestro autor.

A pesar de estas objeciones, y otras muchas imaginables, no puede negarse que la contribución de Sinzheimer nos ofrece una visión muy distinta a las que hoy son hegemónicas. En la medida en que dicha contribución enriquece la discusión doctrinal sobre la proyección que la dignidad humana debe tener sobre el Derecho, merece ser leída con la mayor atención, sobre todo porque, según hemos tratado de demostrar, el planteamiento de Sinzheimer, por extravagante que pueda parecernos, se apoya sobre una muy sólida base argumentativa. Precisamente, es la solidez y la originalidad de este planteamiento lo que nos moverá a repensar alguna de las ideas que tenemos hondamente asimiladas. En lo que se refiere a la dignidad de la persona trabajadora, Sinzheimer logra demostrar que su garantía no pasa, como tantas veces se afirma, por la mejora de las condiciones de trabajo o la elevación de la calidad de vida de los asalariados<sup>66</sup>. Atendiendo al significado filosófico de la dignidad humana, estos podrían ser objetivos

---

<sup>65</sup> Vid. L. PACHECO ZERGA, *op. cit.*, p. 220.

<sup>66</sup> Vid. F. VIGO SERRALVO, *op. cit.*, p. 74 ss.

contingentes, en la medida que las condiciones de vida de los trabajadores sean inferiores a las que se derivarían de una distribución justa de los bienes en una sociedad determinada o en la medida que comprometan la libre elección moral de los sujetos. Sin embargo, con esta satisfacción de las necesidades materiales, aun siendo plena, no se agotan las implicaciones normativas que se derivarían de aquel ideal filosófico. El planteamiento que afirma que el respeto de la dignidad humana exige una mejora indefinida de las condiciones materiales de existencia de la persona trabajadora sería, en opinión de Sinzheimer, un error conceptual bastante elemental: «no basta» – nos dirá – «que se conceda a la clase obrera derechos de existencia y que se amplíen constantemente, sino que se necesita separar el poder económico de sus beneficiarios privados y su traspaso a una comunidad económica»<sup>67</sup>. Es más, desde la conceptualización de la dignidad humana manejada por Sinzheimer, se podría aceptar una devaluación de las condiciones económico-laborales como una opción legítima siempre y cuando responda a la libre decisión de los trabajadores; siempre que se adopte como forma de conseguir unos fines definidos colectivamente. Desde esta lógica – aunque esta es una interpretación propia, pues el propio Sinzheimer no lo expresa directamente – cabría concluir que una devaluación puntual de las condiciones materiales de trabajo libremente asumida podría ser más acorde a la dignidad humana que una mejora de aquellas decididas unilateral y heterónomamente.

Como observamos, lo heterodoxo del planteamiento de Sinzheimer nos conducen a conclusiones que, sin la sólida argumentación que él nos proporciona, serían muy difíciles de asimilar. Cuando decimos en el título de este comentario que *el Derecho del Trabajo es radicalmente insuficiente para garantizar la dignidad humana*, no queríamos ser provocativos o declamatorios, sino expresar la conclusión lógica que se impone tras aceptar que la esencia de ese ideal filosófico es la capacidad de autodeterminación moral del ser humano. Esta premisa nos obliga a declarar que el Derecho del Trabajo es incapaz de salvaguardar ese valor porque asume e institucionaliza la subordinación de la persona trabajadora, su entrega personal para la consecución de unos fines impuestos exógenamente. Hasta ahora hemos tratado de justificar esa hipótesis en términos teóricos, pero ahora nos permitimos acudir a algunos ejemplos que, aunque son bastante pedestres, esperamos que resulten clarificadores.

Imagínenos el caso de un convencido pacifista cuya empleadora se dedica a la fabricación de maquinaria industrial. En un momento dado, estalla un

---

<sup>67</sup> H. SINZHEIMER, *Die Demokratisierung des Arbeitsverhältniss*, cit., citado en F. VÁZQUEZ MATEO, *op. cit.*, p. 34.

conflicto bélico y la empresa comienza a exportar bienes esenciales para el avance del ejército invasor. Este operario repudia profundamente las acciones invasivas que se están llevando a cabo en el frente y el fin último de la guerra; sin embargo, se ve implicado, de forma indirecta pero evidente, en el apoyo de esa causa. Su trabajo, que es su ser personal, se dirige así a unos fines en cuya elección no ha sido parte y que contravienen sus más firmes convicciones morales. Desde la óptica del Derecho liberal o burgués – en los términos en los que más arriba lo hemos caracterizado – se respondería que, garantizada la libertad de contratación, quedaría incólume la dignidad de ese operario, que siempre podría rehusar su enrolamiento en un proceso productivo dirigido a tal fin. Esta óptica, sin embargo, prescinde de la dependencia real en la que se halla el operario con respecto a quienes ostentan la propiedad de los medios de producción. También ignora la dependencia colectiva que es impuesta por un contexto económico en el que, estructuralmente, existen más demandantes de empleo que vacantes y que limita el poder de elección del trabajador. Tomando en cuenta estas otras variables, vemos cómo, para el operario, la reivindicación de su autonomía moral – que en ese caso pasaría por el abandono de la empresa – exigirá sacrificar la fuente de ingresos con la que mantiene su existencia y, eventualmente, la de los sujetos que estén a su cargo.

Siguiendo con la ejemplificación, es posible observar hasta qué punto esta idealización de la dignidad queda comprometida por algunas estructuras de nuestro sistema jurídico-social. Supongamos que aquel trabajador discrepante decide abandonar su puesto de trabajo a pesar de que con ello comprometa su existencia material ¿Qué respuesta obtendría este operario por parte de los sistemas públicos de protección social? De entrada, esta situación de desempleo no se consideraría legítima para el sistema y quedaría excluida de cualquier protección prestacional. Al definir la situación legal de desempleo – aquella que está protegida a través de subsidios –, nuestro Estado social – al menos así ocurre en España, aunque es extrapolable a casi cualquier país de nuestro entorno – no considera como una situación de desempleo digna de ser tutelada aquella en la que se encuentra un trabajador que abandona la empresa por discrepancias morales sobre los fines que esta se marca o la forma en la que esta está siendo gestionada. Obsérvese que un cambio en el contenido económico de la relación laboral habilitaría al trabajador para extinguir su contrato de trabajo y acceder a la protección por desempleo (arts. 41 ET y 267.1.a.5º LGSS), sin embargo, un cambio sustancial en los fines a los que se orienta la producción no recibiría el mismo tratamiento institucional. En este mismo sentido, piénsese ahora en un trabajador que sí se encuentra en alguna de las situaciones legales de desempleo que reconoce nuestra

legislación. Si este quiere continuar con el percibo de la prestación, deberá suscribir un compromiso de actividad que le obliga a aceptar cualquier oferta de empleo que le sea comunicada por parte del servicio público de empleo (art. 300 LGSS). Se contemplan, sí, algunos motivos legítimos para rehusar la vacante, pero son, de nuevo, de estricto carácter economicista – *v.gr.* insuficiencia del salario para cubrir los gastos que implica la asistencia a la relación laboral (art. 301 LGSS) –, en ningún caso se contempla la posibilidad de que el operario rechace la colocación por transgredir la misma sus convicciones morales más firmes.

Observamos así cómo nuestros actuales sistemas normativos se separan de ese valor esencial que es la dignidad humana y, lo que es más significativo, de forma muchas veces desapercibida. Por otro lado, siendo realistas, estos ejemplos nos revelan también la complejidad que revestiría una garantía plena de la dignidad personal. No se nos escapa la dificultad técnica que tendría – siguiendo con los ejemplos anteriores – regular una extinción contractual por discrepancias morales o una exención al compromiso de actividad que asumen los desempleados por objeción de conciencia. Sin embargo, no por ello podemos negar que la ausencia de tales garantías compromete la dignidad de la persona trabajadora. Nos encontramos así con una tensión difícilmente superable entre el ideal a perseguir y su factibilidad. Este es precisamente el mayor recelo que suscita el modelo jurídico propugnado por Sinzheimer, el que cuestiona que dicho modelo sea verdaderamente operativo. Sin embargo, este reproche, aun dándolo por fundado, no haría inservible toda su elaboración teórica. Aunque pudiéramos ver en esta una mera especulación utópica – *dato non concessio*, insistimos otra vez –, las utopías revisten una gran utilidad teórica al proporcionarnos un horizonte al que debería orientarse, tendencialmente, la acción política y social<sup>68</sup>. En nuestro caso, Sinzheimer nos proporciona el horizonte al que nos conduciría una protección integral o prístina de la autodeterminación moral del individuo. Ese sin duda es un horizonte político-normativo legítimo y su mero descubrimiento, a pesar de los innumerables obstáculos que nos separan de su consecución, nos proporciona una hoja de ruta muy valiosa con la que avanzar social, política y jurídicamente.

---

<sup>68</sup> Esta función orientadora de los modelos utópicos fue advertida, entre otros, por el filósofo Karl Mannheim, quien englobaba bajo lo utópico «aquellas orientaciones que trasciendan la realidad y que, al informar la conducta humana, tiendan a destruir parcial o totalmente, el orden de cosas predominante en aquel momento» (K. MANNHEIM, *Ideología y utopía*, Aguilar, 2006, pp. 260-261).

## 7. Bibliografía

- ATIENZA M. (2022), *Sobre la dignidad humana*, Trotta
- CHUECA R. (dir.) (2015), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- DAVIDOV G. (2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press
- DE WOLF A. (2015), *Hugo Sinzheimer und das jüdische Gesetzesdenken im deutschen Arbeitsrecht*, Hentrich & Hentrich
- DELGADO ROJAS J.I. (2018), *Dignidad humana*, en [Eunomia](#), n. 15, pp. 176-197
- DUKES R. (2014), *A global labour constitution?*, en [Northern Ireland Legal Quarterly](#), vol. 65, n. 3, pp. 283-301
- DUKES R. (2011), *Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law*, en G. DAVIDOV, B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press
- FERRER U. (1996), *La dignidad y el sentido de la vida*, en [Cuadernos de Bioética](#), n. 26, pp. 191-201
- FRAENKEL E. (1958), *Hugo Sinzheimer*, en *JuristenZeitung*, vol. 13, n. 15, pp. 457-461
- GAMONAL S. (2017), *Derecho Laboral, economía y pseudociencia*, en [Derecho y Crítica Social](#), vol. 3, n. 1, pp. 1-44
- KAHN-FREUND O., RAMM T. (eds.), *Hugo Sinzheimer. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Europäische Verlagsanstalt, vol. 1 y 2
- KANT I. (2008), *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos
- KANT I. (1987), *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, Tecnos
- KANT M. (2007), *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Rosario Barbosa
- KEMPEN O.E. (2017), *Hugo Sinzheimer. Architekt des kollektiven Arbeitsrechts und Verfassungspolitiker*, Societäts
- KUBO K. (1999), *Hugo Sinzheimer – vater des deutschen Arbeitsrechts. Eine Biographie*, Bund
- MANNHEIM K. (2006), *Ideología y utopía*, Aguilar
- MONEREO PÉREZ J.L. (2019), *La dignidad del trabajador*, Laborum
- NOGLER L. (1997), *Hugo Sinzheimer (1875-1945)*, en *Lavoro e Diritto*, n. 4, pp. 689-708
- PACHECO ZERGA L. (2007), *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Civitas

PARLAMENTO EUROPEO (2021), *Informe sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo*

SEIFERT A. (2015), *Die Rechtssoziologie von Hugo Sinzheimer: Eine Annäherung*, en W. KOHTE, N. ABSSENGER (eds.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, Nomos

SINZHEIMER H. (1984), *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social

SINZHEIMER H. (1976), *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, en O. KAHN-FREUND, T. RAMM (eds.), *Hugo Sinzheimer. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Europäische Verlagsanstalt, vol. 2

STOLLEIS M. (2019), *El proyecto social de la Constitución de Weimar*, en *Historia Constitucional*, n. 20, pp. 233-251

VÁZQUEZ MATEO F. (1984), *El hombre y el Derecho del Trabajo*, en Hugo Sinzheimer, introducción a H. SINZHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social

VIGO SERRALVO F. (2022), *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*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, pp. 70-112

VITA L. (2018), *Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer*, en *Historia Constitucional*, n. 19, pp. 565-591

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

### *Páginas web*

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI): <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/index.htm>



# Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6 ET como medida correctora

Ignasi BELTRAN DE HEREDIA RUIZ\*

---

**RESUMEN:** El RD-Ley 32/2021 ha introducido una modificación en el art. 42.6 ET con la aspiración de combatir la precariedad de las personas trabajadoras de las empresas contratistas, mediante su sujeción al convenio colectivo sectorial de la actividad que desarrollan en la principal. No obstante, la efectiva equiparación de condiciones que persigue la reforma plantea algunas objeciones y suscita no pocas dudas interpretativas. Este trabajo defiende que estas deficiencias son de tal entidad que el cambio normativo podría tener un efecto inocuo o muy inferior al esperado.

*Palabras clave:* Trabajo externalizado, negociación colectiva, descentralización productiva.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El trabajo externalizado: factores que han impulsado su proliferación. 3. El nuevo art. 42.6 ET: una equiparación de condiciones residual. 4. El art. 84.2 ET y el descuelgue: las puertas traseras. 5. Una última valoración: una respuesta insuficiente. 6. Bibliografía.

---

\* Profesor Agregado, Acreditado a Catedrático, de Derecho del Trabajo, Universitat Oberta de Catalunya (España).

## **Productive Decentralization and Collective Bargaining Establishing Poor Working Conditions: Critics to New Art. 42.6 of Workers' Statute as a Corrective Measure**

---

**ABSTRACT:** The Royal Decree-Law No. 32/2021 has introduced a modification in art. 42.6 of Workers' Statute in order to combat the precariousness of subcontractor's workers, by applying the sectoral collective agreement of the activity they carry out in an undertaking. However, the effective equalization of conditions pursued by the reform raises some objections and a few interpretative doubts. This work defends that these deficiencies are of such an entity that the regulatory change could have an innocuous effect or much less than expected.

*Key Words:* Subcontracted work, collective bargaining, decentralized production.

## 1. Introducción

El fenómeno de la pluralidad empresarial (y la consiguiente idea de *empresa-red*), ampliamente extendido en las economías occidentales, ha reconfigurado profundamente el equilibrio de fuerzas de los agentes sociales porque ha precipitado la atomización del sujeto colectivo, impactando a su vez en la negociación colectiva. En paralelo, la intensificación de la interdependencia de las cadenas empresariales aparejado a este proceso ha ahondado en esta laminación porque el contexto de competencia feroz entre los agentes económicos ha ejercido, en algunos sectores, una insistente presión a la baja de las condiciones de trabajo de las plantillas para garantizar la supervivencia de las empresas.

Una manifestación de este escenario es perfectamente apreciable en ámbitos intensivos en mano de obra y de bajo valor añadido. La dificultad para incrementar la productividad que caracteriza a estos sectores, ha empujado a las empresas (normalmente contratistas) a supeditar su supervivencia a una espiral devaluadora de las condiciones de trabajo. Y el surgimiento de las empresas multiservicios (EMS) es una reacción prácticamente indisociable de la convergencia de factores presentes en este *hábitat*. Aprovechando un *punto ciego* del sistema jurídico, se han erigido en una alternativa *más competitiva* (léase, más barata) a la cesión de mano de obra a través de empresas de trabajo temporal (ETT): no sólo escapan de los formalismos y garantías exigidas a éstas, sino que también evitan (entre otros efectos) la equiparación de condiciones con los trabajadores de la empresa principal y se supeditan a un régimen de responsabilidad más laxo. Esta confluencia se ha traducido en una precarización severa y la consiguiente conformación de un subtipo de trabajo por cuenta ajena: el *trabajo externalizado*.

El 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, ha introducido una modificación en el art. 42 ET con la *aspiración* de combatir este fenómeno (o, al menos, una parte del mismo). En efecto, la sujeción de las empresas contratistas al convenio colectivo del sector de la actividad que desarrollan en la empresa principal, que proclama el nuevo apartado 6, redefine uno de los factores medulares de la negociación colectiva, pues, somete el ámbito de aplicación funcional a un principio de realidad (o, si se prefiere, desvinculado del rigorismo formal). No obstante, esta medida, particularmente oportuna, plantea algunas objeciones y suscita no pocas controversias interpretativas. El propósito de este trabajo es abordarlas por este orden: en primer lugar, se plantean dudas respecto al ámbito de aplicación del propio art. 42.6 ET

(y, en esencia, se discute si debe ceñirse a las contrata subsumibles en el concepto de *propia actividad* del art. 42.1 ET o no).

En segundo lugar, al optar por el convenio del sector (y no por la equiparación con las condiciones de la empresa principal, como se exige a las ETT), la norma ha descartado una solución maximalista (en términos de protección de los intereses de las personas trabajadoras).

En tercer lugar, la determinación del convenio colectivo del sector aplicable no está exenta de controversia (por ejemplo, en el caso de que la actividad ejecutada por la contratista pueda subsumirse funcionalmente en diversos sectores).

Y, en cuarto lugar, en coherencia con el origen acordado entre los interlocutores sociales de la reforma, el nuevo precepto habilita un juego de (complejas) excepciones a la regla que establece que podría acabar devaluando severamente el propósito que persigue. En paralelo, esta *acotación* del alcance de la nueva regla debe complementarse con la modificación parcial de las reglas de concurrencia de convenios colectivos (afectando únicamente a ciertos – aunque importantes – aspectos del art. 84.2 ET) y debe evaluarse su efecto al combinarse.

Finalmente, también debe analizarse el impacto que la doctrina jurisprudencial que excepciona la prohibición de concurrencia durante la ultraactividad de los convenios colectivos podría tener en este nuevo marco normativo.

No obstante, con carácter previo a todos estos elementos, es conveniente hacer una taxonomía de los factores que han contribuido a la proliferación de lo que se ha denominado *trabajador externalizado*. Este análisis previo es oportuno, pues, contribuye a vislumbrar la penetración profunda de este modo de gestión de las personas trabajadoras en el sistema productivo y, dada esta imbricación, las dificultades intrínsecas asociadas a cualquier intento dirigido a revertirlo.

## 2. El trabajo externalizado: factores que han impulsado su proliferación

La *empresa-red* es una metáfora que ilustra el modelo paradigmático de organización productiva empresarial actual. El generalizado recurso a las contrata es consustancial a este contexto, con la particularidad de que, desde hace tiempo, ya no están estrictamente asociadas a actividades complementarias e, incluso, se ha extendido al sector público ampliamente<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para una aproximación actualizada y rigurosa sobre este proceso, véase J.L. MONEREO

Sin perjuicio de los condicionantes económico-productivos (claramente determinantes), puede afirmarse que son diversos los factores normativos y hermenéuticos que, al albur de la libertad de empresa (art. 38 CE), han contribuido (en mayor o menor medida) a esta proliferación (cuya manifestación más visible es la generalizada irrupción de las EMS apuntada).

En efecto, como punto de partida, debe recordarse que el TS ha aclarado que «el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa [...] la denominada descentralización productiva es lícita [...]. La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada [...], sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresas»<sup>2</sup>.

No obstante, a pesar de la legitimidad constitucional de esta opción empresarial, las condiciones de trabajo del empleo asociado a este proceso generalizado de descentralización productiva han experimentado, en algunos sectores, una profunda devaluación. De hecho, se ha convertido en una importante palanca para posicionar a las empresas y garantizar su competitividad y viabilidad<sup>3</sup>.

A partir de esta premisa, los citados factores, serían, principalmente (y en apretada síntesis), los siguientes (sin seguir necesariamente un orden de importancia en la promoción de este fenómeno).

1) En primer lugar, la validez del contrato de obra o servicio vinculada a la duración de la contrata (que, como se sabe, quedó imposibilitada a partir de la STS 29 diciembre 2020)<sup>4</sup>. De hecho, ante la pasividad de la negociación

---

PÉREZ, *Subcontratación empresarial y reforma laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pp. 278-298.

<sup>2</sup> STS 27 octubre 1994 (rec. 3724/1993).

<sup>3</sup> Ver al respecto también J. LAHERA FORTEZA, *La reordenación de salarios en la negociación colectiva*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 88.

<sup>4</sup> Rec. 240/2018. Para el TS, la *sustantividad y autonomía propia* que caracteriza al contrato de obra y servicio abarcaba también la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que duraba la contrata o la concesión, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo (por todas, *cfr.* STS 15 enero 1997, rec. 3827/1995; STS 8 junio 1999, rec. 3009/1998; STS 20 noviembre 2000, rec. 3134/1999; STS 7 noviembre 2005, rec. 5175/2004; STS 4 mayo 2006, rec. 1155/2005; STS 16 septiembre 2014, rec. 2069/2013; STS 22 septiembre 2014, rec. 2689/2013; STS 14 noviembre 2017, rec. 2954/2015). Más específicamente la propia jurisprudencia entendió que, «aunque en tales casos es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, existe, no obstante, una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, y ésta resulta una

colectiva y del Legislador, este factor se convirtió en un instrumento de flexibilidad empresarial extraordinario y una poderosa invitación a la externalización porque admitía (si se me permite, casi por *arte de magia*) el recurso a mano de obra temporal que, de otro modo (a través de la contratación directa), no sería posible (por no concurrir las notas de temporalidad)<sup>5</sup>. Aunque es cierto que la jurisprudencia, posteriormente, contuvo los intentos de flexibilizar la extinción anticipada de estos contratos temporales (en función de las vicisitudes de la contrata y/o las decisiones sobrevenidas de la empresa principal)<sup>6</sup>, lo cierto es que esta

---

limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste. Y hemos precisado que el contrato para obra o servicio puede apoyarse en causa válida mientras subsista la necesidad temporal de empleados, porque la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de éste continua, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, porque por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface» (STS 16 julio 2020, rec. 4468/2017).

<sup>5</sup> Si nos centramos en la verdadera fundamentación de esta causa de temporalidad, repárese que la misma descansa principalmente sobre la incertidumbre de la contrata (A. VICENTE PALACIO, *Empresas multiservicios y precarización del empleo. el trabajador subcedido*, Atelier, 2016, p. 39). Y esta posibilidad era muy discutible porque en la medida que pueden prestarse servicios vinculados a la actividad ordinaria de la empresa, no puede decirse que la temporalidad quede, propiamente, definida por una *causa* (un hecho de naturaleza temporal), sino por un término – si se me permite – *puro*, esto es, una necesidad de trabajo definida por/entre comitente y contratista y, como se ha apuntado, su eventual prolongación en el tiempo.

<sup>6</sup> En efecto, la doctrina jurisprudencial entendió que la reducción del volumen de actividad encomendado por una empresa comitente a otra auxiliar no puede articularse como una vía de ineficacia contractual subsumible en el art. 49.1.ª ET (en este sentido, entre otras, *cf.* STS 10 junio 2008, rec. 1204/2007; STS 8 noviembre 2010, rec. 4173/2009; STS 16 julio 2014, rec. 1777/2013). En estos casos, la extinción debe canalizarse a través de las causas resolutorias de los arts. 51 y 52.ª ET. En concreto, se ha entendido que «lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del art. 1256 del Código Civil» (STS 13 julio 2017, rec. 25/2017; STS 14 noviembre 2017, *cit.*). Especialmente porque «como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción» (STS 31 enero 2008, rec. 1719/2007). Y, en virtud de la STS 4 abril 2019, rec. 165/2018, a propósito del sector de Contact Center, estableció que el convenio colectivo (que posibilita que una resolución parcial del encargo de la empresa cliente constituya un supuesto de extinción calificable como un término), «no puede regular la extinción de los contratos por obra o servicio determinado por causa de disminución o reducción del volumen de la contrata, al margen de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, ni que en el art. 49 del mismo se regule ninguna causa nueva de extinción de las que señala, sino que tal situación tiene encaje en lo dispuesto en los arts. 51 ó 52 c) del ET» (lo que precipita que las extinciones producidas a la luz de esta disposición convencional, deben ser calificadas como computables a los efectos del despido colectivo, describiéndose – en

posibilidad habilitó un *hábitat* de temporalidad que, rápidamente, se generalizó y se consolidó profundamente a nivel empresarial<sup>7</sup>. Especialmente porque llevaba anudada otras ventajas nada desdeñables (al menos, dos):

- por un lado, el hecho de que el art. 15.5 ET condicionara la conversión a indefinido cuando (en su redacción anterior al RD-Ley 32/2021) se superen los 24 meses en un plazo de 30 a la formalización de «2 o más contratos» también incrementaba el atractivo de esta modalidad de contratación temporal<sup>8</sup>;
- por otro lado, la jurisprudencia también admitió que, mientras el mismo contratista fuera titular de la contrata (sea por prórroga o nueva adjudicación), no podía entenderse que había llegado a su término la relación laboral<sup>9</sup>. El hecho de que el límite de 3 años para los contratos de obra y servicio no fuera aplicable los formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 10/2010<sup>10</sup>, posibilitó contratos *temporales* con una duración *indefinida*. Aunque esta interpretación fue objeto de una

---

este caso – un despido colectivo *de facto*).

<sup>7</sup> En el sector público, corrigiendo un primer posicionamiento más laxo (STS 10 diciembre 1999, rec. 415/1999; STS 28 diciembre 1998, rec. 1515/1998; STS 2 junio 2000, rec. 2645/1999; STS 30 abril 2001, rec. 4149/2000), finalmente, se limitó la posibilidad de vincular el contrato de obra a la concesión de una subvención pública. En concreto, la STS 21 marzo 2002, rec. 1701/2001, establece que «No ha elevado pues esta Sala, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal». Añadiendo que «del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian». De modo que «de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Lo confirma así la Ley 12/2001 de 9 de junio, que ha introducido un nuevo apartado, el e), en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores». Un testimonio reciente de este criterio (que se ha reiterado en numerosas ocasiones) en la STS 8 marzo 2022, rec. 4212/2019, y STS 2 noviembre 2022, rec. 3949/2019, declarando que una contratación de obra y servicio vinculada a un Plan de Inserción Social (años 2008 a 2013) del Consorcio Galego de Servizos de Igualdade e Benestar (que había formalizado un convenio de colaboración con la Xunta de Galicia y contaba con cofinanciación del Fondo Social Europeo) y, una vez finalizado, continuado en el marco de la Estrategia de Inclusión Social (2014-2020), describe una sucesión fraudulenta (y debe ser calificada como personal indefinido no fijo).

<sup>8</sup> Una reciente aplicación de este precepto a contratos celebrados con anterioridad al RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en la STS 10 diciembre 2020, rec. 1858/2018.

<sup>9</sup> *Vid.* STS 17 junio 2008, rec. 4426/2006; STS 23 septiembre 2008, rec. 2126/2007.

<sup>10</sup> *Cfr.* STS 22 mayo 2020, rec. 4055/2017; STS 27 abril 2018, rec. 3926/2015; STS 19 julio 2018, rec. 823/2017; STS 26 marzo 2019, rec. 2432/2017; STS 16 enero 2020, rec. 2122/2018.

posterior modalización en aras a contener los efectos hipertróficos de provocaba (de algún modo, esta contención estaba influenciada por la doctrina derivada del asunto *Montero Mateos*<sup>11</sup> y que exige la calificación de la relación como indefinida si el contrato está sometido a un fin imprevisible y a una duración inusualmente larga)<sup>12</sup>.

2) En segundo lugar, otro de los factores que han incidido en la proliferación del trabajo externalizado ha sido el juego interpretativo adoptado por la jurisprudencia (restrictivo o expansivo, según los casos), en algunos elementos absolutamente medulares del art. 42 ET:

- sobre el concepto de *propia actividad*, adoptando un criterio restrictivo al acudir a la teoría del ciclo productivo<sup>13</sup> y, por lo tanto, acotando el

<sup>11</sup> STJUE 5 junio 2018, asunto C-677/16, *Montero Mateos c. Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid*.

<sup>12</sup> En el marco de la controversia derivada de la STJUE 14 septiembre 2016, asunto C-596/14, *Ana de Diego Porras c. Ministerio de Defensa*, y a la luz del apartado 64 del caso *Montero Mateos*, cit., el Tribunal Supremo dio un primer paso cuestionando la validez del contrato de obra vinculado a la duración de una contrata. Si bien es cierto que, como se ha apuntado anteriormente, el límite de 3 años para los contratos de obra y servicio no era extensible a los celebrados con anterioridad al RD-Ley 10/2010 a la luz de esta doctrina del TJUE, la Sala IV optó por *modular* su propia doctrina. Como se ha expuesto, el citado apartado 64 el TJUE entiende que una relación con un fin imprevisible y una duración inusualmente larga debe ser calificada como indefinida. Pues bien, la Sala IV (sin citar este apartado 64) calificará como indefinidos los contratos de obra y servicio vinculados a la duración de una contrata en cuatro resoluciones de 19 de julio de 2018 (rec. 823/2017, cit.; rec. 824/2017; rec. 972/2017; rec. 1037/2017). En el rec. 824/2017 se habla, sin citar al caso *Montero Mateos*, cit., de «expectativa de finalización del mismo [que] se torna excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo» (así también en el rec. 972/2017). Según el rec. 823/2017 (sin citar tampoco este caso en este estadio de la argumentación), «ante la prolongada duración de la colaboración empresarial, la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota» (doctrina seguida posteriormente por la STS 11 octubre 2018, rec. 1295/2017; STS 5 marzo 2019, rec. 1128/2017; STS 26 marzo 2019, cit.; STS 28 noviembre 2019, rec. 3337/2017; STS 16 enero 2020, cit.; STS 3 marzo 2020, rec. 3566/2017; STS 7 mayo 2020, rec. 88/2017; STS 14 mayo 2020, rec. 1396/2017; STS 31 mayo 2020, rec. 3704/2017). Planteamiento que, precisamente, es recogido en la citada STS 29 diciembre 2020. Lo que, dicho sea de paso, no deja de *contrastar* con la *reinterpretación* que, por aquél entonces (y hasta la corrección exigida por la STJUE 3 junio 2021, asunto C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario c. JN*), llevó a cabo el Tribunal Supremo (STS 5 diciembre 2019, rec. 1986/2018) sobre el famoso apartado 64, al entender que *inusualmente largo* debe referirse a *injustificadamente largo*. Aunque probablemente pudiera afirmarse que ambas doctrinas tenían vidas *autónomas*, pues, las cuatro citadas resoluciones de 19 de julio de 2018 se dictan sin citar el apartado 64, estarán conmigo que (en una perspectiva *histórica*) ambas comparten la misma *trayectoria* (de ahí que creo que fuera controvertido que puedan mantenerse simultáneamente en el tiempo).

<sup>13</sup> *Cfr.* STS 18 enero 1995, rec. 150/1994; STS 24 noviembre 1998, rec. 517/1998; STS 20 julio 2005, rec. 2160/2004; STS 11 mayo 2005, rec. 2291/2004; STS 29 noviembre 2013,



- ámbito de aplicación objetivo de la propia norma (y, así, la posible responsabilidad solidaria respecto de las deudas de naturaleza salarial)<sup>14</sup>;
- sobre el concepto de *salario*, limitando este concepto al excluir a los salarios de tramitación (y, por consiguiente, conteniendo la responsabilidad exigible a la empresa cliente, pese a la concurrencia de *propia actividad*)<sup>15</sup>;
  - sobre el concepto de *contrata*, apostando por un criterio expansivo del mismo al permitir la concertación de servicios pertenecientes al ciclo productivo, de modo que no es necesario que revista cualidad de complementaria o contingente<sup>16</sup>;
  - sobre la posibilidad de concertar contratas con organización puesta a disposición de la principal muy simple (devaluando el concepto de *autonomía técnica* de la contrata a los efectos de la cesión ilegal, aspecto que ahora sólo se apunta porque será objeto de mayor atención posteriormente)<sup>17</sup>.

---

rec. 2558/2012.

<sup>14</sup> Extensamente, al respecto, véase J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 302-305.

<sup>15</sup> *Cfr.* STS 14 julio 1998, rec. 3482/1997; STS 2 noviembre 2000, rec. 3210/1999; STS 26 diciembre 2000, rec. 4595/1999; STS 23 enero 2001, rec. 1706/2000.

<sup>16</sup> *Vid.* STS 4 marzo 2008, rec. 1310/2007. Aunque también es cierto que la STS 21 julio 2016, rec. 2147/2014, ha afirmado que «El negocio jurídico a cuyo través entra en juego la contrata no viene tasado por la norma laboral. La ambigüedad de los conceptos induce a pensar que las expresiones “contratas o subcontratas”, por su generalidad, no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a contratos de obra o servicio de naturaleza privada, ya que abarcan negocios jurídicos que tuvieran tal objeto, aún correspondientes a la esfera pública, siempre que generaran cesiones indirectas y cumplieran los demás requisitos exigidos para la actuación del mencionado precepto. “La realización de obras o servicios” es el objeto de la contratación entre las empresas, pero la expresión ha de entenderse en sentido amplio. Lo importante, entonces, no es que medie un contrato de empresa entre las dos organizaciones productivas vinculadas, sino que entre ambas exista un negocio jurídico que sirva de cobertura al auxilio que para su propia actividad consigue el comitente». Añadiendo, y superando el formalismo de las dos STS 15 diciembre 2015, rec. 2614/2014 y rec. 2653/2014, que mantenían un criterio dispar en relación al contrato de agencia, que «La relación entre el artículo 42 ET y la Ley reguladora del Contrato de Agencia no debe plantearse en términos conflictivos o excluyentes. Se trata de previsiones autónomas y obedientes a ópticas diversas. Que exista un contrato de Agencia no comporta, de manera automática y necesaria, la imposibilidad de que entren en juego las previsiones del artículo 42 ET. Si el contrato de Agencia sirve para descentralizar la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad deben operar las garantías del ET, y viceversa. Hay que examinar el tenor de la colaboración entre las empresas, aunque se haya canalizado a través del contrato de Agencia, para comprobar si está ante una contratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad. El dato formal que suministra el tipo de negocio jurídico que discurre entre las empresas, en suma, no basta para excluir el juego del artículo 42 ET».

<sup>17</sup> *Vid.* STS 17 diciembre 2001, rec. 244/2001.

3) El tercer elemento acelerador de este proceso de descentralización ha sido que la jurisprudencia ha admitido que la misma decisión externalizadora de la empresa principal puede justificar una resolución por *causa de empresa* procedente. Así se ha admitido, para servicios heterogéneos, en diversas decisiones de externalización: de la limpieza<sup>18</sup>, del servicio de lavandería (de una clínica)<sup>19</sup> o del de transporte y reparto a clientes de un determinado ámbito geográfico<sup>20</sup>. Y, también se ha aceptado en el caso de concertación con Mutua Accidentes de Trabajo servicios de prevención y medicina de la empresa<sup>21</sup>.

4) El cuarto factor estaría relacionado con las propias empresas auxiliares y la conceptualización de las *causas de empresa* en el supuesto de finalización de la contrata. Aunque, como se ha expuesto, la jurisprudencia impidió que la reducción de la contrata o una modificación de la misma se erigiera en una manifestación del cumplimiento del término del contrato temporal vinculado a la contrata, también debe tenerse en cuenta que sí podía ser suficiente para acreditar la concurrencia de dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa contratista y, por ende, la resolución por *causas de empresa*<sup>22</sup>. Esta posibilidad también se ha extendido a las reducciones de contratas impuestas por pliegos y posterior adjudicación a una nueva empresa entrante (y, por consiguiente, la causa resolutoria era conocida con anterioridad a la adjudicación)<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Vid. STS 20 noviembre 2015, rec. 104/2015.

<sup>19</sup> Vid. STS 2 marzo 2009, rec. 1605/2008.

<sup>20</sup> Cfr. STS 31 mayo 2006, rec. 49/2005; STS 10 mayo 2006, rec. 725/2005.

<sup>21</sup> Cfr. STS 3 octubre 2000, rec. 651/2000; STS 4 octubre 2000, rec. 4098/1999.

<sup>22</sup> Entre otras, cfr. STS 31 enero 2008, cit.; STS 30 junio 2015, rec. 2769/2014; STS 3 mayo 2016, rec. 3040/2014; STS 1º febrero 2017, rec. 1595/2015; STS 14 enero 2020, rec. 126/2019. Más específicamente, se ha entendido que, en la medida que la apreciación de las causas organizativas y productivas que justifican el despido objetivo no han de concurrir en la totalidad de la empresa, sino tan solo en el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectada por el exceso de personal, puede exportarse a supuestos referidos a una específica contrata de las muchas que pueda desempeñar para distintos clientes la empresa de servicios (STS 30 junio 2015, cit.; STS 3 mayo 2016, cit.; STS 1º febrero 2017, cit.).

<sup>23</sup> Vid. STS 10 enero 2017, rec. 1077/2015. En síntesis, el TS entiende lo siguiente. En primer lugar, a reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior y que en caso de dificultades para cumplir ese deber no permiten la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de la obra, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del art. 41 ET. Y, en segundo lugar, afirma que «Resulta poco coherente [...] que la antigua contratista sí puede reducir plantilla por razones objetivas cuando se minora la contrata y la nueva adjudicataria no, pues con ello se mejora la posición de la antigua y se empeora en la subasta a la nueva. La antigua contratista puede disminuir la plantilla por causas objetivas cuando durante la ejecución de

Además, en orden a la configuración de la causa productiva como justificación de las extinciones por causas objetivas, la Sala IV ha establecido que no es preciso que la contratista deba acreditar la imposibilidad de recolocación de la plantilla excedente (aunque existan otras contrataciones de servicios en la empresa)<sup>24</sup>. Si bien, en alguna ocasión, ha advertido que «la mera pérdida de la contrata puede no resultar suficiente para concluir que siempre y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo»<sup>25</sup>; y también ha destacado que no basta con que en la carta de despido se indique que se ha producido una reducción en el volumen de la contrata por parte de la principal, sino que debe acreditarse dicha reducción<sup>26</sup>.

5) El quinto elemento también estaría relacionado con las propias empresas auxiliares, pues, es claro que la posibilidad de eludir los excedentes de plantilla en caso de fin de la contrata con la empresa cliente a través de ciertas reglas convencionales subrogatorias contribuía a aliviar las cargas asociadas. Sin olvidar que también posibilitan que la contratista entrante no tuviera que asumir siempre a toda la plantilla de la anterior y, cuando lo hacía, podía hacerse asumiendo condiciones laborales muy beneficiosas (por ejemplo, al poner el contador de la antigüedad a cero en cada cambio

---

la contrata si se reduce su volumen y cuando esa reducción opera en el pliego de condiciones de la nueva adjudicación. Pero, si la reducción de la contrata la impone el nuevo pliego de condiciones la nueva contratista que por imposición convencional se subroga en el personal de la otra, también puede minorar la plantilla, cosa que no pudo hacer su predecesora porque la reducción sobrevino con la nueva adjudicación. Y es que, no debemos olvidar que subrogarse es situarse en la posición de otro y asumir los derechos y obligaciones de aquel a quien se sucede, lo que lleva implícito que el sucesor conserva los derechos que tenía el sucedido y que su situación no empeora».

<sup>24</sup> Cfr. STS 31 enero 2018, rec. 1990/2016; STS 3 noviembre 2020, rec. 1521/2018. Así pues, no constando que hubiera vacantes adecuadas (STS 16 mayo 2011, rec. 2727/2010; STS 8 julio 2011, rec. 3159/2010; STS 26 abril 2013, rec. 2396/2012), «la pérdida de uno de los clientes o la reducción de alguna de las contrataciones supone un descenso del volumen de la actividad empresarial que, como regla general, justifica que la empresa pueda recurrir a la extinción objetiva de los contratos de trabajo que resulten excedentes y acordes con esa minoración de su actividad que resulta consecuencia indisociable de la disminución de la contrata» (STS 1º febrero 2017, cit.). Y, en relación a la acreditación de la recolocación, debe tenerse en cuenta que la propia doctrina jurisprudencial, no obstante, ha admitido como caso excepcional el criterio de la STS 29 noviembre 2010, rec. 3876/2009, que resuelve un supuesto ciertamente singular: se declara la improcedencia de un despido en una empresa con más de 15.000 trabajadores que, en el período próximo a dicha resolución, había suscrito, al menos, 81 contrataciones nuevas, varias de ellas en el propio centro de trabajo en el que trabajaba el despedido. Excepcionalidad confirmada por STS 8 julio 2011, cit., STS 26 abril 2013, cit., y STS 1º febrero 2017, cit.

<sup>25</sup> STS 26 abril 2013, cit.

<sup>26</sup> *Vid.* STS 1º febrero 2017, rec. 2309/2015.

de empresario) y/o exonerando de toda responsabilidad a la empresa entrante de las deudas pendientes de la saliente con dichos trabajadores. La *resistencia* del Alto Tribunal, en marco de la sucesión de contratos intensivos en mano de obra (esto es, *desmaterializadas*), a aceptar la doctrina *Temco*<sup>27</sup> y, por ende, a aplicar íntegramente las reglas subrogatorias que dimanaban del art. 44 ET, era un factor que hasta entonces garantizaba la *fluidex* en la sucesión (infinita) de contratistas y, por consiguiente, mantenía perfectamente lubricada la dinámica externalizadora. Aunque esto no eludía en todos los casos la necesidad de adoptar medidas de flexibilidad externa a las empresas salientes, lo cierto es que las limitaba de forma muy sustancial y, además, atenuaba muy significativamente sus efectos. Finalmente, como se sabe, esta oposición de la doctrina interna también quedó *doblegada* a partir del caso *Somoza Hermo*<sup>28</sup> (aunque asumida *a regañadientes* por la Sala IV)<sup>29</sup>.

6) El sexto elemento sería la disparidad de *cargas* asociadas a la cesión de trabajadores a través de una ETT y las que se desprenden de la aplicación del art. 42 ET. En este sentido, la equiparación de las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos con los de la usuaria (en los términos exigidos por la Directiva 2008/104/CE) y la interpretación expansiva por parte de la jurisprudencia de este concepto<sup>30</sup>, contrasta con la visión restrictiva de los elementos medulares del art. 42 ET anteriormente expuestos (*propia actividad, salario*, etc.). Esta disparidad también es visible en la articulación de un régimen de responsabilidad más estricto en el caso del recurso a ETT. Y, más todavía, si se repara que la contratación temporal ilegal por parte de una ETT describe un supuesto de cesión ilegal<sup>31</sup> (no así cuando se produce esta ilicitud en el sí de una contrata). En definitiva, este *encarecimiento* ha podido operar como un acicate para, por igual, constituir empresas

<sup>27</sup> STJUE 24 enero 2002, asunto C-51/00, *Temco Service Industries SA c. Samir Imzilyen y otros*.

<sup>28</sup> STJUE 11 julio 2018, asunto C-60/17, *Ángel Somoza Hermo e Ilusión Seguridad SA c. Esabe Vigilancia, S.A., y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*.

<sup>29</sup> STS 27 septiembre 2018, rec. 2747/2016.

<sup>30</sup> En efecto, se ha entendido que la equiparación incluye a las condiciones previstas en convenios colectivos estatutario y extraestatutarios, pactos o acuerdos colectivos de aplicación general excluyendo únicamente los pactos individuales y los complementos “*ad personam*” no vinculados al puesto de trabajo (*vid.* STS 22 enero 2009, rec. 4262/2007). También se extiende a las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo (*vid.* STS 7 febrero 2007, rec. 104/2005). Y, en función de su finalidad, también se extiende a las partidas extrasalariales (*idem*). No obstante, no se extiende al complemento de incapacidad temporal, porque es una mejora voluntaria prevista en convenio colectivo de la empresa usuaria (*cf.* STS 18 marzo 2004, rec. 23/2003; en contra, STSJ Cataluña 17 enero 2019, rec. 6677/2018). Tampoco las mejoras en las suspensiones o extinciones de la relación laboral (*vid.* STS 22 enero 2009, cit.).

<sup>31</sup> Por todas, STS 19 febrero 2009, rec. 2748/2007.

contratistas y acudir a ellas. En paralelo, es obvio que la creación de una ETT está sujeta a mayores requisitos, garantías y formalidades y esto también ha podido inducir a la creación de EMS (al quedar exentas del cumplimiento de todas ellas).

Si bien es cierto que el prestamismo de trabajadores al margen de una ETT es una opción prohibida (art. 43.1 ET) y, por consiguiente, describe una línea roja que las empresas contratistas no pueden sobrepasar, esta frontera se ha ido desplazando progresivamente a medida que la jurisprudencia ha ido devaluando los indicios que podrían precipitar la aplicación del art. 43 ET (lo que, obviamente, por contraste, ha potenciado el atractivo de las contrata, pues, ha disipado el riesgo a los efectos que se derivan de su aplicación).

En este sentido, es muy ilustrativo que la Sala IV haya admitido que la empresa principal pueda formalizar contrata con organización puesta a disposición de la principal «muy simple»<sup>32</sup>. Esta difuminación de las fronteras con la cesión ilegal (pues, si la base organizativa es residual o inexistente, salvo la mano de obra, ¿qué aporta verdaderamente la contratista?), se ha visto ahondada desde el instante que en el listado de presunciones del art. 43.2 ET (*ex* Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007) se omitió exigir la justificación o autonomía técnica de la contrata (y que sí recogía la jurisprudencia hasta entonces)<sup>33</sup>. Aunque los Tribunales la han recuperado (y se cita en algunas ocasiones)<sup>34</sup>, se trata de un concepto que (pese a la evidente dificultad para delimitarlo) apenas ha sido mínimamente acotado<sup>35</sup>. Además, se da la circunstancia de que *compite* con otro concepto muy importante en las cadenas empresariales: la *subordinación técnica*. Es obvio que cuanto mayor sea esta última, más difícil será sostener realidad de la autonomía técnica. Al margen de algunas interpretaciones en la doctrina judicial que *blanquean* fenómenos de pluralidad empresarial que podrían subsumirse, sin ningún género de duda, en el art. 43.1 ET (pues, incluso

<sup>32</sup> STS 17 diciembre 2001, cit.

<sup>33</sup> STS 19 enero 1994, rec. 3400/1992; STS 16 junio 2003, rec. 3054/2001; STS 14 marzo 2006, rec. 66/2005.

<sup>34</sup> *Vid.* STS 19 junio 2012, rec. 2200/2011, y la doctrina judicial (entre otras, STSJ Cataluña 8 julio 2016, rec. 2706/2016).

<sup>35</sup> Una posible propuesta *gravitatoria*, quizás, alrededor de los siguientes factores que expone la STSJ Cataluña 8 julio 2016, cit.: «La externalización es lícita cuando la contratista aporta no únicamente mano de obra (dado que esto está prohibido, salvo las ETT, en el apartado 1 del artículo 43 ET), sino también un valor añadido: su experiencia y organización en la concreta actividad ejercida, de tal modo que es ella quien corre con el riesgo y ventura del negocio en el mercado».

reproducen la bicefalia empresarial funcional que caracteriza a las ETT)<sup>36</sup>, es claro que la cesión ilegal seguirá siendo una calificación que sobrevuele permanentemente en estos supuestos de descentralización productiva (y más si se tiene en cuenta el criterio de la sentencia *Rubrandklinik*)<sup>37</sup>.

Especialmente porque, como expone el Magistrado Moralo Gallego en su Voto Particular a la STS 21 enero 2022<sup>38</sup>, en un caso en el que el Alto Tribunal admite la validez de una contrata intensiva en mano de obra a

---

<sup>36</sup> La distinción llevada a cabo en la doctrina judicial entre gestión empresarial inmediata y mediata sería el exponente más ilustrativo de esta corriente interpretativa. En concreto, la STSJ Galicia 5 junio 2014, rec. 898/2014, recogiendo un criterio reiterado de la misma sala, afirma: «debe distinguirse, entre gestión empresarial mediata (o poder empresarial de carácter mediato) y gestión empresarial inmediata (o poder empresarial de carácter inmediato). Esta última, que es la que se refiere a las potestades empresariales necesarias para la gestión diaria de la actividad (tales como la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones concretas sobre el cumplimiento de las obligaciones e incluso la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales) no determina por sí sola la presencia de cesión ilegal, sino que habrá de atenderse a la gestión empresarial mediata, en donde se enmarca, como tanto el poder disciplinario del empresario, u otros determinantes como la concesión de vacaciones y permisos, prevención de riesgos, etc.». Siguen esta controvertida distinción, entre otras, STSJ Galicia 4 febrero 2016, rec. 5102/2015, STSJ Madrid 22 diciembre 2010, rec. 3102/2010, y STSJ Andalucía, Granada, 2 abril 2020, rec. 1691/2019.

<sup>37</sup> STJUE 17 noviembre 2016, asunto C-216/15, *Betriebsrat der Rubrandklinik gGmbH c. Rubrandklinik gGmbH*. Según esta resolución, la Directiva 2008/104/CE, relativa a empresas de trabajo temporal, es aplicable aunque la cedente no tenga la consideración de ETT. En concreto, entiende que el art. 1, apartados 1 y 2, de la citada norma, debe interpretarse en el sentido de que «entra dentro de su ámbito de aplicación la cesión por una asociación sin ánimo de lucro, a cambio de una compensación económica, de uno de sus miembros a una empresa usuaria para que realice en ésta, a cambio de una retribución, una prestación laboral, con carácter principal y bajo su dirección, siempre que dicho miembro esté protegido por ello en el Estado miembro de que se trate, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, aunque ese miembro no tenga la condición de trabajador en Derecho nacional por no haber celebrado un contrato de trabajo con la referida asociación». A nivel interno, esta resolución, a pesar de su indudable relevancia, apenas ha sido recogida. Salvo error u omisión, la STS 21 enero 2020, rec. 159/2018, es el primer (y único) pronunciamiento que (*obiter dicta*) se refiere a esta doctrina afirmando: «Si una entidad no lucrativa pone a disposición de una empresa el trabajo de sus asociados estamos ante verdaderos trabajadores y cesión ilegal, pues de hecho actúa como una ETT». De hecho, siguiendo el criterio que impulsa el contenido de esta sentencia del TJUE citada, aunque sin citarla, la STSJ Cataluña 18 julio 2019, rec. 11/2019, desestima la demanda de conflicto colectivo presentada por dos asociaciones patronales (mayoritarias) del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Cataluña en relación al contenido del art. 60 del Convenio colectivo interprovincial del sector de la Industria de Hostelería y Turismo de Cataluña, que obliga a las empresas contratistas de ciertos servicios la obligación de aplicar a sus trabajadores el salario y la jornada previsto en el citado convenio.

<sup>38</sup> Rec. 553/2020.

pesar de que la principal disciplina aspectos sustanciales sobre la forma de realizar las tareas:

Es verdad que la actividad objeto de contratación se sustenta esencialmente en la mano de obra, sin exigir medios materiales cualitativamente importantes, y debe además desempeñarse en las propias instalaciones de la principal con sujeción a la programación decidida por la misma. Pero eso no desvirtúa la exigencia de que una posible subcontratación de esta clase de tareas haya de ajustarse necesariamente a las pautas que imperativamente impone el art. 43 ET, por lo que tan solo será posible cuando efectivamente pueda llevarse a término conforme a los requisitos y parámetros que dicho precepto legal establece, de tal forma que la subcontratación deba incluso descartarse si no hay espacio fáctico y jurídico para que la empresa contratista pueda poner realmente en juego alguna clase de infraestructura empresarial verdaderamente relevante.

Lo contrario supondría una contravención de esas normas legales, para convalidar indiscriminadamente la cesión ilegal de trabajadores en toda esta clase de actividades que no exigen la aportación de una infraestructura material importante, ni tampoco de una organización especializada en áreas de conocimientos profesionales o intelectuales singularmente cualificados, como pueda ser, por ejemplo, el caso de las empresas de apoyo y mantenimiento de los servicios informáticos o similares, en las que la alta especialización de los conocimientos de los trabajadores pudiere considerarse en sí misma como valor determinante de la infraestructura empresarial en juego.

Este proceso de creciente permeabilidad del prestamismo legal (mediante la admisión de contratos dudosamente lícitos), se ha visto alimentado, en paralelo, con la relajación en la exigencia de diversos factores que deberían concurrir en un contrato lícito. Por ejemplo, se ha admitido que la principal pueda disciplinar aspectos medulares relativos a la forma de realizar las tareas en actividades fundamentadas básicamente en la mano de obra<sup>39</sup>. Y, desde el punto de vista de la *base organizativa*, que se admita que la comitente pueda arrendar sus propios equipos a la contratista<sup>40</sup>, que se usen sus equipos informáticos<sup>41</sup>, o bien, que se admita la rotulación de vehículos de

---

<sup>39</sup> Cfr. STS 24 mayo 2022, rec. 694/2020, en una prestación de un servicio de mediación intrajudicial para el Gobierno vasco; STS 12 enero 2022, rec. 1903/2020 y rec. 1307/2020, STS 13 enero 2022, rec. 2715/2020, STS 21 enero 2022, cit., STS 7 febrero 2022, rec. 175/2020, y STS 6 abril 2022, rec. 2524/2019, en casos todos relativos a monitores de educación especial en centros docentes de la Junta de Andalucía.

<sup>40</sup> Vid. STS 10 junio 2020, rec. 237/2018.

<sup>41</sup> Cfr. STS 25 noviembre 2019, rec. 81/2018; STS 10 enero 2017, rec. 1670/2014.

la contratista con el logo de la principal<sup>42</sup>. De hecho, repárese que estos criterios contrastan con la prohibición prevista en el art. 5.2.f de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, de formalizar contratos con «subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra».

En definitiva, con este caldo de cultivo, la proliferación generalizada de EMS no debería causar sorpresa alguna. No creo, no obstante, que este haya sido un efecto deliberadamente buscado por la Sala IV (no hay evidencias que permitan alcanzar esta conclusión). Ahora bien, sí creo que puede afirmarse que, a la luz de esta evolución hermenéutica aluvional, de algún modo, estaba *sintonizado* con esta *melodía* (si hubiera sido de otro modo, es claro que lo habría ralentizado y/u obstaculizado).

En paralelo, a nadie debería escapársele que, en estas condiciones, son muchos los factores que invitan a pensar que algunas contratistas, además de describir una situación de posible competencia desleal con las ETI<sup>43</sup>, llevan a cabo una función análoga a la desarrollada por estas. De ahí que pueda afirmarse que, mediante el recurso a un mero constructo formal, el efecto útil de la Directiva 2008/104/CE está siendo impune y profundamente socavado<sup>44</sup>. Esta tolerancia persistente en el tiempo (legal y hermenéutica)<sup>45</sup> ha adquirido tales dimensiones que, por la dificultad para encontrar una solución no traumática, puede ser calificada (empleando una expresión típicamente anglosajona), como un caso típico de *elefante en la habitación*.

7) Las reglas de concurrencia de convenios colectivos y de delimitación del ámbito de aplicación podrían ser calificadas como el séptimo (y último)

<sup>42</sup> Vid. STS 6 octubre 2022, rec. 2498/2021.

<sup>43</sup> Vid. SAN 30 mayo 2014, rec. 90/2014.

<sup>44</sup> Comparte también esta valoración J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 322. A nivel judicial, no obstante, algunas resoluciones sí han reparado en este problema. Por ejemplo, *cf.* SAN 30 mayo 2014, rec. 90/2014, *cit.*, y 92/2014, estableciéndose en la primera (*obiter dicta*) que «La Directiva es aplicable a cualquier empresa, independientemente de que tenga o no autorización administrativa o esté formalmente reconocida como empresa de trabajo temporal, en la medida en que realice un acto de puesta a disposición de uno o varios trabajadores».

<sup>45</sup> A. MERINO SEGOVIA, M.C. GRAU PINEDA, *La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, n. 96, p. 30, hablan de «contexto normativo de anomía consentida».



factor.

En relación a las primeras, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa *ex art.* 84.2 ET (resultante de la reforma de 2012) ha podido jugar un destacado papel en este proceso<sup>46</sup>. Especialmente porque, siempre que se respetara el principio de correspondencia<sup>47</sup>, esta posibilidad abría la puerta a los llamados *convenios oportunistas*<sup>48</sup>, esto es, los dirigidos a mejorar la competitividad empresarial a través de la devaluación salarial (es lo que se ha calificado acertadamente como «política retributiva *low cost*»<sup>49</sup> o de «descuelgue a la baja»<sup>50</sup>)<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Como apunta J.M. MORALES ORTEGA, *Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/2021*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, 2022, n. monográfico*, p. 226, «con dicha prioridad se convirtió al convenio de empresa en un poderoso instrumento de presunta flexibilidad. Es más, con un doble agravante. En primer lugar, que no era necesario justificar ninguna causa, que autorizase su utilización. Y en segundo lugar, que esta prioridad no podía, en ningún caso, contravenirse por decisión de los firmantes de los acuerdos del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores». No obstante, conviene matizar, siguiendo a J.R. MERCADER UGUINA, *El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?*, en *Labos, 2022, n. extra.*, p. 114, que, «Aunque es constante y reiterada la afirmación de que los convenios de empresa han producido un incremento de la tradicional atomización existente en nuestro país, lo cierto es que los datos no refrendan esa conclusión».

<sup>47</sup> Si bien es cierto que la jurisprudencia ha jugado un papel determinante en la contención de los intentos de las empresas (especialmente multiservicios) de devaluar la exigencia del principio de correspondencia, no conviene olvidar que la Sala IV sí ha admitido algunas excepciones relevantes (*cf.* STS 23 febrero 2017, rec. 146/2016, validada por la STS 20 junio 2017, rec. 177/2016; STS 27 septiembre 2017, rec. 121/2016).

<sup>48</sup> Término que Mercader Uguina toma del trabajo de Gimeno Díaz de Atauri (J.R. MERCADER UGUINA, *La desaparición de la preferencia aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial: ausencias y presencias en el artículo 84 ET*, en *Revista de Derecho Laboral vLex*, 2022, n. 5, p. 99; J.R. MERCADER UGUINA, *El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?*, *cit.*, p. 113).

<sup>49</sup> J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 315.

<sup>50</sup> C.L. ALFONSO MELLADO, *La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: orígenes y contenido*, en L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *op. cit.*, p. 467. Ver también al respecto, desde el punto de vista de la evolución del Índice de Precios de Trabajo, L. PÉREZ CAPITÁN, *La Reforma Laboral de 2021 y los cambios en la negociación colectiva*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social, 2022, n. 13*, pp. 67-68; A. DE LA PUEBLA PINILLA, *El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contrata y subcontratas*, en *Trabajo y Derecho, 2022*, n. 88.

<sup>51</sup> De hecho, la posibilidad de celebrar contratos de obra vinculados a una contrata (hasta que fue modificada la doctrina jurisprudencial en diciembre de 2020), podía tener un efecto combinado complejo. Repárese que, sin la intervención de la contrata (como se ha apuntado), la empresa no podía acudir a una ETT, pues, asumiría el riesgo a que se declare la cesión ilegal (ante la ausencia de una causa de temporalidad que ampare el contrato de puesta a disposición). En cambio, si optaba por externalizar, la contratista sí podía acudir a una ETT. En tal caso, las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos debían

En relación a las reglas relativas al ámbito de aplicación funcional, el criterio para determinar el convenio colectivo aplicable a las EMS también puede haber favorecido este proceso. Aunque la doctrina jurisprudencial existente ofrece una variedad de criterios (en concreto, tres) de simultánea validez en función de las circunstancias del caso. Así, como saben, el criterio de la *actividad preponderante* ex STS 17 marzo 2015<sup>52</sup> debe ser complementado, en función de las circunstancias particulares del caso, con el de la actividad efectivamente ejecutada por los trabajadores en la empresa cliente<sup>53</sup>. De hecho, esta doctrina ha sido recientemente ratificada por la STS 6 octubre 2022<sup>54</sup>, manifestando expresamente que este criterio es el que, finalmente (y como se expondrá posteriormente), ha sido recogido en el art. 42.6 ET ex RD-Ley 32/2021<sup>55</sup>.

No obstante, la jurisprudencia también ha rechazado la posible aplicación del contenido del convenio colectivo de la empresa principal a una empresa contratista. En concreto, la STS 12 febrero 2021<sup>56</sup> se refiere al despido nulo de una camarera de piso de una empresa contratista que presta servicios para un hotel (y que tiene la condición “formal” de multiservicios, pero no ha quedado acreditado), en el que se plantea si, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la citada calificación, el convenio colectivo aplicable debe ser el de limpieza o el de hostelería, ambos provinciales. En este caso, siguiendo el razonamiento de la STS 12 marzo 2020<sup>57</sup>, la sentencia, tras recordar que el art. 42 ET no exige la equiparación de condiciones y que un convenio colectivo no puede aplicarse a una empresa que quede fuera de su ámbito de aplicación funcional, entiende que no puede aplicarse el convenio colectivo de hostelería, porque la actividad de la empresa (según el TS, de limpieza)

---

equipararse a las de los trabajadores de la contrata y no a los de la principal (y, en este sentido, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa alimentaba una espiral devaluadora de las condiciones de trabajo para conseguir ventajas competitivas en el mercado.

<sup>52</sup> Rec. 1464/2014.

<sup>53</sup> *Vid.* STS 11 junio 2020, rec. 9/2019.

<sup>54</sup> Rec. 35/2021.

<sup>55</sup> Por otra parte, la STS 17 octubre 2022, rec. 2931/2021, en un supuesto en el que debe dilucidarse si un conserje de una empresa multiservicios que no cuenta con convenio colectivo propio y que presta servicios en una comunidad de propietarios está sujeto a las reglas subrogatorias del convenio colectivo del sector de la limpieza, rechaza la aplicación de las mismas porque, «Si se trata de una empresa multiservicios sin convenio propio, un determinado convenio sectorial será aplicable a dicha empresa cuando lleve a cabo una actividad incluida en ese convenio sectorial, sin que un convenio colectivo se pueda aplicar a contratos de trabajo que no están incluidos en su ámbito de aplicación».

<sup>56</sup> Rec. 2839/2019.

<sup>57</sup> Rec. 209/2018.

queda fuera de su ámbito de aplicación<sup>58</sup>.

Finalmente, la jurisprudencia ha admitido como válidas las cláusulas de convenios colectivos que, dirigiéndose exclusivamente a los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación funcional, les imponen que, al formalizar una contrata, exijan a dichas empresas comitentes la equiparación de condiciones de los trabajadores externalizados<sup>59</sup>.

El efecto combinado de estos 7 factores describe un entorno, como mínimo, *no hostil* a la proliferación de la externalización productiva. No creo que pueda afirmarse que este conglomerado de criterios sea la resultante de un propósito expresamente deliberado. No obstante, creo que sí puede concluirse que, durante estos años, la Sala IV (a partir de un posicionamiento que podría calificarse como próximo al liberalismo) ha entendido que, en tanto que una opción empresarial legítima, debía hacer lo posible para que su despliegue pudiera ejecutarse con suficiente *lubricación*. En cambio, no ha sido tan consciente de los efectos que, como contrapartida, esta matriz acarrea para las personas trabajadoras de

---

<sup>58</sup> Reitera esta doctrina la STS 11 noviembre 2021, rec. 3330/2019.

<sup>59</sup> STS 13 julio 2022, rec. 161/2022, rechaza que una asociación de empresas multiservicio esté legitimada para impugnar por ilicitud el I Convenio colectivo de empleados y empleadas de fincas urbanas de las provincias de Valencia y Castellón para los años 2018, 2019, 2020 y 2021 (podría haberlo hecho por lesividad si hubiera acreditado daños graves efectivos y reales). Entiende que las empresas multiservicio no están legitimadas porque no están incluidas en el ámbito de aplicación funcional del convenio (y por ello no están obligadas, de ningún modo, por la regulación de su art. 2 que exige la equiparación de condiciones de trabajo de los trabajadores externalizados con las de los trabajadores propios de las comunidades de propietarios). No obstante, en relación al contenido del citado precepto, puntualiza que «el convenio colectivo se limita a obligar a las comunidades de propietarios, integradas en su ámbito funcional, a que las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas externalizadas disfruten de las mismas condiciones que los trabajadores propios de las comunidades de propietarios, lo cual comportará que, cuando la comunidad de propietarios presenta externalizar estos servicios, deberá advertir a las empresas interesadas sobre las condiciones convencionales, que la comunidad está obligada a respetar, como dijimos en STS 12 de marzo 2020, rec. 209/2018, donde concluimos, en un supuesto similar al aquí debatido, que afectó a determinados preceptos del convenio de hostelería de Alicante, donde concluimos que, la obligación mencionada se dirige única y exclusivamente a los empresarios incluidos en el ámbito funcional del convenio, quienes se obligan a garantizar que los trabajadores y trabajadoras, que presten servicios en empresas contratistas o subcontratistas en las áreas mencionadas, cobrarán, al menos, las mismas retribuciones del convenio, estableciéndose como principal garantía para alcanzar ese objetivo, que los empresarios principales responderán subsidiaria y, en su caso, solidariamente de las obligaciones mencionadas». Más recientemente, la STS 13 septiembre 2022, rec. 10/2021, ha vuelto a incidir sobre esta cuestión a resultas del contenido del Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de la provincia de Las Palmas, aunque, esta ocasión, ahonda en la cuestión relativa a la legitimación por lesividad *ex art. 165.1.b LRJS*.

algunos sectores. La idea del *trabajador externalizado* y la precariedad anudada, se acabó convirtiendo en una figura prototípica de todos ellos<sup>60</sup>. La reforma operada por el RD-Ley 32/2021 y, en concreto, el nuevo art. 42.6 ET ha tratado de atenuar, a través de la negociación colectiva, alguno de estos efectos. Extremo que se expone en el epígrafe que sigue.

### 3. El nuevo art. 42.6 ET: una equiparación de condiciones residual

La exposición de motivos del RD-Ley 32/2021 enmarca la modificación del apartado 6 del art. 42 ET en el propósito de «procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales». El objetivo que persigue la reforma (prosigue) es que la externalización se justifique en «razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas».

En este sentido, el fin de la prioridad aplicativa en materia salarial del convenio colectivo de empresa, resultante de la modificación del art. 84.2.a ET, se alinea completamente con este propósito<sup>61</sup> y, además, equipara las reglas con respecto a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) (arts. 101.2.3°, 102.3.2°, 122.2, 149.4.5° y 202.3). De hecho, esta supresión de la antigua letra *d*<sup>62</sup> es, probablemente, una de las novedades más importantes de la reforma (o, al menos, la que – estimo – puede tener un impacto macroeconómico mayor). Especialmente, porque (aunque no lo hace de forma categórica) aspira a romper la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva (especialmente, en aquellos sectores de escasa productividad)<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> A. MERINO SEGOVIA, M.C. GRAU PINEDA, *op. cit.*, p. 21, hablan de «outsourcing de la precariedad».

<sup>61</sup> A modo de simple recordatorio, téngase en cuenta que un convenio de centro de trabajo no tiene prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial, puesto que dicha prioridad se predica únicamente de los convenios de empresa, a tenor con lo dispuesto en el art. 84.2 ET (*cf.* STS 22 septiembre 2016, rec. 248/2015; STS 10 noviembre 2016, rec. 290/2015; STS 9 mayo 2017, rec. 115/2016; STS 27 enero 2022, rec. 30/2020 y rec. 33/2020; STS 8 febrero 2022, rec. 20/2020).

<sup>62</sup> Que rezaba como sigue: «La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa».

<sup>63</sup> No obstante, aunque es poco probable, cabría la posibilidad de que se restableciera la

A pesar de lo anterior, la lectura atenta del nuevo marco regulatorio arroja un resultado alejado del propósito recién descrito, cuestionando que se esté dando respuesta al principio de no discriminación que también dice perseguir<sup>64</sup>. Especialmente, porque, como se expondrá en las páginas que siguen, el efecto equiparador que proclama está plagado de *puertas traseras* que permiten su lícita elusión.

Llegados a este estadio, la reproducción de la literalidad del nuevo apartado 6 del art. 42 ET (desplazando al anterior al n. 7), es oportuna a los efectos de la exposición que sigue:

El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III.

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este en los términos que resulten del artículo 84.

Antes de proceder a la disección del complejo juego de reglas generales y excepciones que describe este precepto, conviene hacer las siguientes reflexiones con carácter general (dos):

- en primer lugar (y dejando de lado discutible sistematicidad de la norma, pues, quizás, hubiera sido más oportuno ubicarla en el Título III)<sup>65</sup>, es importante destacar que se trata de una regla que, en la medida que no

---

prioridad aplicativa en materia salarial a través de la letra *f* («Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET»). A su vez, repárese que la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa se mantiene con respecto a otros aspectos que sí tienen afectación salarial como los descritos en la actual letra *a* (anterior letra *b*): «El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos».

<sup>64</sup> «Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (*v. gr.* colectivo de camareras de piso), y donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan. Así, el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva».

<sup>65</sup> También participa de esta objeción M.L. PÉREZ GUERRERO, *La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. monográfico, p. 171.

se refiere al convenio colectivo de la empresa principal (y sólo a la actividad de la contrata/subcontrata), sigue alejada de la equiparación de condiciones exigida en la cesión de trabajadores a través de ETT<sup>66</sup> (aunque la sombra de la posible aplicación de la Directiva 2008/104/CE persiste). De hecho, la Sala IV ya se ha manifestado, *obiter dicta*, al respecto. La citada STS 6 octubre 2022 afirma que «el criterio del vigente artículo 42.6 ET (la aplicación del convenio sectorial de “la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”) coincide con el criterio de la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019), de “la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata”». De modo que (sin perjuicio del nuevo art. 84.2 ET y de la descripción de las nuevas causas de temporalidad del art. 15 ET) esto podría hacer que, desde el punto de vista de la empresa principal, acudir a una contrata siga siendo una opción más *atractiva* que a una ETT (y, por consiguiente, puede ser una palanca que acabe favoreciendo el *statu quo*, o bien, no lo aleje demasiado del punto en el que se encontraba antes de la reforma);

- en segundo lugar, aunque no se diga de forma explícita, si se hace una lectura *entrelíneas* de la norma (y, especialmente, a la luz de la evolución histórica del fenómeno que se ha descrito), es una regla dirigida principalmente a ciertas empresas contratistas (en especial, multiservicios) que no contaban con convenio colectivo propio (recuerden que el principio de correspondencia se había erigido en un obstáculo insalvable para muchas de ellas pudieran contar con uno).

Entrando en el análisis de la norma, su redacción suscita algunas dudas, tanto en la delimitación del supuesto de hecho (los elementos que lo describen), como en la determinación de los efectos que deben desplegarse en cada caso.

En relación a lo primero, la activación del apartado 6, aunque no es una cuestión pacífica, no requiere que concurra el requisito de la “propia actividad” (descrito en el apartado 1 del art. 42 ET). Son varios los argumentos para defender esta interpretación: el carácter claramente restrictivo de este concepto que le ha conferido la jurisprudencia; la explícita referencia a que la regla se aplica «con independencia de su objeto social o forma jurídica»; la posición que el apartado 6 dentro del art. 42 (después de las reglas relativas a los deberes de información previstos en los apartados 3 y 4); la exclusión explícita y única de los centros especiales de empleo (*ex*

---

<sup>66</sup> Un exhaustivo análisis de los diversos trabajos preparatorios y borradores de este precepto, anteriores a la reforma de 2021, en M.L. PÉREZ GUERRERO, *op. cit.*, pp. 166-169; E. ROJO TORRECILLA, *La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2022, n. 467, pp. 92-93.

DA 27ª ET)<sup>67</sup>. La suma de todos ellos parece que disiparía cualquier intento de acotar el ámbito de aplicación<sup>68</sup>; que no cohonstaría con el propósito proclamado en la exposición de motivos del RD-Ley 32/2021. A su vez, el hecho de que la contrata no sea *habitual* (es decir, sea esporádica), tampoco debería ser un obstáculo para aplicar este apartado.

Desde el punto de vista de los efectos, el mandato que contiene el art. 42.6 ET está descrito conforme a una especie de lógica inversa<sup>69</sup>. Lo que, al albur de la exposición de motivos, parece ser el propósito de la norma (cierta equiparación de las condiciones de trabajo), en realidad, es el efecto residual resultante de la inaplicación de dos reglas anteriores prevalentes. De modo que, para esclarecer el juego aplicativo, conviene *deconstruir* los *ingredientes* del precepto y recategorizar sus mandatos. Esta sería la secuencia resultante:

- primera regla (*regla prevalente*): aplicación del «convenio colectivo propio» de la empresa contratista en virtud de las reglas del art. 84 ET<sup>70</sup>. Esto es, en aplicación del art. 84.1 ET, bien porque sea *prior in tempore*, bien, porque sin serlo tenga prioridad aplicativa *ex* art. 84.2 ET (excluidos, como se apuntará, los salarios recogidos en la anterior letra *a*)<sup>71</sup>;
- segunda regla (*regla condicionada*): en caso de que la empresa contratista no cuente con un «convenio colectivo propio», empleando una terminología ciertamente críptica, debe aplicarse el eventual «convenio colectivo estatutario sectorial», que sea distinto del «convenio colectivo estatutario del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata»; y que, a los efectos expositivos que siguen y para distinguir, este último podría denominarse, «convenio colectivo sectorial ordinario»;

<sup>67</sup> «En los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>68</sup> Comparte también esta aproximación expansiva un amplio sector de la doctrina: L.E. NORES TORRES, [La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre](#), en [Labos, 2022, n. extra](#), pp. 77-78; A. MERINO SEGOVIA, M.C. GRAU PINEDA, *op. cit.*, p. 35; M.L. PÉREZ GUERRERO, *op. cit.*, p. 174; E. ROJO TORRECILLA, *op. cit.*, pp. 96-97; A. DE LA PUEBLA PINILLA, *op. cit.*

<sup>69</sup> En este sentido también A. DE LA PUEBLA PINILLA, *op. cit.*

<sup>70</sup> No obstante, esta *regla prevalente*, para J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 326, sólo puede activarse en el caso de que se trate de una subcontratación empresarial de “propia actividad” (lo que, aunque no lo especifica, implicaría que, en caso contrario, no se precipitaría su aplicación, debiéndose acudir a las otras dos reglas que se exponen seguidamente).

<sup>71</sup> Recuérdese que rezaba como sigue: «La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa».

- tercera regla (*regla residual*): en el caso de que ninguno de los dos primeros convenios anteriores existente, debe aplicarse el recién mencionado «convenio colectivo estatutario sectorial ordinario». En relación a este último, también se suscitan algunas dudas en la doctrina. Un sector<sup>72</sup> apuesta por entender que debe aplicarse el convenio de la actividad de la empresa principal. En cambio, como se ha avanzado, creo que sólo cabe entender que debe aplicarse un principio de especialidad, porque la norma explícitamente habla de la «actividad desarrollada en la contrata» por la contratista. Por este motivo, no hay duda que se está refiriendo al servicio que presta en la principal (y no la actividad de esta última)<sup>73</sup>. La reforma operada por el RD-Ley 32/2021 no pretendía aproximarse tanto al régimen previsto para las ETT (y la jurisprudencia, como se acaba de apuntar, ya ha avanzado cómo debe ser interpretado).

A la luz de estas reglas y en una primera valoración de conjunto (y sin perjuicio de la regla de concurrencia de convenios colectivos del art. 84.1 ET y de las de descuelgue, a las que me referiré más tarde), la pretendida equiparación de condiciones que persigue el art. 42.6 ET podría ser un objetivo con un grado de cumplimiento débil o residual. Más en profundidad, de la secuencia de reglas para determinar los efectos que se desprenden del supuesto de hecho emergen, al menos, dos conflictos interpretativos importantes de carácter general y dos de carácter específico, para un tipo de empresas en particular (las EMS). Empezando por los primeros, puede afirmarse lo siguiente:

- en primer lugar, surge la duda respecto de qué debe entenderse por convenio colectivo “propio”. O, dicho de otro modo, si un convenio colectivo de ámbito inferior (de franja o de centro), también podría recibir tal calificación<sup>74</sup>. Es la primera vez que el ET acude a este adjetivo (ningún otro precepto usa este término). No obstante, en la medida que la norma se remite permanentemente a la *empresa*, sostener otra cosa sería forzado. No obstante, algunas empresas podrían pretender una modulación interpretativa de la norma. Especialmente, en el caso de empresas contratistas que, por ejemplo, al no cumplir con el principio de correspondencia, no tengan vedada la formalización de un convenio colectivo de empresa. Repárese que el incentivo para batallararlo es evidente, pues, al verse sometidas a las reglas del convenio colectivo de

---

<sup>72</sup> J.L. GOÑI SEIN, *Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2022, n. 13, p. 93.

<sup>73</sup> En este sentido también A. MERINO SEGOVIA, M.C. GRAU PINEDA, *op. cit.*, pp. 38-39; A. DE LA PUEBLA PINILLA, *op. cit.*

<sup>74</sup> J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 328, defiende que el concepto de *convenio colectivo propio* podría ser de empresa de ámbito inferior.



sector (el que sea), es probable que (si prestan servicios de escaso valor añadido) pierdan competitividad frente a otras contratas que, al contar con su convenio colectivo de empresa, puedan ser más agresivas en la política de precios;

- la segunda gran duda (y la doctrina es unánime al respecto), gravita sobre la segunda regla, esto es, la denominada *regla condicionada*. Aunque todo indica que se está refiriendo a un futuro y eventual convenio colectivo estatutario sectorial de EMS<sup>75</sup>, es difícil afinar más sin caer en la reiteración de normas que ya estaban recogidas en el ET (arts. 83.2 y 84, apartados 3 y 4; de ahí que la sistematicidad del art. 42.6 ET sea, como se ha apuntado, criticable)<sup>76</sup>. En todo caso, tratando de identificar elementos que permitan la mayor acotación posible (y así contribuir a disipar el mayor número de dudas), adviértase que tanto la *regla condicionada* como la *regla residual* participan de los mismos principios activos: convenio colectivo estatutario (*ex* Título III ET), ámbito sectorial y sin precisión del ámbito geográfico.

La determinación de los efectos que precipita la aplicación del art. 42.6 ET proyecta, como se ha avanzado, una problemática específica cuando se trata de las EMS (en concreto, dos) y que se añadirían a los dos conflictos generales recién expuestos. Veámoslos brevemente:

- primero, si la contratista es una EMS que presta servicios *integrales* en la cliente, a los trabajadores *en misión* se les aplicarán los convenios de los sectores respectivos. Lo que, en algunos casos, podría plantear alguna dificultad de delimitación de la norma convencional a aplicar. Por ejemplo, si uno de los trabajadores presta servicios adscritos a más de un sector; o bien, si los presta indistintamente a lo largo de su jornada laboral sin posibilidad de identificar un patrón de reparto en un marco temporal. En el primer caso, debería aplicarse cada uno de los convenios específicos; y, en el segundo, si no puede cuantificarse, lo más ajustado sería acudir al convenio de la actividad prevalente que se ejecute en la cliente (salvo que se constate una descompensación deliberada con ánimo fraudulento);
- segundo, el juego aplicativo de la primera regla, la *prevalente*, también puede suscitar dudas importantes respecto de la verdadera extensión de las reglas previstas en un convenio colectivo de ámbito superior al de la empresa si la contratista es una EMS. Especialmente porque, el carácter preeminente y sin condiciones de esta regla (y que exige aplicar el *convenio*

---

<sup>75</sup> Así también lo expone L.E. NORES TORRES, *op. cit.*, p. 80.

<sup>76</sup> Para J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p. 249, esta expresión se refiere a los acuerdos del art. 83.2 ET.

*colectivo propio*), plantea la duda sobre la intensidad de su *blindaje*. Es decir, si lo hace absolutamente impermeable a lo que pueda establecer el convenio de ámbito superior del sector que sea aplicable, o no. Por ejemplo, esta controversia podría suscitarse (entre otros muchos supuestos) en relación a las cláusulas de subrogación de plantilla de actividades intensivas en mano de obra (desmaterializadas) previstas en un convenio sectorial (y, por ende, sometidas a la citada doctrina *Temco/Somoza Hermo*). Si la EMS tiene un *convenio propio*, de acuerdo con la literalidad del nuevo art. 42.6 ET, se da el supuesto de hecho para exonerar *ex lege* la aplicación plena del *convenio colectivo sectorial* de la actividad que desarrolla en la principal. Téngase en cuenta que, si la empresa contratista no fuera EMS y tuviera un *convenio colectivo propio*, sí quedaría dentro del ámbito de aplicación funcional del convenio colectivo del sector y, por ende, sí quedaría sujeta a las reglas subrogatorias de la plantilla. La remisión del art. 42.6 ET al art. 84 ET (y el hecho de que estas cláusulas no están incluidas en el listado del art. 84.2 ET<sup>77</sup>), garantizará su aplicación. Ahora bien, lo anterior es más discutible si en la sucesión de contratistas interviene una EMS, especialmente, porque el ámbito de aplicación funcional del convenio colectivo sectorial se quedará *corto*. La doctrina jurisprudencial existente (dictada con anterioridad al RD-Ley 32/2021) sobre el convenio colectivo aplicable a las EMS no parece que permita alcanzar una conclusión distinta. Tal y como la interpreto, los criterios que ha establecido la Sala IV (como se ha expuesto, son tres distintos en función de las circunstancias concurrentes) se han formulado en situaciones en las que dichas contratistas no tenían un convenio colectivo de empresa (y esta no es la situación que describe el supuesto de hecho que precipita la aplicación de la *regla prevalente* del art. 42.6 ET). La última doctrina jurisprudencial, precisamente, ha ratificado la imposibilidad de extender las reglas subrogatorias previstas en un convenio colectivo a una empresa que quede fuera de su ámbito de aplicación<sup>78</sup>. En definitiva,

<sup>77</sup> Recuérdese, así lo prevé, entre otras, la STS 7 marzo 2018, rec. 267/2016.

<sup>78</sup> Por ejemplo, la STS 30 marzo 2022, rec. 2375/2020, ha establecido que, en una sucesión de contrata (consistente en el servicio de portero-recepcionista de un centro público) en la que la empresa saliente es un centro especial de empleo (CEE) y la entrante una EMS sin *convenio colectivo propio*, dado que la contrata no tenía por objeto la limpieza, jardinería ni seguridad privada, no resulta de aplicación ningún convenio colectivo sectorial. Por este motivo, entiende el Alto Tribunal, la subrogación empresarial no puede imponerse por el convenio colectivo de los CEE a la empresa entrante porque no tiene dicha condición (por motivos temporales, no es de aplicación el art. 130 LCSP). Además, tampoco puede declararse la existencia de sucesión legal, al amparo del art. 44 ET, al no haberse acreditado la transmisión de una unidad productiva autónoma entre la empresa saliente y la entrante.

salvo que la doctrina jurisprudencial sea objeto de modulación para estos casos, todo parece indicar que la *regla prevalente* del art. 42.6 ET *blinda* a las EMS frente a cualquier contenido establecido en un convenio colectivo sectorial (salvo del que, eventualmente, se acabe pactando para este sector de EMS)<sup>79</sup>. Si bien es cierto que podría objetarse que esta conclusión arroja resultados controvertidos, si se opta por quebrar este blindaje, se suscitaría la duda respecto de qué contenido del convenio colectivo sectorial, en contra de la literalidad del art. 42.6 ET, debe ser aplicado y por qué.

Así pues, en una visión de conjunto de lo recién descrito, se confirmaría la hipótesis inicialmente expuesta: la garantía de igualdad de condiciones que aspira a cumplir el nuevo apartado 6 del art. 42 ET es manifiestamente deficiente<sup>80</sup>. De hecho, como se expondrá en el epígrafe que sigue, esta limitación se ahonda desde el instante que el art. 84 ET y el descuelgue salarial se erigen en verdaderas *puertas traseras* que pueden operar como un sumidero para el efectivo cumplimiento de este objetivo.

#### 4. El art. 84.2 ET y el descuelgue: las puertas traseras

La reforma operada por el RD-Ley 32/2021 no ha afectado a todo el contenido del art. 84 ET ni tampoco a las reglas relativas al descuelgue salarial. De modo que, de nuevo, la pretendida equiparación que proclama la exposición de motivos podría quedar muy lejos de hacerse realidad.

En relación a la concurrencia de convenios, recuérdese que, en virtud del art. 84.1 ET (y sin perjuicio de lo que pueda acordarse *ex art. 83.2 ET*), un convenio colectivo de empresa puede configurar (sin acudir a la prioridad

---

Téngase en cuenta que, para los CEE, el TS ha fijado que «cuando se produce una sucesión en una contrata en la que la empresa saliente tiene la condición de centro especial de empleo y la empresa entrante no, opera la subrogación contractual cuando así lo disponga el convenio colectivo sectorial, en cuyo caso la empresa entrante debe asumir a los trabajadores discapacitados de la empresa saliente, que sí ostenta la citada condición». Y conviene recordar que este criterio es exclusivo para los CEE. O, dicho de otro modo, debe entenderse como una excepción a la regla general aplicable a las sucesiones de contratas en las que no intervienen estos CEE. Y, en el eventual caso de que la contratista saliente tenga en su convenio colectivo de empresa una cláusula subrogatoria, tampoco sería de aplicación a la entrante (sea o no EMS), pues, es claro que también quedaría fuera de su ámbito de aplicación funcional.

<sup>79</sup> Si la EMS entrante con convenio colectivo propio decidiera contratar a una parte esencial de la plantilla de la contratista saliente, al margen de la discusión sobre la aplicación o no de las reglas subrogatorias previstas en el convenio sectorial, sí se acabaría precipitando la aplicación del art. 44 ET.

<sup>80</sup> En este sentido también J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 329.

aplicativa que habilita el art. 84.2 ET) una unidad de negociación anterior en el tiempo al convenio colectivo del sector. En tal caso, todas sus disposiciones (incluidas las relativas a la materia salarial) prevalecerían sobre las previstas en el sectorial a pesar de la reforma del art. 84.2 ET<sup>81</sup>.

El hecho de que la jurisprudencia<sup>82</sup> haya entendido que la prohibición de concurrencia de convenios colectivos no se extiende a los períodos de ultraactividad<sup>83</sup>, esto permitiría (salvo que se establezcan *cláusulas de protección*, a través de prórrogas o que lo haya habilitado el sectorial a través del art. 83.2 ET)<sup>84</sup>, un mayor juego de la *regla prevalente* del art. 42.6 ET (y, obviamente, si no se *protege* el convenio *propio*, en contrapartida, también puede permitir el juego de la *regla condicionada* o de la última posible, la *residual*)<sup>85</sup>.

En paralelo, es importante recordar que las opciones de reducción salarial del convenio colectivo sectorial vía descuelgue o por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT) permanecen sin cambios. Por consiguiente, es muy probable que el nuevo marco normativo se convierta en un acicate para revitalizar la búsqueda de alternativas por parte de las empresas contratistas que lo necesiten.

Desde este punto de vista, una de las cuestiones que probablemente habrá que analizar es si es posible acordar un salario inferior teniendo en cuenta la posibilidad de descuelgue prevista en el art. 82.3 ET y/o bien, una MSCT

---

<sup>81</sup> Una posible interpretación de las reglas transitorias en, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Incidencia debilitadora de las reglas de concurrencia de convenios colectivos en la ultraactividad indefinida*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 164, pp. 99-104. Por otra parte, comparto con J. LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, que con la reforma «Se ha perdido una oportunidad para aclarar legalmente cuando un convenio colectivo es primero en el tiempo a los efectos del art. 84 ET, lo que ahora en salarios resulta fundamental. Se podría haber establecido el criterio de la fecha de firma, el de solicitud del registro público del convenio o el de su publicación oficial, siendo quizás razonable mantener como fecha de referencia la presentación ante registro público».

<sup>82</sup> STS 5 octubre 2021, rec. 4815/2018, y STS 8 enero 2020, rec. 129/2018.

<sup>83</sup> Aspecto que había defendido en la STS 30 diciembre 2015, rec. 255/2014.

<sup>84</sup> Así lo han ratificado recientemente las dos STS 27 enero 2022, cit.

<sup>85</sup> Por otra parte, en la medida que «el efecto de la prohibición de concurrencia, por tanto, no es la nulidad del nuevo convenio colectivo, sino la declaración de su inaplicación mientras esté vigente el anterior» (STS 5 octubre 2021, cit.), podría suceder que el convenio colectivo de empresa registrado durante la vigencia del convenio colectivo sectorial entrara en vigor durante la ultraactividad del convenio colectivo del sector en cuyo caso, prevalecería su contenido íntegro (incluido el salarial) en virtud del art. 84.1 ET. Lo mismo, obviamente, sucedería si el convenio colectivo se registrara durante la ultraactividad del sectorial y antes de su registro (en cambio, si el sectorial ya estuviera registrado, estaría limitado por las reglas del art. 84.2 ET).

(*ex art. 41 ET*). En una interpretación integradora de estos preceptos<sup>86</sup>, es claro que no cabe una reducción salarial prevista en convenio colectivo sectorial a través de una MSCT. En cambio, sí sería posible un descuelgue siempre que se siga el procedimiento previsto en el art. 82.3 ET (teniendo muy presente el contenido del art. 41.4 ET). Y, en este sentido, la descripción de las causas es determinante (sin perjuicio de la presunción de su concurrencia si media acuerdo):

- en primer lugar, porque cabe acudir a «pérdidas previstas» (y, en este sentido, la analítica predictiva, podría acabar adquiriendo una importancia creciente)<sup>87</sup>;

---

<sup>86</sup> Según la STS 8 octubre 2020, rec. 122/2019, la interpretación integradora de los arts. 41 y 82.3 ET (no afectados por la reforma y, por consiguiente, debe entenderse que esta doctrina es plenamente vigente) implica que (en una extensa cita, pero especialmente ilustradora) «la empresa puede acudir al procedimiento del art. 41 ET, para aplicar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando afecten a materias que no estén reguladas en un convenio colectivo de naturaleza estatutaria, pero debe necesariamente sujetarse al específico procedimiento del art. 82.3 ET, cuando lo que pretende es inaplicar condiciones de trabajo reguladas en esa clase de convenios, para descolgarse de las mismas en razón de las alegadas causas económicas, productivas, técnicas u organizativas, que pretende hacer valer a tal efecto. La principal diferencia entre una y otra clase de procedimiento, en lo que ahora interesa, es el hecho de que el art. 41 ET permite al empresario aplicar unilateralmente las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo una vez que el periodo de consultas ha finalizado sin alcanzar un pacto, y con independencia del resultado final de su eventual impugnación judicial, mientras que el art. 82.3 ET no admite esa decisión unilateral de la empresa, sino que impone distintos mecanismos de intermediación y arbitraje cuando ha terminado sin acuerdo el periodo de consultas». De modo que «La traslación de esta reglas al caso de autos nos lleva a entender que no es contraria a derecho la decisión de la empresa, consistente en abrir un periodo de consultas para implantar distintas modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y a su vez, para negociar la posible inaplicación de lo previsto en el convenio colectivo en materia salarial, informando a la RLT de esta doble y diferenciada finalidad, para lo que presenta sendas memorias explicativas de las razones que justificarían la adopción de cada una de ellas. No hay obstáculo legal que impida a la empresa instar simultáneamente ese doble procedimiento negociador de los arts. 41 y 82.3 ET, si considera que la situación en la que se encuentra requiere la adopción de medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, alguna de las cuales obliguen a la inaplicación de lo previsto en el convenio colectivo. En ese escenario, el fracaso de la negociación no será obstáculo para que la empresa adopte unilateralmente la decisión de introducir MSCT que no conlleven la inaplicación del convenio colectivo, tal y como así hizo en este caso con aquellas medidas que la sentencia recurrida ha convalidado por considerarlas justificadas, en razón de la acreditada situación económica negativa. Pero la finalización sin acuerdo del periodo de consultas no permite en cambio la unilateral inaplicación de las condiciones retributivas reguladas en el convenio colectivo, debiendo acudir en ese caso a los distintos mecanismos de mediación a los que se refiere el art. 82.3 ET».

<sup>87</sup> Ver, al respecto, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, [Despido por causa económica preventivo y](#)

- en segundo lugar, porque (como saben) también es posible *activar* el descuelgue si se da una «disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas» (entendiéndose por tal «si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior»)<sup>88</sup>.

Por otra parte, también conviene recordar (pues, la reforma no lo ha modificado) que la posibilidad de acudir a un descuelgue en empresas o centros de trabajo que no cuenten con representación de los trabajadores es pacífico en los tribunales<sup>89</sup>. Así pues, es claro que el art. 82.3 ET puede ser una vía para devaluar el impacto del objetivo perseguido por el RD-Ley 32/2021.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de acudir al art. 41 ET, si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial es relativamente clara al respecto (impidiéndolo), reparen que, el acceso a este cauce podría estar condicionado a que la *teoría de la contractualización* del convenio colectivo se mantenga o no vigente<sup>90</sup>.

---

*teorema de Bayes*, en *IUSLabor*, 2021, n. 1.

<sup>88</sup> No obstante, también debe tenerse en cuenta que la STS 15 diciembre 2020, rec. 22/2019, ha establecido que un convenio colectivo puede habilitar para un colectivo específico de trabajadores que el régimen jurídico del horario sea objeto de un acuerdo sin necesidad de acudir al procedimiento del descuelgue *ex* art. 82.3 ET y sí en cambio el de una MSCT. En concreto, el precepto reza como sigue: «Las Empresas podrán establecer horarios, continuados o no, distintos para el personal directivo y auxiliar del mismo (incluidos los chóferes) en el mínimo que precise, y para el personal de producción (gestores y visitadores), así como adecuar el horario de servicio al público y, por tanto, el del mínimo de personal indispensable para prestarlo, al que tengan otras entidades o establecimientos no bancarios de análoga función», lo que supone una habilitación del propio convenio colectivo para negociar el acuerdo al respecto, sin necesidad de acudir al procedimiento de descuelgue del art. 82.3 ET».

<sup>89</sup> Por todas, STSJ Andalucía, Sevilla, 9 junio 2021, rec. 1920/2021.

<sup>90</sup> Una de las cuestiones que, en hipótesis, podrían plantearse con el nuevo marco normativo es determinar si la teoría de la *contractualización* del convenio colectivo sigue vigente o no (especialmente porque, si bien es *hija* de un específico contexto normativo – la reforma de 2012 –, está formulada en términos que exceden de este marco). Las problemáticas que se derivaban de esta controvertida doctrina (el mantenimiento de tres teorías jurisprudenciales simultáneas así lo evidencia) sugiere que lo ideal sería que este cuerpo doctrinal fuera superado y se volviera al marco teórico anterior a la reforma de 2012 (advirtiéndose que, si las condiciones del convenio colectivo siguen *contractualizándose*, las empresas, por ejemplo, podrían acudir al art. 41 ET para reducir los salarios al margen de la vía del descuelgue). Al respecto, aunque la reforma podría dejar sin contenido esta jurisprudencia del TS, en hipótesis, podría darse alguna situación en las que sea conveniente seguir acudiendo a la misma. Por ejemplo, si en un convenio colectivo se prevé una limitación temporal de la ultraactividad (cabe un pacto en este sentido) y, alcanzado este plazo, no hubiera ningún convenio colectivo aplicable al que acudir, parece razonable entender que podría seguir acudiéndose a la contractualización (de nuevo, el sustrato

## 5. Una última valoración: una respuesta insuficiente

Combatir la precariedad del trabajo externalizado era una asignatura pendiente del mercado de trabajo español. Y, desde este punto de vista, puede afirmarse que la reforma de 2021 era oportuna.

A pesar de que se conocían perfectamente los factores causantes, la mejora de las condiciones de los trabajadores subcontratados, que grandilocuentemente proclama la exposición de motivos del RD-Ley 32/2021, ha quedado profundamente condicionada. La dependencia de las empresas contratistas que desarrollan actividades de escaso valor añadido a la precariedad que supura del trabajo externalizado, resultante del efecto combinado de múltiples factores que la han estimulado durante décadas, ha impedido una reforma más ambiciosa. Asumiendo que el mercado es especialmente hábil a la hora de identificar puntos ciegos en el sistema legal, es obvio que los explotará hipertróficamente si ofrecen una ventaja competitiva. Pese a que el Tribunal Supremo ha neutralizado alguno de los factores que estimulaban el trabajo externalizado, el nuevo art. 42.6 ET, mediante el generoso juego de excepciones, sigue habilitando uno importante. Por ello, los cambios legislativos podrían acabar siendo inocuos (o muy inferiores a los necesitados) y el problema cronificarse (o, peor aún, agravarse). El mantenimiento sin cambios del art. 84.1 ET es la clave de bóveda que, como en el Gatopardo, asegura que, pese a los cambios, todo siga igual.

Paradójicamente, la reforma no sólo ha mantenido el *statu quo* de las EMS, sino que todo indica que las de mayor tamaño han salido reforzadas e, incluso, claramente beneficiadas. Las que queden sometidas al convenio colectivo sectorial y, en particular, las que, por su tamaño, no puedan negociar un convenio colectivo propio, tendrán muchas dificultades para sobrevivir al quedar sometidas a condiciones de trabajo superiores (especialmente, en términos de precios) y perder competitividad (salvo que acudan al descuelgue).

En el fondo, el apartado 6 del art. 42 ET recoge un mero ajuste *cosmético*.

La reforma, en tanto que resultante de un acuerdo entre los interlocutores sociales, en realidad, es el reflejo del mejor acuerdo posible atendiendo al equilibrio de fuerzas existente en un momento dado. Describe un mínimo denominador común y, salvo que se apele al TJUE para preservar el efecto

---

teórico que la fundamentaba, aunque estaba estrechamente unido a un contexto normativo específico, lo trascendía).

útil de la Directiva de ETT frente al *modus operandi* de algunas contratas y, en particular de las EMS, parece que será el *hábitat* en el que se desarrollará el trabajo externalizado en lo sucesivo.

## 6. Bibliografía

ALFONSO MELLADO C.L. (2022), *La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: orígenes y contenido*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2022), *Incidencia debilitadora de las reglas de concurrencia de convenios colectivos en la ultraactividad indefinida*, en *Temas Laborales*, n. 164, pp. 85-105

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *Despido por causa económica preventivo y teorema de Bayes*, en *IUSLabor*, n. 1, pp. 66-98

DE LA PUEBLA PINILLA A. (2022), *El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas*, en *Trabajo y Derecho*, n. 88

GOÑI SEIN J.L. (2022), *Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n. 13, pp. 81-99

LAHERA FORTEZA J. (2022), *La reordenación de salarios en la negociación colectiva*, en *Trabajo y Derecho*, n. 88

MERCADER UGUINA J.R. (2022), *El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?*, en *Labos*, n. extra., pp. 111-128

MERCADER UGUINA J.R. (2022), *La desaparición de la preferencia aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial: ausencias y presencias en el artículo 84 ET*, en *Revista de Derecho Laboral vLex*, n. 5, pp. 97-103

MERINO SEGOVIA A., GRAU PINEDA M.C. (2021), *La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso*, en *Revista de Derecho Social*, n. 96, pp. 19-46

MONEREO PÉREZ J.L. (2022), *Subcontratación empresarial y reforma laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum

MORALES ORTEGA J.M. (2022), *Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/2021*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. monográfico, pp. 223-257

NORES TORRES L.E. (2022), *La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, en *Labos*, n. extra., pp. 73-82



PÉREZ CAPITÁN L. (2022), *La Reforma Laboral de 2021 y los cambios en la negociación colectiva*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n. 13, pp. 63-80

PÉREZ GUERRERO M.L. (2022), *La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. monográfico, pp. 157-182

ROJO TORRECILLA E. (2022), *La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 467, pp. 77-117

VICENTE PALACIO A. (2016), *Empresas multiservicios y precarización del empleo. el trabajador subcedido*, Atelier

## *Reseñas Bibliográficas*



## Educación 4.0: cuestiones actuales sobre la docencia universitaria

*Una reseña por José Flores Alcázar\**

**Djamil Tony Kahale Carrillo** (dir.)

*Educación 4.0: cuestiones actuales sobre la docencia universitaria*

Laborum, 2022

ISBN: 978-84-19145-05-5

La incesante mutación que sobre todos los ámbitos de la vida social está provocando la irrupción de la era digital, caracterizada por un progreso tecnológico orientado a la informática y a las herramientas digitales, despliega necesariamente sus efectos sobre la educación, máxime si se trata de la educación superior.

En esta magnífica y necesaria obra de divulgación de conocimiento que es el libro dirigido por el profesor Kahale Carrillo, se abordan con profusión las experiencias en innovación docente y propuestas de nuevas formas de “hacer” que han realizado un variado elenco de profesores universitarios, todo ello en el abordaje de una imprescindible actualización de la docencia a la nueva realidad que plantea la era digital, en la que, obviamente, se encuentra inserta la universidad.

La obra se encuentra dividida en cuatro grandes partes. Una primera parte dedicada a la innovación tecnológica, una segunda parte dedicada a las singularidades tecnológicas en el ámbito de la docencia universitaria, la tercera parte especialmente dedicada a la enseñanza bilingüe a través del aula virtual y, por último, la cuarta parte dedicada a la docencia online y semipresencial.

Sin duda, el principal atributo que se puede inferir de esta obra es su practicidad, pues sitúa al eventual lector en disposición de adaptar a su realidad docente y poner en práctica la Educación 4.0, marco educativo

---

\* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Politécnica de Cartagena (España).

nacido a partir de la Cuarta Revolución Industrial (4.0) y que se basa en el desarrollo de conocimientos, habilidades y competencias que den satisfacción a las necesidades de esa Industria 4.0.

El primer capítulo, elaborado por la profesora Andreu Martí, nos sitúa ante la importancia de gamificar<sup>1</sup> mediante el uso de la plataforma Kahoot el aprendizaje de las ciencias jurídicas. Su experiencia ha sido la constatación de que su uso constituye una herramienta auxiliar para el profesor universitario, al tiempo que le permite la obtención de mejores resultados, con el atractivo de que los alumnos aprenden jugando.

El segundo capítulo, elaborado por el profesor Kahale Carrillo, nos introduce en el uso de la Webquest como herramienta educativa en la que el alumno adquiere un papel cada vez más relevante en su formación. De hecho, el alumno es el protagonista de su propia enseñanza, eso sí, siempre con la guía y ayuda del profesor en todo el proceso. La Webquest se constituye como una herramienta esencial en la enseñanza a distancia, si bien, nada impide que pueda ser utilizada, cada vez más, en la enseñanza tradicional o presencial.

El tercer capítulo, elaborado por los profesores Fernández Domínguez y Prieto Padín, insiste en la gamificación del aprendizaje, en esta ocasión mediante la utilización de la herramienta H5P para la enseñanza del Derecho del Trabajo. Destaca la gratuidad de la herramienta, en acceso abierto y sin coste económico. Mediante su uso, los estudiantes desarrollan competencias y habilidades que refuerzan lo aprendido en el aula mediante al autoaprendizaje.

El cuarto capítulo, elaborado por los profesores Klemmer y Wambeke, aporta una visión de las experiencias docentes innovadoras para el centro internacional de formación de la OIT, ello bajo la premisa de llevar a cabo el mandato de la OIT sobre justicia social en el mundo del aprendizaje, siendo la inclusión digital el centro de todo, especialmente en lo que al aprendizaje de adultos se refiere. En el capítulo se hace un pormenorizado repaso a las distintas aplicaciones que, con motivo de la Covid-19 se han venido implantando y sus resultados.

El quinto capítulo, elaborado por la profesora Martínez María-Dolores, nos ofrece las herramientas informáticas disponibles para convertir los datos en información útil. Después de repasar los distintos tipos de datos a los que podemos acceder, resaltando la importancia de llevar a cabo un buen análisis para transformarlos en información útil, se adentra en las

---

<sup>1</sup> La gamificación es una técnica cada vez más utilizada en los procesos de aprendizaje, que incorpora la mecánica de los juegos al ámbito educativo-profesional con el objeto de mejorar los resultados.

herramientas informáticas disponibles para la Educación 4.0, con una detallada relación de las existentes, acceso a ellas y utilidad, especialmente las más relevantes para utilizar en la educación universitaria.

El sexto capítulo, elaborado por la profesora Galapero Flores, aporta una visión de la impartición del Derecho Tributario mediante el sistema de “*flipped classroom*” o “aula invertida”. El método se basa en la mayor autonomía del estudiante con el empleo de nuevas tecnologías, siendo el papel del profesorado el de agente creador de entornos de aprendizaje que estimulen a los alumnos. Tras un pormenorizado relato de las experiencias prácticas que este método ha arrojado en la impartición de la asignatura de Derecho Tributario, la conclusión a la que llega es que es necesario un equilibrio entre impartir la docencia mediante el “aula invertida” y la clase magistral, en el término medio está la virtud.

El séptimo capítulo, elaborado por el profesor Díaz-Bautista Cremades, nos introduce en el aprendizaje colaborativo. Los estudiantes llevan a cabo las tareas de manera colectiva mediante el trabajo en grupo, abandonando así una actitud pasiva ante el profesor y tomando la iniciativa en el proceso de aprendizaje. Particularmente, nos ofrece la experiencia docente de un blog cooperativo para la enseñanza y aprendizaje del Derecho Romano, llevado a cabo mediante la creación de una galería de videos de conceptos y categorías jurídicas. Se asigna a cada estudiante un concepto de la asignatura y se le pide que grabe un video de unos minutos con un contenido previamente esquematizado. Los videos grabados estarán a disposición de los estudiantes para que aprendan con su visualización.

El octavo capítulo, elaborado por la profesora Solís Prieto, nos relata su propia experiencia de aplicar la gamificación a la enseñanza del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Es de destacar la reacia actitud con la que la profesora afronta la experiencia. Pese a todo, se decidió a llevarla adelante con un resultado positivo y que califica como otro pequeño paso hacia la innovación.

El noveno capítulo, elaborado por la profesora Pastor del Pino, lleva a cabo un análisis del papel que juegan los programas informáticos de ayuda al contribuyente en el aprendizaje del Derecho Financiero y Tributario. Como herramienta didáctica, estas herramientas facilitan la integración de la teoría y la práctica, pues se utilizan como un vehículo interactivo de conocimiento y aprendizaje, formando en competencias tecnológicas y capacitando a los futuros profesionales para el empleo de las tecnologías de la información.

El décimo capítulo, elaborado por la profesora Sánchez-Casado, nos introduce en el uso del software de gestión de relaciones con clientes (CRM) en la asignatura Dirección de Ventas. El aprendizaje de este software implica para el estudiante un mayor conocimiento de las habilidades

digitales en el ámbito del marketing y la dirección de ventas, lo que se lleva a cabo aunando contenidos teóricos y prácticos mediante el uso del software. El resultado es valorado positivamente por los alumnos, habiendo identificado empresas que valoran positivamente a los candidatos que sean capaces de utilizar herramientas como el CRM.

El undécimo capítulo, elaborado por el profesor Cegarra Leiva, aborda el empleo de las TICs para generar contenidos docentes accesibles en la asignatura de Gestión de Recursos Humanos. El estudio relata su experiencia en el reto de hacer inclusiva esta asignatura de educación superior incluida en el grado de ADE, facilitando que las personas con discapacidad no se vean discriminadas y gocen de una real igualdad de oportunidades en el proceso de aprendizaje, logrando una educación superior inclusiva que no discrimine.

El duodécimo capítulo, elaborado por la profesora Marín Malo, lleva a cabo un detallado relato de su experiencia de aprendizaje online basado en proyectos y especialmente aplicado a la asignatura de Prevención de Riesgos Laborales. La metodología empleada es la del caso real, se fomenta el trabajo en equipo y el aprendizaje colaborativo. Este aprendizaje en proyectos permite al alumno mejorar su capacidad de análisis, de gestión de la información, trabajo en grupo y razonamiento crítico.

El decimotercer capítulo, elaborado por el profesor Reverte Maya, refiere el uso de la herramienta INDIE para la generación de materiales docentes interactivos en la asignatura *Financial Accounting*. El ecosistema INDIE, liderado por la Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT) para la innovación docente, ofrece dos resultados principales: Una herramienta de autor que permite a cualquier docente elaborar unidades de aprendizaje online y un repositorio abierto donde se pueden publicar, compartir y reutilizar las unidades educativas elaboradas. La implementación de estas herramientas ha supuesto una mejora de la tasa de éxito de los alumnos de un 38,5% en la asignatura con un grado de satisfacción de los alumnos muy alto.

El decimocuarto capítulo, elaborado por la profesora Escuin Ibáñez, aborda la utilización de herramientas digitales en el desarrollo de la competencia lingüística de las asignaturas jurídicas impartidas en modalidad bilingüe. Lleva a cabo un pormenorizado análisis de las dificultades a las que han tenido que hacer frente y como se han solucionado. Nuevamente se propone la utilización del Kahoot como instrumento que permita dominar los conceptos explicados y reforzar una verdadera competencia bilingüe para los alumnos.

El decimoquinto capítulo, elaborado por el profesor Teruel Fernández, lleva a cabo un recorrido por las metodologías para optimizar la enseñanza

del Derecho del Trabajo bilingüe a través del aula virtual. Expone la experiencia docente llevada a cabo en el grado de ADE en inglés desde el año 2017 hasta ahora, orientando a todos aquellos docentes que vayan a comenzar a implementar estas herramientas, usando para ello el caso de éxito que ha sido su experiencia.

El decimosexto capítulo, elaborado por el profesor Cegarra Cervantes, ofrece un pormenorizado relato sobre la experiencia de la aplicación de Wooclap en la asignatura de Derecho del Trabajo del Grado de ADE. La utilización de plataformas interactivas para la docencia bilingüe en asignaturas jurídicas, especialmente en Derecho del Trabajo, ha supuesto la obtención de unos resultados muy positivos, ganando gran dinamismo tanto en las clases teóricas como en las clases prácticas, fomentando la participación del alumno, lo que anima a incorporar más herramientas de este tipo como recurso docente.

El decimoséptimo capítulo, elaborado por el profesor Arias Domínguez, nuevamente nos introduce en el sistema de clase invertida en el aula virtual mediante las experiencias de la impartición de la asignatura Derecho de la Seguridad Social. El verdadero espíritu y el auténtico valor de este sistema de enseñanza/aprendizaje es que la dinámica de las clases magistrales ha sido invertida. Son los alumnos y no el profesor los que, al comienzo de cada tema van exponiendo sus conclusiones sobre el caso planteado y su resolución, quedando para el profesor la fase conclusiva, que es lo que más se acerca a la clase magistral.

El decimoctavo capítulo, elaborado por la profesora Selma Penalva, se centra en las competencias verbales jurídicas en un entorno on-line o semipresencial, siendo el caso práctico un instrumento idóneo para que el alumno desarrolle habilidades que difícilmente desarrollaría con la clase magistral. Con el caso práctico se pasa de un aprendizaje pasivo a un aprendizaje activo, desarrollando habilidades como exposición oral, claridad expositiva y trabajo en equipo, permitiendo simular situaciones reales que reportan experiencia y la adquisición de competencias profesionales.

El decimonoveno capítulo, elaborado por la profesora Fernández Collados, está dedicado a un estudio experimental de carácter empírico sobre la dinamización de la enseñanza semipresencial del derecho, estudio llevado a cabo por un grupo de profesores de Derecho de la Universidad de Murcia y de la Universidad Politécnica de Cartagena. El estudio se ha llevado a cabo mediante las herramientas de *assessment center*, detallando minuciosamente el diseño, habilidades, criterios de evaluación y guía docente. El resultado se puede concretar en que, dinamizar la enseñanza semipresencial requiere no solo de una innovación tecnológica, sino que precisa estrategias de

innovación docente, siendo necesaria una estrategia innovadora y global en metodología docente. En el grupo on-line español la competitividad no se ha demostrado que fomente la participación, más bien paraliza a los estudiantes. Igualmente, en los dos grupos (on-line español y on-line inglés) se observa que la enseñanza online o semipresencial propicia conductas no éticas.

El vigésimo capítulo, elaborado por la profesora Cuadros Garrido, aborda la problemática de las redes sociales y docencia universitaria de la asignatura de Derecho del Trabajo, exponiendo su experiencia personal como profesora universitaria en la implantación de las redes sociales en el aula, lo que debe ser desarrollado e introducido en las guías docentes, con la introducción de las herramientas de comunicación más comunes, pues constituyen un medio de apoyo de la impartición de la docencia.

El vigesimoprimer capítulo, elaborado por el profesor Mababu Mukiur, refiere la Educación 4.0 y la transformación digital: retos para el desarrollo de las competencias. La transformación digital tiene una estrecha relación con las prácticas de la Educación 4.0, pues se utilizan nuevas herramientas didácticas y de gestión e infraestructuras inteligentes para generar conocimiento y transferencia de la información y conocimiento. La Educación 4.0 desarrolla el Talento 4.0 para la Industria 4.0 en que las tecnologías facilitan la adquisición de conocimientos.

Por último, el vigesimosegundo capítulo, elaborado por la profesora Moraru, se dedica a la docencia en tiempos de pandemia y uso de Microsoft Teams durante el confinamiento. El estudio abarca el uso educativo de Microsoft Teams durante la pandemia, poniendo de manifiesto tanto sus ventajas como sus debilidades. Es cierto que ha posibilitado la continuidad de la docencia ante la imposibilidad de la presencialidad, pero es necesaria la implantación de herramientas digitales en las universidades públicas, la formación del profesorado en la impartición de docencia virtual.

La enseñanza superior cuya máxima manifestación es la enseñanza universitaria, no solamente está obligada a adaptarse a las nuevas realidades que la sociedad de la información requiere, sino que debe ser vanguardia de una transformación educativa en todos los órdenes, incorporando nuevas herramientas y metodologías para llevar a cabo con éxito su trascendental tarea de generar y transmitir conocimiento.

En esta obra, se desgranán las distintas experiencias que los docentes que participan en su elaboración han llevado a cabo mediante la implantación de nuevas herramientas y métodos para el aprendizaje de las ciencias jurídicas, de ahí que sea una lectura muy recomendable para todas las personas de una u otra forma implicadas en el apasionante mundo de la educación.



# La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización

*Una reseña por José Manuel Gómez Muñoz\**

**Juan Manuel Moreno Díaz**

*La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización*

Bomarzo, 2021

ISBN: 978-84-18-33068-1

El contexto actual de las relaciones laborales se caracteriza por un claro dominio de una triple característica: la globalización (que hace que estemos ante un mercado de trabajo cada vez más internacionalizado), la tecnología y la presencia cada vez mayor de las empresas multinacionales, que dominan todo el mercado de trabajo a nivel mundial en el marco de las cadenas mundiales de suministro, las cuales han sido definidas como «toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos y las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos»<sup>1</sup>.

En este escenario, dominado por un mercado de trabajo globalizado, se marcan además los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) por la OIT, que vienen a establecer las metas a alcanzar en los diferentes ámbitos del trabajo, del medio ambiente y la sostenibilidad en el mundo. A tal efecto, y por lo que respecta a lo laboral, el ODS 8 tiende a promover el crecimiento económico, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y el trabajo decente para todos. Dentro de él, se inscribe el Objetivo 8.a, que tiene por finalidad «aumentar el apoyo a la iniciativa de ayuda para el comercio en los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, incluso mediante el Marco Integrado Mejorado para la Asistencia Técnica a los Países menos

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla (España).

<sup>1</sup> OIT, *Plataforma de recursos de trabajo decente para el desarrollo sostenible*.

adelantados en materia de comercio». En dicho marco es donde tiene plena aplicabilidad el concepto de cadena mundial de suministro, que es el marco natural donde se mueve la actuación de las grandes empresas multinacionales. Y es aquí, precisamente, en este ámbito, donde hay que circunscribir el escenario de fondo donde se mueve la presente obra del profesor Moreno Díaz, que aborda el papel al que está llamado a jugar un instrumento tan propio de las relaciones laborales a nivel interno como la negociación colectiva, pero de tan difícil aplicación más allá de las fronteras nacionales.

Tras este planteamiento inicial, el autor se pregunta por el papel al que están llamados los representantes de los trabajadores, y si las nuevas características del mercado de trabajo internacional, globalizado y tecnológico, han dado lugar a nuevas formas de representación de los trabajadores. Y, en efecto, en el ámbito europeo, tanto la Confederación Europea de Sindicatos (CES), por la parte sindical, como los Comités de Empresa Europeo, por parte de los representantes unitarios, han intervenido en la conformación de acuerdos colectivos donde se incluyen derechos digitales. Además, en el ámbito supraeuropeo, se están dando fenómenos de implantación y creación a nivel empresarial de nuevos órganos representativos desde hace algún tiempo, como los comités sindicales mundiales y las redes sindicales, y están apareciendo otros más novedosos relacionados con lo tecnológico, fundamentalmente en el campo de las plataformas digitales, apareciendo asociaciones que vienen a defender los derechos de los trabajadores que prestan servicios en las mismas; por ejemplo, en el caso español, al calor de esta necesidad, han nacido Riders x derechos y Asoriders, que representan a los trabajadores que trabajan como mensajeros para distintas empresas de reparto en calidad de autónomos. También, algunos sindicatos han dado respuesta, vía tecnológica, a las demandas de los trabajadores de este sector, a través de la creación de portales o de espacios web propiamente relacionados con los principales problemas que se están planteando en el ámbito de dichas plataformas. Tal es el caso de Turespuestasindical.es, creada por el sindicato UGT dentro de su página web con tal finalidad.

Tras todo lo anterior, se abre un nuevo capítulo donde el profesor Moreno Díaz centra el objeto fundamental de la obra, que no es otro que la negociación colectiva y diálogo social en el ámbito internacional, para estudiar si tales instrumentos están dando respuesta en la actualidad a las demandas relacionadas con lo tecnológico y digital.

A este respecto, el autor parte de la base de que, hasta hace bien poco, en el ámbito laboral internacional, las obligaciones colectivas de las partes en el terreno de lo laboral se han movido prácticamente en el contexto de la

responsabilidad social corporativa, a través de la firma de acuerdos voluntarios en materia de derechos humanos y sostenibilidad, que venían a formalizar compromisos de actuación de las empresas en este marco.

No obstante, con el discurrir del tiempo se están dando pasos al respecto, intentando llegar a acuerdos colectivos a nivel internacional que superen los meros compromisos adoptados en el marco de la responsabilidad social, y que tengan un contenido mucho más jurídico, con fuerza de obligar, no solo para las partes firmantes, sino también para todos los sujetos que forman parte de toda la cadena de suministro, con el objetivo final de conseguir el trabajo decente de los trabajadores inmersos en la cadena de suministro, no sólo de la empresa matriz, sino en la de las filiales e, incluso, en los de los clientes y proveedores.

A este respecto, han sido vitales para el crecimiento progresivo de estos instrumentos normativos los grandes pactos firmados por las instituciones multilaterales propiamente laborales, como la OIT, que dieron sus frutos a través de la Declaración Tripartita de principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social<sup>2</sup>, o de los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos (ONU, 2011) (Principios Ruggie), cuya importancia se centra en las obligaciones que dicha declaración asigna a los Estados y a las empresas en materia de protección de los derechos humanos y en la reparación por parte de éstas de las consecuencias que su actuación haya provocado en relación con aquellos.

Teniendo en cuenta esta base política de los principales organismos en la materia, se han dado otros pasos importantes a nivel empresarial, fundamentalmente desde hace un par de décadas, a través de los denominados Acuerdos Marco Internacionales, que han sido definidos como «un instrumento negociado entre una empresa multinacional y una federación sindical mundial con el fin de establecer una relación entre las partes y garantizar que la compañía respete las mismas normas en todos los países en los cuales opera».

En todo este escenario, Moreno Díaz aborda el papel que los Acuerdos Marco Internacionales están llamados a cumplir en el ámbito internacional para la protección de los derechos humanos de los trabajadores en toda la cadena de suministro, poniéndolos en conexión con el contexto tecnológico imperante, fundamentalmente, para demostrar de qué manera estos instrumentos están implementando los diferentes aspectos de la digitalización, y, en especial, los derechos de los trabajadores derivados de todo lo tecnológico. Así, saca a la luz diferentes acuerdos ya firmados,

<sup>2</sup> Adoptada por primera vez por la Oficina Internacional del Trabajo en 1977 y enmendada posteriormente en los años 2000, 2006 y 2017.

pertenecientes a distintos sectores productivos y a empresas que tienen sede en países diferentes para ver si todos ellos recogen tales aspectos. Y, en efecto, en el libro se pone de manifiesto que todos esos acuerdos recogen derechos laborales relativos al teletrabajo, la protección del derecho a la intimidad del trabajador en relación a los sistemas de videovigilancia, grabación de sonidos y geolocalización, etc. E incluso algunos de tales acuerdos marco avanzan lo que serán los derechos que aún están por llegar, como los neuroderechos, en proceso de definición aún, que ahora se están incorporando a algunas normativas nacionales, como la chilena, y que los acuerdos marco internacionales están ya incorporando.

Por otra parte, el autor se pregunta por la verdadera aplicabilidad de tales acuerdos marco. Es decir, si esto no era más que un acuerdo de responsabilidad social, sin obligatoriedad jurídica alguna, o si esto va más allá, significando un paso añadido a aquellos, con un grado de responsabilidad jurídica que implica más allá de eso.

En este punto, el autor llega a la conclusión de que los visos de prosperar de la obligatoriedad jurídica de los acuerdos marco internacionales pasan necesariamente por la verdadera implementación de un concepto: la diligencia debida. A este respecto, partiendo de la conceptualización de la diligencia debida como «el proceso que, como parte integrante de sus criterios para la toma de decisiones, permite a las empresas identificar, prevenir y atenuar los impactos negativos, reales o potenciales, de sus actividades, así como informar de la manera en que abordan tales impactos» (OCDE, 2011), el autor hace un repaso de la inclusión del concepto en las declaraciones de los principales organismos internacionales, y abordando igualmente las normativas legales nacionales que a día de hoy han dado el paso de implementar dicho concepto en sus respectivas legislaciones, empezando por la pionera (Francia), a la que siguieron Holanda (en materia de esclavitud infantil), Alemania, Noruega y otras (de forma que el concepto de diligencia debida se va extendiendo progresivamente), aludiendo, finalmente, a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de diligencia debida (2021), que establece orientaciones a la Comisión Europea en dicha materia y que está aún en fase de tramitación como Directiva. Finalmente, el profesor Moreno Díaz hace un repaso de la recepción de dicho concepto por los Acuerdos Marco Internacionales, para dejar constancia de que el mismo está haciendo fortuna, no sólo a nivel de organismos supraestatales, sino también en el campo del diálogo social internacional, siendo muchos los Acuerdos que los están recogiendo, y variados los sectores de actividad donde está alcanzando presencia.

En definitiva, la obra que se acaba de comentar viene a cubrir ese espacio,

aún en construcción, que es la negociación colectiva internacional, en un campo tan pujante como son las cadenas mundiales de suministro y en conexión con la influencia que todo lo digital y tecnológico está teniendo en el desarrollo del mercado de trabajo y de las relaciones laborales actualmente. Todo ello es abordado por el autor, poniendo en conexión las funciones que está llamada a jugar por parte de la representación de los trabajadores y los pasos que se están dando al respecto, fundamentalmente, a través del instrumento de los Acuerdos Marco Internacionales, cuya implantación es cada vez mayor, y cuya fuerza de obligar va más allá de los meros compromisos de responsabilidad social, aunque sin llegar aún a una vinculatoriedad jurídica plena, que es el deseo final soñado por las partes de unas relaciones laborales más pujantes a nivel internacional. A tal efecto, el concepto de diligencia debida, igualmente cada vez más en boga y con más presencia en tales Acuerdos, podrá ayudar a dotar a los mismos de dicha eficacia jurídica pretendida.

# Red Internacional de ADAPT



**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”, construyendo 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 de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternational.it](mailto:redaccion@adaptinternational.it).

