

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), 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^a 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)

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

Julio Armando Grisolia

Doctor, Magister

Director de la Maestría

en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales

Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina)

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Pontificia Universidad Católica Argentina

Universidad Argentina de la Empresa

Universidad del Salvador

Juez Nacional del Trabajo (Argentina)

ÍNDICE

Julio Armando Grisolia, <i>Introducción al número por parte del Coordinador</i>	1
Artículos	
Javier Fernández-Costales Muñiz, <i>Salud laboral, digitalización, nuevas tecnologías y su reflejo en la negociación colectiva</i>	19
Ana Castro Franco, <i>La digitalización empresarial como factor desencadenante de despidos colectivos</i>	48
Sheila López Vico, <i>Crisis de la representatividad y digitalización: el papel de la negociación colectiva en materia de teletrabajo</i>	103
Ana García, <i>Impactos de la gestión laboral algorítmica en las relaciones colectivas de trabajo</i>	134
Marina Fernández Ramírez, <i>Nuevas tecnologías, trabajo y colectivos vulnerables: un enfoque de género</i>	156
Rafael García García, <i>La política interna de desconexión digital como medida de prevención de riesgos laborales</i>	196
Aída Cabello Roldán, <i>El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: especial mención al ámbito sociosanitario</i>	231
Ydangely Tropiano, Atilio Noguera, <i>La inteligencia artificial en la prevención de la seguridad y salud laboral en América</i>	249
Gloria María Montes Adalid, <i>El impacto de la digitalización y de la inteligencia artificial en la privacidad de los trabajadores: desafíos y soluciones</i> ...	287
Arturo Montesdeoca Suárez, <i>WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras: los conflictos que plantea esta herramienta</i>	318

Ivonne Sánchez Castro , <i>En búsqueda del equilibrio entre las actividades de vigilancia del empresario y la privacidad del trabajador en la era digital.....</i>	340
Alejandro Muros Polo , <i>El plan de recolocación externa en la recualificación y transición profesional.....</i>	358
Oriol Cremades Chueca , <i>¿Contrato de trabajo o relación de trabajo? Ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el derecho del trabajo.....</i>	407
Manuela Durán Bernardino, Álvaro Sánchez López , <i>El futuro laboral de la juventud. Políticas de empleo de la Unión Europea y de España ..</i>	461
Abelardo Leal , <i>Hacia un replanteamiento del valor del trabajo y el trabajador en el contexto actual.....</i>	488
Rafael Moll Noguera , <i>Descentralización productiva, cooperativismo y convenio colectivo.....</i>	507
Eleonora Peliza , <i>El fenómeno del trabajador pobre en América Latina: causas, factores y dinámicas.....</i>	539
Alexandra Ortiz Pérez , <i>La medición multidimensional de la pobreza y las políticas públicas de empleo: la experiencia latinoamericana y una propuesta de IPM laboral para el Perú.....</i>	569
Jaime Piqueras García , <i>Centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores y la alternativa de la representación territorial.....</i>	593
Cristina Ramírez Bandera , <i>La situación de la mujer en el mercado laboral español: especial atención a las políticas públicas contra las brechas de género.....</i>	619
Sarai Rodríguez González , <i>Trabajos de cuidado y corresponsabilidad: la función institucional.....</i>	651
Julio Armando Grisolia , <i>Hacia dónde vamos: los desafíos del Derecho Laboral en tiempos de cambios.....</i>	686

Reseñas Bibliográficas

- Inmaculada Benavente Torres**, *Casos prácticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dirigido por Francisco Alemán Páez*..... **708**
- Juan Pedro Blois**, *Professionalism and Social Change. Processes of Differentiation Within, Between and Beyond Professions, editado por Lara Maestripieri y Andrea Bellini*..... **711**
- Elena García-Antón Palacios**, *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral, dirigido por José Eduardo López Abumada* **721**

Introducción al número por parte del Coordinador

1. Por varios diferentes motivos es para mí un honor coordinar este nuevo número de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* de ADAPT, de enero-marzo de 2024.

En primer lugar porque me une con los Dres. Michele Tiraboschi y Lavinia Serrani lazos académicos y afectivos desde hace casi 20 años; hemos compartido seminarios en Buenos Aires dictado por ellos y otros investigadores y profesores italianos, en la que participaron instituciones de Argentina (ILERA-ARTRA, SADL, IDEIDES-UNTREF) e Italia (ADAPT), en el marco de actividades de universidades e institutos de investigación de ambos países, que fueron altamente valorados por maestrands, doctorandos y especialistas, y en los cuales participaron queridos amigos argentinos, entre ellos, los Dres. Pedro Núñez, Estela Ferreiros, María Elena López y Eleonora Peliza.

En segundo término, porque la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, dirigida por Michele Tiraboschi y Alfredo Sánchez-Castañeda, de la cual tengo el placer de pertenecer – junto a prestigiosos colegas – al Comité Científico, fue y es una revista innovadora y de libre acceso en línea – que cuenta con el apoyo de la red internacional y sitio web de ADAPT e investigadores y académicos internacionales, doctorandos y maestrados –, que utilizando los beneficios de la tecnología fomenta el intercambio de nuevas ideas e información, promoviendo el estudio de las relaciones laborales y el empleo del trabajo desde una perspectiva internacional y comparada. Sin dudas ha conseguido con creces el objetivo planteado por sus directores de constituirse en un espacio de «acceso abierto y dinámico al conocimiento», ya que ha generado un espacio interdisciplinario e internacional, una verdadera red de estudio e investigación para la difusión de ideas.

Y en tercer lugar, porque el primer número del año publica, por lo general, una selección de los más destacados trabajos e investigaciones presentados en los Congresos Internacionales de ADAPT, que a fines de cada año y desde hace una década y media, se realizan en la ciudad de Bérgamo, convocando a los más destacados investigadores, con el objeto de analizar y comprender – desde una perspectiva multidisciplinar e internacional – el impacto de las transformaciones económicas y sociales en

el mundo del trabajo, el mercado laboral, los trabajadores y las personas que buscan trabajo.

Particularmente, el XIII Congreso Internacional de ADAPT, celebrado durante los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2023, con el título *¿Hacia una sociedad sin trabajo? Una reflexión interdisciplinar sobre la concepción cambiante del trabajo en las economías contemporáneas*, sigue la impronta de las ediciones anteriores, en la inteligencia de que nos enfrentamos a un cambio profundo en la relación entre las personas y el trabajo.

Y esto queda claramente plasmado en los ejes temáticos elegidos, desarrollados en las distintas sesiones plenarias y workshops: la cuestión salarial y el trabajo pobre; dignidad, subsidios y valorización del trabajo; trabajo y salud hoy; el espacio del trabajo en la crisis del estado del bienestar, entre renta básica y papel del actor público; trabajo remunerado y no remunerado: experiencias de vida y su reconocimiento social y jurídico; formación y trabajo: métodos y herramientas; el trabajo ante la individualización y la crisis de la representación: ¿qué papel tendrá la dimensión colectiva?; el trabajo cultural hoy entre sentido y calidad; las fronteras del trabajo hoy y en la historia: las nuevas definiciones de “trabajo”; el impacto de las nuevas tecnologías en la relación laboral: el difícil equilibrio con la vida privada del trabajador; transformaciones de la economía y mercados transicionales del trabajo.

2. Los veintidós trabajos seleccionados por el Comité evaluador de la *Revista* – y las tres reseñas bibliográficas – desarrollan los principales temas y son representativos de lo debatido en las sesiones plenarias y workshops durante las tres jornadas del Congreso. Con ellos queda plasmada la calidad académica de los investigadores, que con sus reflexiones, aportes, propuestas y activa participación, prestigiaron el Congreso.

El trabajo de Javier Fernández-Costales Muñiz – Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León (España) – titulado *Salud laboral, digitalización, nuevas tecnologías y su reflejo en la negociación colectiva* (realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-122631OB-C21) analiza la transformación digital y tecnológica, la influencia de la digitalización y los cambios tecnológicos en la prevención de riesgos laborales, el contenido preventivo en torno a las nuevas tecnologías recogido en los convenios colectivos.

Considera que la transformación digital está conllevando profundos cambios en múltiples aspectos y el mundo del trabajo se ha erigido como uno de los grandes protagonistas de esta realidad, pues las relaciones laborales son uno de los aspectos en los cuales más se va a ver su influencia. De la misma forma, la Prevención de Riesgos Laborales se verá

profundamente afectada, viniendo a manifestarse como una cuestión central de importancia capital en el ámbito de las relaciones laborales y del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aspectos como la externalización de actividades, la digitalización y el tratamiento de datos, el teletrabajo, la robótica, los riesgos psicosociales o la nanotecnología se erigen como cuestiones de máxima importancia frente a las que se hace necesario un amplio y profundo estudio y análisis a distintos niveles. La negociación colectiva constituye un elemento fundamental para abordar la protección de los trabajadores frente a los nuevos riesgos al ser un cauce fundamental para hacerles frente en virtud de las necesidades y exigencias de los diferentes sectores de actividad. Este trabajo pretende analizar como abordan los convenios colectivos esta cuestión.

El trabajo de Ana Castro Franco – Personal Docente e Investigador FPU, Ministerio de Universidades, Universidad de León (España) – titulado *La digitalización empresarial como factor desencadenante de despidos colectivos* hace referencia a la Digitalización y reestructuración empresarial en Europa, las causas empresariales en contraposición a las causas ETOP, la conexión de funcionalidad y la interacción de las distintas causas, la implementación de nuevas tecnológicas como causa del despido colectivo y la interpretación jurisprudencial en diferentes supuestos y su comentario crítico.

Considera que si a la transformación digital se une la innovación a través de la inteligencia artificial (IA), la robotización u otros avances de la ciencia y de la técnica, cabe asistir a un cambio sustancial en el paradigma del empleo, con pérdidas de numerosos puestos de trabajo y el obligado reto de descubrir otros yacimientos que los puedan sustituir. Movimiento en el cual el despido colectivo está llamado a cubrir una doble expectativa, en cuanto punto final de los empleos que desaparecen, pero también vía de encuentro para comenzar la reconstrucción, a través de una fructífera interlocución en el periodo de consultas. En su seno, estarán llamadas a jugar un papel fundamental medidas destinadas tanto a aliviar las consecuencias negativas para los afectados, como a acompañar en la aventura a quienes no encuentren una nueva ocupación mediante un paraguas de protección capaz de proporcionarles cobertura hasta que la obtengan.

El trabajo de Sheila López Vico – Personal Investigador Predoctoral en Formación (FPU), Universidad de Granada (España) – titulado *Crisis de la representatividad y digitalización: el papel de la negociación colectiva en materia de teletrabajo* (realizado en el marco de una estancia predoctoral de 3 meses en la Universidad de Nápoles Parthenope, Italia) trata sobre el papel de la negociación colectiva en el marco de la Ley 10/2021, el análisis convencional en materia de teletrabajo, los resultados de carácter

cuantitativo y cualitativo, el carácter voluntario del teletrabajo y reversibilidad, la compensación de los gastos, el régimen de preferencias en el acceso al teletrabajo, el tiempo de trabajo, la delimitación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizadas mediante teletrabajo, la garantía de los derechos colectivos, el establecimiento de una jornada mínima presencial y delimitación de la duración máxima y el V Acuerdo para el Empleo y la negociación colectiva de 2023.

Afirma que el modelo prototípico de trabajo de carácter fordista, ha pasado a ocupar un papel secundario en los países de nuestro entorno económico, viéndose este desplazado por un modelo marcado por la búsqueda de la flexibilidad, la globalización, la hipercompetitividad y la digitalización. A ello cabe añadir asimismo los efectos que la pandemia tuvo en este, entre los que se encuentra la implantación acelerada del teletrabajo y la aprobación de su norma reguladora, la Ley 10/2021 de trabajo a distancia. Esta forma de trabajo, si bien presenta indudables ventajas, pone de manifiesto nuevos retos para garantizar la adecuada protección de los trabajadores sometidos a la misma. En concreto, preocupa el efecto diluyente que esta puede tener en la identidad como grupo de los trabajadores de la empresa e irremediamente en su fuerza colectiva. Por ello, entraremos a analizar por medio del presente estudio como se está abordando en la práctica el citado problema.

El trabajo de Ana García – Personal Investigador en Formación (Junta de Castilla y León), Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social, Universidad de Salamanca (España) – titulado *Impactos de la gestión laboral algorítmica en las relaciones colectivas de trabajo* trata sobre el poder “de” la tecnología y “detrás” de la tecnología en la Industria 4.0, la gestión laboral “inteligente”: datos, algoritmos e IA, la vulnerabilidad de las personas trabajadoras, los impactos de la gestión laboral algorítmica en las relaciones colectivas en el trabajo, la tensión entre el plano individual y el plano colectivo, la deslaboralización y virtualización de la prestación de trabajo, la sindicalización ante los cambios en el empleo, la ausencia de participación en la empresa y el desequilibrio de poderes, el aumento del poder empresarial y la compatibilidad del “humanismo tecnológico” y el trabajo decente.

Sostiene que las ventajas y beneficios empresariales de la IA y los algoritmos han marcado la expansión de la Industria 4.0, que ha encontrado en la gestión laboral algorítmica una estrategia óptima para la supervivencia de las empresas ante la competitividad global. Sin embargo, este avance tecnológico tiene un impacto significativo en los derechos colectivos de las personas trabajadoras, planteando grandes desafíos para el Derecho del Trabajo. Los cambios en las relaciones laborales y en el mercado de trabajo

son evidentes, ya que la automatización y la digitalización reconfiguran la fuerza laboral, pero cuando la tecnología está exclusivamente al servicio del poder empresarial puede tener graves consecuencias en la libertad sindical. Por ello, es fundamental abordar estas cuestiones para garantizar que la IA y los algoritmos no solo no vulneren los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, sino que éstas y sus representantes participen en la gobernanza de la transición digital.

El trabajo de Marina Fernández Ramírez – Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España) – titulado *Nuevas tecnologías, trabajo y colectivos vulnerables: un enfoque de género* (que se enmarca en el contexto de diversos proyectos de investigación) se ocupa de los colectivos especialmente proclives a la discriminación para el empleo, la particular vulnerabilidad cualitativa y cuantitativa de la mujer con una perspectiva interseccional, los presupuestos para un viraje inclusivo de la digitalización laboral, el tránsito a una formación tecnológica capacitante y los perfiles académicos pendientes de conquista femenina.

Afirma que la igualdad de oportunidades en el trabajo constituye un derecho fundamental y esencial para que todas las personas puedan acceder al mundo laboral en igualdad de condiciones, desarrollar plenamente su potencial y beneficiarse de su esfuerzo en función de sus méritos. Esa igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se vulnera en el momento en que cualquier trabajador o aspirante a un empleo es discriminado. Actualmente, existe una tendencia creciente a integrar en las legislaciones laborales los cuatro grupos de principios y derechos fundamentales en el trabajo, entre los cuales figuran los relativos a la eliminación de discriminación y a la igualdad en el lugar de trabajo. En esta senda avanza la reciente normativa española en materia de igualdad de trato y no discriminación, siendo nuestro propósito analizar si su formulación es abiertamente voluntarista o presenta visos de consolidarse mediante soluciones eficaces a este grave problema.

El trabajo de Rafael García García – Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad Católica San Antonio de Murcia (España) – titulado *La política interna de desconexión digital como medida de prevención de riesgos laborales* trata sobre la regulación jurídica del derecho de desconexión digital en España, la desconexión digital y la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar, la desconexión en el teletrabajo, la desconexión como medida de prevención de riesgos laborales y los instrumentos para la regulación del derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras.

Considera que el art. 88.3 de la LO 3/2018 establece el deber de

elaborar una política interna de desconexión que garantice «un uso razonable de las herramientas tecnológicas». La conexión permanente a través de dispositivos telemáticos es un importante factor estresor. Esto puede suponer importantes riesgos para la salud de los trabajadores, especialmente, riesgos psicosociales. Si no se pueden evitar, estos riesgos deberán estar evaluados, y han de estar planificadas las correspondientes medidas preventivas que deberían pasar por una regulación adecuada del derecho de desconexión. El empresario tiene la condición de garante y responsable de la seguridad y salud de los trabajadores a su cargo y habrá de ejercer su poder de dirección y control para evitar que los trabajadores hagan uso de los medios tecnológicos de la empresa para estar conectados fuera de las horas de trabajo, salvo en situaciones excepcionales o emergencias. La política y el protocolo de desconexión pueden convertirse en cauce adecuado para la garantía de este derecho y para el cumplimiento de las obligaciones preventivas.

El trabajo de Aída Cabello Roldán – Becaria de investigación en el marco del II Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España) – titulado *El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: especial mención al ámbito sociosanitario* aborda la regulación normativa de la telemedicina, los problemas que provoca la salud digital en las profesiones sanitarias, la posible vulneración de los derechos de jornada, haciendo foco en la teledisponibilidad y el respeto a la jornada máxima.

Sostiene que la automatización y la robótica están transformando profundamente las relaciones laborales, especialmente en sectores como el sanitario, en el que la precisión y eficiencia que aportan las nuevas tecnologías son vitales. En ese sentido, el teletrabajo ha permitido el desarrollo de la telemedicina y de tareas de facturación y codificación, por lo que presenta numerosas ventajas, pero también desafíos como la vulneración de derechos laborales o la teledisponibilidad. En concreto, la telemedicina ha evolucionado de manera significativa como consecuencia de estos avances tecnológicos, reduciendo la necesidad de visitas presenciales a los centros de atención primaria, sobre todo después de la pandemia de Covid-19, donde se volvió esencial. Por ello, la salud digital es positiva para pacientes y centros de salud, pero es fundamental que las personas trabajadoras tengan garantizados sus derechos laborales, especialmente las que trabajan desde sus hogares, considerando la conciliación entre la vida laboral y personal.

El trabajo de Ydangely Tropiano – Abogada; Especialista en Derecho Laboral; Doctora en Ciencias Jurídicas; Operadora Socio Sanitaria (Italia);

Miembro de Aprendizaje Jurídico (Venezuela); Profesora de Derecho del Trabajo, Salud Ocupacional y Regímenes Especiales, Universidad Santa María (Venezuela) e Instituto Universitario de Mercadotecnia (Venezuela) – y Atilio Noguera – Abogado; Especialista en Derecho Laboral; Doctor en Innovaciones Educativas; Miembro de Aprendizaje Jurídico (Venezuela); Profesor de Derecho del Trabajo, Salud Ocupacional y Medios Alternos de Solución de Conflictos, Universidad Central de Venezuela, Universidad Santa María (Venezuela) e Instituto Universitario de Mercadotecnia (Venezuela) – titulado *La Inteligencia artificial en la prevención de la seguridad y salud laboral en América* se ocupa de la seguridad y salud en el trabajo en América, las aplicaciones y los beneficios de la IA y concluye con resultados de la encuesta sobre la IA en dicho contexto.

La IA se está usando para la identificación de los riesgos laborales, la prevención de los accidentes de trabajos y el diagnóstico preventivo de las enfermedades ocupacionales, constituyendo un conjunto de sistemas informáticos que se han desarrollado en los últimos años con un auge potencial en el 2023. Se aplica una metodología cualitativa, con la recolección de datos para su posterior razonamiento y análisis, concluyendo que la IA constituye una herramienta funcional en seguridad y salud en el trabajo pero a su vez se debe velar para que su inclusión no llegue a ser una intromisión a nuestra vida privada, al contrario sea insertada de forma responsable y que incorpore beneficios para lograr una vida más fácil, eficiente, segura con mejores incentivos económicos, productiva con reducción de los riesgos y del agotamiento físico y mental, que pueda causar un daño a la salud de los trabajadores; estando bajo un proceso de recepción, adaptación, exploración en América.

El trabajo de Gloria María Montes Adalid – Contratada en Periodo de Orientación Posdoctoral (POP Ministerio) en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España) – titulado *El impacto de la digitalización y de la inteligencia artificial en la privacidad de los trabajadores: desafíos y soluciones* aborda el impacto de la IA y la digitalización en el mercado de trabajo, los fenómenos de la digitalización, el *big data* y la robotización, el mundo del trabajo en un contexto de cambios estructurales y transformaciones tecnológicas, la encrucijada de la Protección de Datos en entornos laborales digitalizados: exploración de los límites del Derecho Fundamental, los límites en la vigilancia y control por IA en el trabajo a través de normativas y protección de datos en entornos laborales digitalizados: garantía de derechos digitales y formula propuestas de intervención a través de normativas y políticas en el ámbito de la privacidad y protección de datos: una base ética.

Sostiene que la evolución de las máquinas desempeña un papel crucial

en cuanto a rendimiento y la automatización de tareas laborales. Sin embargo, surgen preguntas sobre los riesgos para los trabajadores en un entorno laboral marcado por la IA, y la garantía de derechos. La IA en el ámbito laboral ha redefinido la eficiencia y la productividad, y también ha difuminado las fronteras entre la vida profesional y personal, llevando a una mayor supervisión y planteando desafíos en términos de privacidad. En este contexto, este estudio analiza el impacto de la IA y el *big data* en los entornos de trabajo y su influencia en el derecho a la privacidad, tomando como punto de partida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Reglamento UE 2016/679. Asimismo, explora las cuestiones éticas y legales que surgen, con un enfoque en el respeto de los derechos individuales, culminando en un debate sobre la regulación de la supervisión laboral llevada a cabo por la IA.

El trabajo de Arturo Montesdeoca Suárez – Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Personal Investigador en Formación, Contrato predoctoral cofinanciado entre la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo y el Fondo Social Europeo – titulado *WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras: los conflictos que plantea esta herramienta* (que se enmarca en las líneas de actuación del Grupo de Investigación de la Universidad de Alcalá, PID2020-112731RB-I00, la garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo) trata sobre las luces y sombras de la utilización del sistema de mensajería instantánea WhatsApp tanto en el ámbito personal como profesional, su uso en el ámbito de las relaciones laborales, los grupos laborales de WhatsApp, analiza el WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras y las prácticas en la negociación colectiva y en las políticas internas sobre desconexión digital.

Considera que la introducción de nuevas tecnologías en el medio ambiente laboral conlleva oportunidades pero también riesgos para ambas partes del contrato, concretamente, en cuanto a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales. En este sentido se pretende analizar cómo se está llevando a cabo la convivencia entre estos nuevos métodos de comunicación y el derecho fundamental a la protección de datos a través del estudio de la jurisprudencia social, el criterio administrativo aportado por la Agencia Española de Protección de datos, así como la actuación de la negociación colectiva.

El trabajo de Ivonne Sánchez Castro – Candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca (España); Máster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la misma casa de estudios; Especialista en Derecho de Protección de Datos y Ciberseguridad, Universidad

Nacional de Educación a Distancia (España) – titulado *En búsqueda del equilibrio entre las actividades de vigilancia del empresario y la privacidad del trabajador en la era digital* se ocupa de la era digital y la aplicación de nuevas tecnologías en el lugar de trabajo, el impacto de las nuevas tecnologías en el entorno laboral, los mecanismos de control y vigilancia empresarial frente a la privacidad del trabajador y su derecho de protección de datos, las tecnologías de vigilancia en el lugar de trabajo, la privacidad del trabajador y otros derechos conexos, la videovigilancia y los derechos fundamentales del trabajador y las buenas prácticas para implementar herramientas de vigilancia en el ámbito laboral.

Considera que, en la era digital, la incorporación de nuevas tecnologías en el entorno laboral ha transformado la dinámica de la supervisión empresarial afectando ineludiblemente la privacidad del trabajador. Aborda la controversia entre los mecanismos de control y vigilancia empresarial y los derechos de intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos del trabajador en ese contexto. Analiza en detalle la videovigilancia y sus implicaciones sobre los derechos fundamentales del trabajador, destacando la importancia de establecer buenas prácticas para la implementación de herramientas de vigilancia en el ámbito laboral.

El trabajo de Alejandro Muros Polo – Investigador en Período de Orientación Posdoctoral (FPU 2019, Ministerio de Universidades), Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Seminario José Vida Soria, Universidad de Granada (España) – titulado *El plan de recolocación externa en la recualificación y transición profesional* (realizado en el marco del Proyecto de I+D+i *Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital*, PID2020-115701RB-I00) efectúa una mirada a la recolocación externa en un mercado de trabajo cada vez más digital, verde y envejecido, la recolocación como actividad de intermediación laboral, los servicios de recolocación externa en la Ley de Empleo, el plan de recolocación externa en el despido colectivo, el *outplacement* en otros procesos de reestructuración empresarial, la implementación de la recolocación de la persona trabajadora afectada, los servicios públicos de empleo y la actividad de recolocación: la colaboración público-privada, el control administrativo y judicial del plan de recolocación externa obligatorio, el balance y las propuestas de mejora del plan de recolocación externa.

Sostiene que ante los nuevos retos que trae consigo la doble transformación digital y ecológica y el progresivo envejecimiento poblacional, los planes de recolocación externa pueden desempeñar un papel crucial en la necesaria recualificación y transición profesional de los trabajadores afectados. En esta idea se pretende analizar si la regulación actual posibilita el protagonismo que requieren tales servicios de

recolocación en las operaciones de reestructuración presentes y futuras. De este modo, se estudia la actividad de recolocación en la Ley de Empleo como intermediación laboral; el encaje del plan de recolocación externa en el despido colectivo y en otros mecanismos de reestructuración empresarial; los requisitos legales y reglamentarios que se exigen para la elaboración e implementación del plan; la colaboración público-privada en esta materia; y el control administrativo y judicial de la recolocación externa obligatoria en despidos colectivos. Todo ello para finalizar con unas conclusiones críticas y propuestas *de lege ferenda*, que permitan acabar con la ineficiencia de la norma a la hora de permitir el mero cumplimiento formal del plan.

El trabajo de Oriol Cremades Chueca – Profesor Lector Serra Húnter de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Rovira i Virgili (España) – titulado *¿Contrato de trabajo o relación de trabajo? Ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el derecho del trabajo* trata sobre el trabajo subordinado, la concepción política de la empresa y vínculo entre el empleador y el trabajador, las tesis “acontractualistas” y “relativistas” autoritarias en el Derecho del Trabajo, la permanencia de las tesis “acontractualistas” y “relativistas” autoritarias en el actual Derecho del Trabajo de fundamento contractualista.

Considera que el significado que se otorga al trabajo subordinado y la empresa ha ido evolucionando históricamente por motivos sociopolíticos, económicos y filosóficos. Teniendo en cuenta esta premisa, este estudio se centra en analizar las llamadas tesis “acontractualistas” y “relativistas” autoritarias iuslaborales frente al “contractualismo” iuslaboral. En concreto, se examinan los orígenes remotos de estas tesis, sus fundamentos dogmático-histórico y sus relevantes consecuencias político-éticas y prácticas y, especialmente, su vinculación con el Derecho del Trabajo en el nazismo y los fascismos. El objetivo final es determinar si las tesis “acontractualistas” y “relativistas” autoritarias están superadas, hasta qué punto existen ecos y permanencias de ellas en el actual Derecho del Trabajo – en normas e instituciones jurídico-laborales, en la gestión de las personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada, y en el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común – y cómo debería de ser tratada esta cuestión en vistas al futuro.

El trabajo de Manuela Durán Bernardino – Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España) – y Álvaro Sánchez López – Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad de Granada (España) – titulado *El futuro laboral de la juventud. Políticas de empleo de la Unión Europea y de España* trata sobre la intervención de la Unión Europea en materia de empleo juvenil, las medidas europeas para impulsar el trabajo de los jóvenes, las principales dificultades y

carencias para su implementación efectiva, las recomendaciones europeas al estado español y la Reforma Laboral Española de 2021.

Analiza las políticas de empleo juvenil de la Unión Europea y las políticas de empleo adoptadas en España en los últimos años, atendiendo a las recomendaciones europeas, con la finalidad compartida de mejorar la calidad y estabilidad del empleo juvenil. A tal fin, en primer lugar, se estudia la intervención de la Unión Europea en materia de empleo juvenil, analizando las medidas más relevantes para impulsar el empleo de los jóvenes, como el Programa de Garantía Juvenil o la Iniciativa de Empleo Juvenil, e identificando los principales desafíos y dificultades para su implementación efectiva. En segundo lugar, partiendo de las recomendaciones europeas al estado español, se analizan las políticas de empleo juvenil en España, centrandó la atención en los cambios normativos más recientes y relevantes, como la reforma laboral de 2021, al objeto de conocer su impacto en el empleo juvenil una vez transcurridos dos años desde su aprobación.

El trabajo de Abelardo Leal – Doctor en Derecho; Investigador en Derecho Laboral, Seguridad Social y Derecho Público, Universidad El Bosque (Colombia) – titulado *Hacia un replanteamiento del valor del trabajo y el trabajador en el contexto actual* aborda los antecedentes de la concepción del trabajo y el trabajador, la concepción actual de trabajo y trabajador según la perspectiva del empleador en el contexto del Estado capitalista, la necesidad de replantear dicha concepción por una más humana y respetuosa de los derechos humanos y fundamentales del trabajador.

Este artículo busca establecer la problemática vigente relacionada con la deshumanización del trabajo y del trabajador, este último visto como un objeto de producción que sirve para cumplir unas metas de la empresa, y no como un ser humano revestido de dignidad y derechos humanos que merece respeto y que, más bien, toma el trabajo como un medio de subsistencia.

El paradigma establecido en torno al trabajo tiene como antecedentes el sistema de producción esclavista, la sociedad feudal sustentada en el servilismo y/o vasallaje, y el sistema burgués, como antesala del modelo capitalista vigente hoy en día, donde lo determinante era la fuerza productiva de los primeros, vistos como instrumentos generadores de riqueza, lo cual implicaba su deshumanización y hacía nulos sus derechos. Los trabajadores, en el contexto capitalista actual, son considerados instrumentos para cumplir un fin (la riqueza), siendo necesario un cambio de paradigma que reconozca su valor intrínseco.

El trabajo de Rafael Moll Noguera – Profesor Permanente Laboral, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de

València (España) – titulado *Descentralización productiva, cooperativismo y convenio colectivo* (que se enmarca dentro del Proyecto de Investigación GVA CIGE/2021/111 *Los efectos de la descentralización productiva 4.0 y el crowdsourcing online en el trabajo*) trata sobre el régimen legal del socio-trabajador, la normativa laboral aplicable, la tendencia hacia la armonización “difuminada” de derechos, la equiparación plena a nivel autonómico, las jornadas y retribución, la subrogación empresarial, los planes de igualdad y registro retributivo, efectúa reflexiones sobre los puntos críticos de la cooperativo de trabajo asociado, la posición singularmente competitiva y su fundamento, la descalificación como herramienta antifraude y su reforma legal, la dimensión de la cooperativa, los derechos colectivos de los socios-trabajadores, la libertad sindical y huelga, el derecho a la negociación colectiva, la aplicabilidad de los convenios colectivos sectoriales y la participación en la negociación de un convenio colectivo.

Sostiene que la descentralización productiva ha sabido hallar diversas fórmulas legales en el ámbito laboral para tratar de huir de los estándares normativos, tanto legales como convencionales. En este sentido, podría citarse ahora la subcontratación, la cesión de trabajadores mediante empresas de trabajo temporal, el auge de empresas multiservicios o centros especiales de empleo, o las plataformas digitales. De modo paradójico, sin embargo, esta escapada del derecho del trabajo también ha conseguido penetrar en el ámbito de la economía social. Así, las sociedades laborales o las cooperativas, especialmente las de trabajo asociado, representan una parcela del mercado de trabajo en el que la protección social de sus trabajadores es menor. Tras un análisis global del cooperativismo en España desde el punto de vista laboral, el presente trabajo tiene como elemento central el papel de la negociación colectiva y del convenio colectivo en las cooperativas de trabajo asociado.

El trabajo de Eleonora Peliza – Doctora; Profesora Protitular, Pontificia Universidad Católica Argentina; Profesora Asociada, Universidad de Morón (Argentina); Profesora en la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina); Juez del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires (Argentina) – titulado *El fenómeno del trabajador pobre en América Latina: causas, factores y dinámicas* se ocupa de delimitar los alcances del estudio sobre la temática, los conceptos y metodología, para abordar el fenómeno en la región, establecimiento factores y dinámicas, desafíos y propuestas.

Considera que tradicionalmente se ha asociado la pobreza con la ausencia de ingresos debido a la desocupación. Sin embargo, hoy en el mundo y particularmente en Latinoamérica, la pobreza es en gran medida un problema de las personas empleadas: el 43% de la población

latinoamericana está situada bajo la línea de pobreza, y de ese porcentual, un tercio de las personas que viven en situación de pobreza extrema o moderada tienen empleo. La proliferación de diferentes tipos de empleos precarios, la falta de empleo pleno y productivo, las políticas macroeconómicas y fiscales inadecuadas, la falta de políticas industriales sostenibles y una transformación estructural ineficaz de las economías, son causas multifactoriales de la pobreza y la desigualdad a las que se enfrenta la región. Se puede afirmar que estas desigualdades surgen del acceso desigual al trabajo y de la pobreza en el trabajo. En concreto, explora las causas complejas y dinámicas que dan lugar al fenómeno de los trabajadores pobres en América Latina. El propósito es analizar los factores subyacentes que contribuyen a la proliferación de este problema a nivel regional y proponer medidas eficientes de política de garantía de ingresos para revertir este fenómeno.

El trabajo de Alexandra Ortiz Pérez – Abogada; Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales, Pontificia Universidad Católica del Perú; Miembro de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas – titulado *La medición multidimensional de la pobreza y las políticas públicas de empleo: la experiencia latinoamericana y una propuesta de IPM laboral para el Perú* trata sobre la medición de la pobreza, la Pobreza Multidimensional Laboral, la relación entre el IPM y las políticas públicas de empleo, el IPM como herramienta de diseño de las políticas de empleo, la experiencia latinoamericana en la medición multidimensional de la pobreza y su uso en políticas de empleo, la medición de la pobreza y la pobreza laboral en el Perú: propuesta de IPM Laboral.

Examina la relación que existe entre la medición multidimensional de la pobreza como herramienta de medición integral de la pobreza y las políticas públicas de empleo. Además, se propone el diseño de un índice de pobreza multidimensional laboral para el caso peruano.

El trabajo de Jaime Piqueras García – Personal Investigador en Formación (FPU) en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España) – titulado *Centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores y la alternativa de la representación territorial* (desarrollado en el marco de un contrato predoctoral para la Formación de Profesorado Universitario financiado por el Ministerio de Universidades), se ocupa de los canales de representación de los trabajadores, la representación unitaria, sindical, en situaciones y procesos determinados, de la convocatoria de elecciones a órganos de representación unitaria, el periodo de consultas en los ERTE, la negociación de planes de igualdad, los delegados territoriales de prevención, el tejido empresarial español, y efectúa una valoración crítica de los canales de representación y propuestas de estructuras alternativas de representación.

Considera que el 13,27% de los trabajadores españoles está excluido legalmente de la posibilidad de elegir representantes unitarios debido al tamaño de las empresas para las que trabajan. En la práctica, se espera una cobertura de la representación inferior al 86,73% de los trabajadores restantes, ya que una empresa con más de 6 trabajadores puede contar con diversos centros de trabajo que no alcancen dicho número, imposibilitando que pueda procederse a la elección de representantes unitarios. Pese a que los canales de la representación unitaria y sindical son las vías principales de representar a los trabajadores en la empresa, existen otros procesos en los que participan miembros de sindicatos externos a la plantilla, ejerciendo funciones de representación. Con intención de colaborar en el desarrollo de órganos de representación alternativos que puedan vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y dar cobertura a un mayor número de trabajadores, finalmente se plantea la propuesta de constituir representantes territoriales que actúen en ámbito multiempresarial sobre la supervisión de las condiciones de trabajo.

El trabajo de Cristina Ramírez Bandera – Investigadora Predoctoral Contratada FPU, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España) – titulado *La situación de la mujer en el mercado laboral español: especial atención a las políticas públicas contra las brechas de género* (que se enmarca dentro del Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-100 *La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica*) efectúa un análisis cualitativo del empleo femenino en España, la situación actual de la brecha de género en materia de pensiones en España, las medidas de política pública adoptadas para la reducción de las brechas de género en España, tanto en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social como en el ámbito del mercado de trabajo.

Considera que la situación actual de la mujer en el mercado laboral español aún dista de ser completamente igualitaria. Pese a los grandes recortes en las diferencias en la tasa de actividad masculina y femenina, la calidad del empleo femenino en España sigue siendo, en promedio, inferior al masculino, lo cual se refleja en las acusadas brechas de género tanto salarial como en materia de pensiones que siguen dándose en nuestro país. En el trabajo se analizan las causas de este fenómeno, la situación actual de las mencionadas brechas de género y las distintas medidas de política pública que han sido implementadas por el legislador español hasta el día de hoy para la superación de las mismas en la búsqueda de un sistema de protección social con mayor perspectiva de género y que fomente una mayor corresponsabilidad en el cuidado y en la igualdad salarial.

El trabajo de Sarai Rodríguez González – Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de

La Laguna (España) – titulado *Trabajos de cuidado y corresponsabilidad: la función institucional* aborda la importancia social y brechas de género de los trabajos de cuidado, el cambio demográfico y economía de los cuidados y las transformaciones productivas y desafíos institucionales, la vertiente institucional de la conciliación corresponsable y la perspectivas a la luz de las iniciativas más recientes, la sostenibilidad y transición justa en la economía de los cuidados.

Sostiene que un auténtico modelo de conciliación corresponsable precisa la intervención del Estado articulando una red pública de cuidados que sostenga desde lo común una parte importante de las tareas de cuidado y creando empleo decente en el sector. La función institucional del Estado aparece destacada en la Agenda 2030 y la Estrategia Europea para la Igualdad de Género (2020-2025) que subrayan la necesidad de reconocer y valorar los cuidados no retribuidos, así como la importancia de la inversión en servicios de cuidado para apoyar la participación de las mujeres en el empleo remunerado. Iniciativas como la Estrategia Europea de Cuidados o el Plan Corresponsables en España buscan abordar la insuficiencia de servicios asistenciales y mejorar las condiciones de trabajo en el sector asistencial, con un enfoque centrado en la creación de empleo de calidad y la dotación de una red de servicios de cuidados asequibles, accesibles y de buena calidad.

Finalmente, el trabajo que tuve el honor de presentar y exponer en el Congreso, titulado *Hacia dónde vamos: los desafíos del Derecho Laboral en tiempos de cambios*, hace referencia – a modo de introducción – a la flexibilización, la búsqueda de desarrollo económico con protección social y describe los distintos factores que influyen en la dinámica de las relaciones laborales. En lo central se ocupa de la nueva realidad, del cambio de paradigma, la transformación digital y el teletrabajo, del nuevo escenario de las relaciones laborales que también alcanza a la administración de justicia y los jueces, y a la necesidad de modernizar los marcos normativos, con cambios posibles y una nueva forma de proteger adaptada a esa nueva realidad.

Considero que la pandemia aceleró modificaciones y produjo un punto de inflexión, un cambio de paradigma, con cambios en el perfil de los trabajadores y la mecánica de prestación de las tareas: agotamiento de los formatos tradicionales de contratación y de estructuras rígidas que no se adapta a las demandas de las nuevas generaciones. El desarrollo de la tecnología – con el teletrabajo y el modelo híbrido – produjo la revalorización del tiempo y de la producción. Las actividades deben adaptarse, los trabajadores capacitarse para sumar nuevas habilidades y competencias y las empresas reconfigurar procedimientos y adecuarse a la nueva realidad. La Administración de Justicia, y particularmente los jueces, no

pueden permanecer al margen de ella. También debe adecuarse el marco jurídico con reglas claras, adaptado a la realidad productiva del siglo XXI, preservando los derechos fundamentales de los trabajadores pero haciendo que el trabajo sea posible para el empleador que está dispuesto a cumplir con la legislación. La tutela debe tener sentido finalista y no una mera protección “declamada”: se debe legislar para los trabajadores actuales y del futuro, no para los de la década del 70 o 90. El diálogo social, los consensos, la cooperación, una actitud solidaria y de buena fe de los actores sociales es son fundamentales para progresar y por el bien común: el trabajo del siglo XXI se debe adaptar a la vida de las personas y no la vida al trabajo.

Este primer número de 2024 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* cierra con tres elaboradas reseñas bibliográficas, que estuvieron a cargo de profesores e investigadores sobre obras de suma calidad e interés para la comunidad académica.

La primera reseña fue realizada por Inmaculada Benavente Torres – Profesora Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Córdoba (España) – sobre el libro *Casos prácticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Diseñados para Grados, Posgrados, Másteres y TFG*, dirigido por Francisco Alemán Páez y publicado por Tecnos (2023).

La segunda estuvo a cargo de Juan Pedro Blois – Investigador Adjunto, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET); Profesor Adjunto, Universidad Nacional de General Sarmiento (Argentina) – sobre el libro *Professionalism and Social Change. Processes of Differentiation Within, Between and Beyond Professions*, editado por Lara Maestripieri y Andrea Bellini y publicado por Palgrave Macmillan (2023).

Y la última reseña, fue realizada por Elena García-Antón Palacios – Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Europea de Madrid (España) – sobre el libro *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, dirigido por José Eduardo López Ahumada y publicado por Aranzadi (2023).

3. Como ha quedado evidenciado con los trabajos reseñados, los expositores y ponentes del XIII Congreso Internacional de ADAPT 2023 efectúan valiosos aportes – desde una perspectiva multidisciplinar e internacional – sobre los diversos temas abordados en las sesiones plenarias y workshops, que sin dudas inciden en el sentido del trabajo, en su espacio dentro de la vida de las personas y en la construcción de su identidad.

Para finalizar, quiero felicitar a todo el equipo de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, encabezado por sus directores Michele Tiraboschi y Alfredo Sánchez-Castañeda, la valiosa labor

de su editora Lavinia Serrani y del Comité Evaluador, como asimismo de las autoridades y del Comité Organizador del Congreso – en particular a Lavinia Serrani y Margherita Roiatti – que generan este maravilloso intercambio de conocimiento.

Este año, nuevamente en Bérghamo, en el IV Congreso Internacional de ADAPT 2024 (del 2 al 4 de diciembre), encontrará a los participantes analizando, como siempre, desde una perspectiva multidisciplinar e internacional, el impacto de las transformaciones económicas, sociales y tecnológicas en el mundo del trabajo.

Julio Armando Grisolia

Doctor, Magister

Director de la Maestría

en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales

Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina)

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Pontificia Universidad Católica Argentina

Universidad Argentina de la Empresa

Universidad del Salvador

Juez Nacional del Trabajo (Argentina)

Artículos



Salud laboral, digitalización, nuevas tecnologías y su reflejo en la negociación colectiva*

Javier FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ**

RESUMEN: La transformación digital está conllevando profundos cambios en múltiples aspectos y el mundo del trabajo se ha erigido como uno de los grandes protagonistas de esta realidad, pues las relaciones laborales son uno de los aspectos en los cuales más se va a ver su influencia. Las nuevas tecnologías se erigen en fuente de numerosos riesgos laborales de todo tipo, muchos de ellos de nueva aparición frente a los más tradicionales. De la misma forma, la Prevención de Riesgos Laborales se verá profundamente afectada, viniendo a manifestarse como una cuestión central de importancia capital en el ámbito de las relaciones laborales y del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aspectos como la externalización de actividades, la digitalización y el tratamiento de datos, el teletrabajo, la robótica, los riesgos psicosociales o la nanotecnología se erigen como cuestiones de máxima importancia frente a las que se hace necesario un amplio y profundo estudio y análisis a distintos niveles. La negociación colectiva constituye un elemento fundamental para abordar la protección de los trabajadores frente a los nuevos riesgos al ser un cauce fundamental para hacerles frente en virtud de las necesidades y exigencias de los diferentes sectores de actividad. Este trabajo pretende analizar como abordan los convenios colectivos esta cuestión.

Palabras clave: Salud, prevención, riesgos, digitalización, nuevas tecnologías, negociación colectiva.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La transformación digital y tecnológica. 3. La influencia de la digitalización y los cambios tecnológicos en la prevención de riesgos laborales. 4. El contenido preventivo en torno a las nuevas tecnologías recogido en los convenios colectivos. 5. A modo de breve conclusión. 6. Bibliografía.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-122631OB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación Generación del Conocimiento: investigación orientada, titulado *La inclusión social a través de la renovación de elementos de estructura, relación y contenido en la negociación colectiva*.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León (España).

Occupational Health, Digitalisation, New Technologies and Their Reflection in Collective Bargaining

ABSTRACT: The digital transformation is bringing about profound changes in many aspects and the world of work has emerged as one of the main protagonists of this reality, as labour relations are one of the aspects in which its influence will be most noticeable. New technologies are a source of numerous occupational risks of all kinds, many of which are new in comparison with the more traditional ones. In the same way, the Prevention of Risks at Work will be profoundly affected, becoming a central issue of capital importance in the field of labour relations and Labour and Social Security Law. Aspects such as the outsourcing of activities, digitalisation and data processing, teleworking, robotics, psychosocial risks and nanotechnology are issues of the utmost importance and require broad and in-depth study and analysis at different levels. Collective bargaining is a key element in addressing the protection of workers against new risks, as it is a fundamental channel for dealing with them in accordance with the needs and demands of the different sectors of activity. This paper aims to analyse how collective agreements address this issue.

Key Words: Health, prevention, risks, digitalisation, new technologies, collective bargaining.

1. Introducción

El imparable y continuo avance de las nuevas tecnologías y la transformación digital constituye, a día de hoy, uno de los aspectos más destacados, característicos y definitorios de nuestro actual entorno. La que ya se ha calificado como nueva revolución tecnológica o Cuarta Revolución Industrial ha introducido a la sociedad en una nueva dimensión de avances y desarrollos técnicos aplicables a todos los ámbitos a nivel social, productivo o económico, además de estar condicionando y haciendo evolucionar nuestros sistemas conceptuales así como las formas de organización y gestión de nuestra vida personal y cotidiana.

Esta transformación digital está conllevando profundos cambios en todos los aspectos de nuestra vida personal, social y profesional. Así, la economía y las finanzas, las ciudades, la industria, el comercio, la sanidad, la agricultura, la educación y un larguísimo etcétera de ámbitos y sectores se están viendo absolutamente transformados por las nuevas tecnologías y conceptos que van desde el internet de las cosas al Big Data y análisis de datos, Cloud Computing, ciberseguridad, robótica, pasando por la inteligencia artificial, la simulación y prototipado o la realidad aumentada. Las tecnologías digitales han cambiado drásticamente la manera de trabajar, consumir y comunicarse de las personas en un breve lapso de tiempo.

2. La transformación digital y tecnológica

El sistema productivo está transformándose desde hace mucho tiempo merced a esa cuarta revolución industrial y la industria 4.0 o “industria inteligente” supone «un salto cualitativo en la organización y gestión de la cadena de valor del sector»¹, implicando la incorporación de las nuevas tecnologías a la considerada “tradicional”, permitiendo que dispositivos y sistemas colaboren entre ellos y con otros para crear una industria inteligente².

La industria, al tiempo, transforma la economía tradicional en digital, y adquiere cuatro características específicas: «la irrelevancia de la ubicación geográfica, el papel clave de las plataformas, la importancia de los efectos

¹ H. ÁLVAREZ CUESTA, *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*, Colex, 2017, p. 15.

² MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, *Industria conectada 4.0. La transformación digital de la industria española*, 2015, p. 5 ss., señalando cómo «la industria está abocada a una transformación digital que afectará a todas las empresas y todas tendrán la necesidad de adaptarse a esa transformación».

de red y el uso de grandes datos»³. Así, los anclajes de la cuarta revolución industrial redimensionan, en su conjunto, los procesos de automatización y digitalización vuelven a profundizar en las consecuencias del cambio tecnológico, y complejizan aún más las dimensiones del mismo⁴ hasta llegar a la esfera laboral.

En este sentido, lógicamente, el mundo del trabajo no ha sido ni mucho menos ajeno a esta realidad, sino más bien al contrario, se ha erigido como uno de sus grandes protagonistas, habida cuenta de que en el marco del indudable impacto del tan inexorable como forzoso avance de las nuevas tecnologías en todos los órdenes de nuestra vida, las relaciones laborales son, obviamente, uno de los aspectos en los cuales más se va a ver su influencia. La irrupción de la digitalización en el ámbito laboral, tanto desde una perspectiva individual como colectiva, ha provocado «un profundo impacto transversal sobre el conjunto de las instituciones reguladoras de las relaciones laborales»⁵.

Una de las conclusiones a extraer de todo lo destacado no puede ser otra que señalar cómo las tecnologías digitales sin duda vienen a mejorar la vida y el trabajo de las personas capacitadas para usarlas. Ahora bien, tal afirmación debe ser convenientemente matizada para evitar que se convierta en un arma de doble filo contra el trabajador, habida cuenta de que para beneficiarse de las nuevas oportunidades se debe disponer de ciertas habilidades para, posteriormente, desarrollar la prestación de servicios en entornos digitales seguros, pues lo contrario daría al traste con cualquier mejora lograda.

Las tecnologías digitales pueden mejorar la vida de las personas, proporcionando acceso a más información y servicios a precios reducidos, simplificando cuestiones como «el acceso a la educación, a la información sobre salud, a bienes de consumo comprados electrónicamente, acortan el tiempo de transporte gracias al teletrabajo y mejoran la eficiencia energética en los hogares y las ciudades; en resumen, hacen que las actividades humanas sean más eficientes». Sin embargo, no se puede obviar que, a un tiempo, las tecnologías digitales acarrear un riesgo enorme de desigualdad para la sociedad, en tanto presentan «una brecha digital entre los capacitados para usarlas y los que no lo están. Entre estas habilidades se

³ H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, p. 16.

⁴ F. ALEMÁN PÁEZ, *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail n° 2016-1088*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 30, p. 12 ss.

⁵ J. CRUZ VILLALÓN, *El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales*, en M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi, 2020, p. 35.

encuentran no solo las puramente digitales, sino también las emocionales y sociales vinculadas a una navegación segura del mundo virtual. Poseer una buena mezcla de ambos tipos, algo que convenientemente se ha dado en llamar “alfabetización digital”, es un requisito imprescindible para que las personas compaginen sus vidas digital y real, evitando los problemas mentales asociados al abuso de las tecnologías digitales. El segundo tipo de riesgo digital se relaciona con la seguridad, en cuestiones como el ciberacoso y las brechas de seguridad digitales. En resumen, hacer que la digitalización esté al servicio del bienestar humano exigiría que se generaran oportunidades igualitarias, una alfabetización digital generalizada y una fuerte seguridad digital»⁶.

En este escenario de transformación digital continua, las organizaciones empresariales se erigen a un tiempo como sujeto y objeto de esta, así como quienes forman parte de ellas resultan tanto impulsoras como receptoras de estos cambios simultáneamente, de forma tal que cabe señalar cómo una premisa indeclinable que las actuales transformaciones deben venir a reafirmar a la persona⁷ como el epicentro y objetivo último de la Prevención de Riesgos Laborales. No se puede olvidar que el progreso tecnológico sin precedentes que se está produciendo nació y ha sido pensado y desarrollado, y lo seguirá siendo, por las personas, de la misma manera que, aparte de impulsoras, las personas son las principales receptoras de estas innovaciones, de forma tal que significaría un enorme error atender exclusivamente a la consideración de la dimensión técnica de los cambios olvidando la dimensión humana, que debe erigirse como su principal impulso apoyada en el trasfondo cultural que se está consolidando en torno a las nuevas transformaciones digitales.

Todos los cambios reseñados encuentran una especial influencia en el ámbito del trabajo y, por ende, de la Prevención de Riesgos Laborales⁸ a través de una serie de nuevos aspectos y necesidades, así como otros ya existentes, pero que se verán profundamente alterados, entre los que cabe destacar algunos.

Por sus implicaciones con todo lo mencionado no pueden dejarse de lado los riesgos psicosociales o derivados del factor humano, debiendo atender a cuestiones como la preocupación por el envejecimiento, el

⁶ OECD, *How's Life in the Digital Age? Opportunities and Risks of the Digital Transformation for People's Well-being*, 2019, p. 11 ss.

⁷ Así, O. MARTÍN, [La transformación digital debe reafirmar a la persona como el centro de la prevención de riesgos laborales](#), en [www.muycomputerpro.com](#), 16 abril 2018.

⁸ En este sentido, destacar los análisis al respecto realizados por la OIT, que ha creado la Comisión Mundial del futuro del trabajo. *Vid.* OIT, *Seguridad y Salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar cien años de experiencia*, 2019, p. 23 ss.

tecnoestrés, el acoso cibernético⁹, la ya mencionada dificultad de la desconexión tecnológica y su influencia en el ser humano o el síndrome del trabajador quemado.

Experiencias pasadas con las TIC, actitudes y valores frente a la tecnología y márgenes y sentimientos de autoeficacia irreal o impotencia ante las innovaciones introducidas en el trabajo se traducen en variados tipos específicos de riesgos, siempre presididos por las constantes de las fuentes tradicionales: demandas técnicas desproporcionadas o desequilibradas en relación con carencias en habilidades personales reales o presuntas (sentidas como tales o sobrevaloradas, admitiendo tanto el exceso como el defecto) y falta de los amortiguadores necesarios (autoeficacia específica, estrategias de afrontamiento o *coping* y un grado de aceptación normalizado) como factores imprescindibles para hacerles frente¹⁰.

3. La influencia de la digitalización y los cambios tecnológicos en la prevención de riesgos laborales

En lógica consecuencia, la Prevención de Riesgos Laborales igualmente se verá profundamente afectada, debiendo inevitablemente adaptarse a estos cambios. Así, la disciplina preventiva viene a manifestarse como una cuestión central de importancia capital en el ámbito de las relaciones laborales y del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La legislación en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo encuentra su razón de ser en la protección del trabajador frente a los riesgos para su salud e integridad física a los que se verá expuesto en el desarrollo de su prestación de servicios. No en vano, la salud constituye uno de los valores esenciales en las sociedades actuales, hasta el punto de llegar a condicionar de forma determinante otros bienes, siendo eje de la calidad de vida y del progreso, tanto social como económico.

En este sentido, la gestión de la Prevención no puede quedar en ningún caso quedar aislada del resto de la cultura de la empresa, debiendo cumplirse

⁹ Sobre el acoso cibernético laboral y su consideración como riesgo psicosocial emergente en la nueva sociedad digital, J. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Caracterización jurídica del ciberacoso laboral*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo. Un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, 2018; C. MOLINA NAVARRETE, *Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío*, en *Diario La Ley*, 2019, n. 9452, pp. 1-19, o F. DE VICENTE PACHÉS, *Acoso en el trabajo por medio de dispositivos digitales y su repercusión en la salud de la persona trabajadora: ¿no es momento de tomarnos en serio su prevención?*, en M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *op. cit.*

¹⁰ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Ponencia: Prevención de riesgos psicosociales causados por las nuevas tecnologías*, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2018, n. 5, pp. 171-172.

estrictamente la obligación de integración a todos los niveles como requisito básico para su efectividad real, de forma tal que deben ser desarrolladas nuevas formas, instrumentos y herramientas de gestión de aquella que contemplen los nuevos retos de las empresas. Ante tal escenario, resulta preciso destacar cómo las líneas de trabajo no pueden estar pensadas únicamente en el corto plazo, sino también, y de manera fundamental, en el medio y largo, de forma tal que ante las nuevas necesidades y los cambios que se produzcan, se disfrute de la capacidad de estar preparado para tomar decisiones y adaptarse, previendo posibles factores de riesgo que ahora no se estimen prioritarios, especialmente aquellos que derivan de los riesgos psicosociales y de las nuevas tecnologías, en campos tan variados y heterogéneos como la información y comunicación, la biotecnología e ingeniería genética, la robótica, la nanotecnología y las nuevas energías, u otros factores diferentes que aunque aparentemente no parezcan poseer una gran importancia en la materia, en la práctica sí resultan sustanciales, como el envejecimiento de la población activa, los hábitos de vida en continuo cambio y evolución, las nuevas tendencias laborales o el proceso imparable de una incorporación cada vez mayor de la mujer al trabajo desde nuevos parámetros diferentes a los tradicionales conocidos¹¹.

La Industria 4.0 ha generado, está generando, y continuará haciéndolo, nuevos empleos y nuevas profesiones que requerirán identificar sus nuevos factores de riesgo propios, desafiando así a los sistemas de gestión preventiva «en la medida en que la actividad es, en sí misma, fuente de riesgo si no se realiza en ciertas condiciones de seguridad y de salubridad». En definitiva, la aparición de este nuevo catálogo de profesiones precisa inevitablemente «de un nuevo inventario de competencias preventivas»¹².

Lo cierto es que realidades como la industria 4.0, la robotización o el trabajador digital conectado implican la aparición de nuevos retos y escenarios en los que los cambios y las transformaciones operadas en el mundo laboral traen consigo tales nuevos riesgos, a los que habrá que saber hacer frente y saber prevenir, pero también, sin género de dudas, nuevas oportunidades frente a las cuales se habrá de estar preparado para actuar y saber aprovecharlas.

La seguridad y la salud laborales están obligadas a evolucionar al ritmo del progreso tecnológico e incorporar todas las innovaciones que permitan su mejora. Se debe prestar atención a las nuevas tecnologías, riesgos

¹¹ J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Prevención de Riesgos Laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, 2019, pp. 39-40.

¹² C. MOLINA NAVARRETE, *La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra. 1, p. 5 ss.

emergentes y el proceso de revolución digital. La seguridad y la salud laborales deben adaptarse y evolucionar al ritmo del progreso tecnológico e incorporar todas las innovaciones que permitan su mejor gestión.

Lo cierto es que los riesgos son de naturaleza tan dispar que es imposible apuntar a un único motor clave. Sin embargo, «la prevalencia de los incidentes de seguridad digitales es un indicador poderoso de los riesgos en general, ya que refleja (en cierta medida) la madurez de las sociedades digitales, así como la rotundidad de las estrategias digitales nacionales»¹³.

La transformación digital ha traído de la mano múltiples nuevas formas de trabajo, tipo de organizaciones y perfiles profesionales que requieren la adopción de una estrategia de seguridad y Prevención de Riesgos Laborales adecuada, avanzada, moderna y adaptada a cada uno de ellos y, por otra parte, respetuosa con la protección de datos del trabajador, un derecho en riesgo permanente por sus propias características, pues la amenaza y la inseguridad del afectado pueden provenir no solo de la empresa para la que se prestan servicios, sino también del exterior por diferentes medios como los miles de ciberataques diarios que se producen a distintos niveles, riesgos ante los cuales el Derecho está reaccionando para proteger la privacidad y la intimidad de las personas, pero necesitado de pasos más profundos en el día a día de la empresa en cuanto a la protección de datos y cuestiones relativas a los datos de salud de los trabajadores.

Parece que de entrada existen más preguntas que respuestas¹⁴, y deben plantearse cuestiones como si resultará posible el tan traído derecho a la desconexión con garantías para nuestra salud de los medios tecnológicos en el mundo actual; si tendremos capacidad para desarrollar una gestión adecuada del envejecimiento en las empresas en tanto el volumen de empleo tienda a disminuir; qué nivel de influencia alcanzará el aumento de la presencia de robots en el desarrollo de la prestación de servicios sobre la edad de jubilación y el sistema de cotización, así como si es posible generalizar la idea o concepto de obligación de cotización de las empresas por el número de robots empleados a la hora de implantar sistemas de organización que supongan eliminación de puestos de trabajo; cuáles serán los medios de adaptación de la gestión de seguridad en el uso de equipos de trabajo ante el aumento de la presencia de robots y equipos automatizados; qué aspectos de la gestión de la Prevención de Riesgos Laborales tendrán mayor protagonismo para adaptar la gestión preventiva al actual marco laboral y al que está por llegar; cuál será fórmula más precisa para organizar

¹³ OECD, *op. cit.*, p. 11ss.

¹⁴ Así, J. CASSINI GÓMEZ DE CÁDIZ, *¿Influyen los cambios tecnológicos en la prevención de riesgos laborales? Algunas implicaciones jurídicas*, en www.legaltoday.com, 5 marzo 2018.

y gestionar la coordinación de actividades empresariales para adaptarla al marco creciente de externalización; cómo se podrá manejar y controlar la inteligencia artificial en este campo; o, en fin, entre otras cuestiones, y de manera muy especial, cuál debe ser el enfoque y la forma de abordar todas estas cuestiones y problemas desde el punto de vista de garantías jurídicas.

La utilización continua, habitual y reiterada de las nuevas tecnologías está cambiando la forma de actuar de los seres humanos. Tal circunstancia también presenta sus consecuencias a nivel laboral, obligando a realizar ciertas adaptaciones en el marco de la organización productiva para intentar adaptar ésta a la nueva realidad y, como no, a abrir el debate sobre si es necesaria o no cierta intervención jurídica para intentar poner remedio a algunos de los problemas vinculados al uso de las nuevas tecnologías en el lugar de trabajo¹⁵.

Por otra parte, la generalización de redes sociales¹⁶ como Twitter, WhatsApp, Facebook, Snapchat, LinkedIn, etcétera, ha traído consigo importantes beneficios, pero también retos desde el punto de vista jurídico, tendentes a ordenar las posibles conductas que pueden ser realizadas a través de las mismas¹⁷.

En este sentido, ya se ha comenzado a estudiar determinados comportamientos vinculados al uso de estas redes sociales y las nuevas tecnologías que pueden traer aparejadas alteraciones de la salud de quienes las utilizan, dando lugar a términos como tecnofobia (u odio a las nuevas tecnologías), tecnoansiedad (o negatividad ante las mismas por incapacidad para su manejo), tecnoadicción (o necesidad imperiosa de un uso continuado de estas herramientas) o tecnofatiga (hartazgo por la utilización permanente de las mismas).

Bajo el término tecnoestrés se agrupan una serie de desequilibrios funcionales en los que ansiedad, sobrecarga de información, conflicto de roles, factores de organización, ausencia de formación, exceso de trabajo, alta presión temporal, plazos urgentes de finalización, prolongación de la

¹⁵ R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Ponencia: Las adicciones provocadas por la utilización de las nuevas tecnologías: ¿nuevos factores de riesgo psicosocial?*, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2018, n. 5, p. 167.

¹⁶ «Se estima que, durante un único día, se envían 500 millones de *tweets*, 295 mil millones de correos electrónicos, 65 millones de mensajes de WhatsApp, se hacen 5 mil millones de búsquedas en Internet y se crean 4 petabytes de información en Facebook [...]. Las estimaciones para el año 2025 indican la creación de 645 exabytes de datos en un solo día» (R.J. PALOMO ZURDO, V. REY PAREDES, *Retos e incertidumbres del proceso de transformación digital de la economía y de la sociedad*, en *Derecho Digital e Innovación*, 2019, n. 3, p. 10).

¹⁷ R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C. GONZÁLEZ VIDALES, *El control empresarial del uso de las redes sociales en el lugar de trabajo: alcance y confines*, en *Noticias CIELO*, 2020, n. 5, p. 2.

jornada laboral, disponibilidad permanente y un largo etcétera¹⁸ se proyectan bajo patrones o denominaciones conocidas, a las cuales viene a añadirse el prefijo o sufijo tecno para dotarlos de una nueva dimensión, en el sempiterno dilema derivado de los fallos en la relación demanda-recursos-control.

Lógicamente, las condiciones laborales pueden contribuir, unidas a otros factores, a magnificar los perjuicios de las consecuencias señaladas, en tanto la organización productiva puede pretender la permanente conexión del trabajador a su actividad productiva a través de las nuevas tecnologías, intentando con ello dar al cliente el mejor de los servicios y ganar su confianza aumentando con ello la fidelidad del mismo y mejorar su cuenta de resultados. Sin duda alguna dicha situación va a constituir un factor de estrés importante que puede causar trastornos físicos y psíquicos en el trabajador¹⁹, habida cuenta de que va a provocar llamadas o conexiones fuera del horario laboral, sobrecarga de trabajo, adicción (o todo lo contrario, una fobia absoluta) al mecanismo tecnológico al verse obligado a estar constantemente pendiente de él o, incluso, a verse sometido a controles no autorizados por parte del empleador.

Se produce así la aparición de un escenario donde, entre otros actores, cobran singular protagonismo el síndrome de fatiga informativa²⁰ (*data smog*), la locura multitarea (*multitasking madness*) y la “accidentabilidad informática” (*computer hassles*); a sus resultados, casi siempre, el síndrome de estar quemado por el trabajo (*burnout*), que ante el paradigma de la “maximización digital” implica el encontrarse con una enfermedad psicosocial «típica de una sociedad del cansancio productivista y de rendimiento dominada por la tecnología»²¹.

Las patologías derivadas de la masiva introducción de la tecnología en

¹⁸ Más allá de todos los señalados existe una multiplicidad de factores de riesgo que pueden incidir en la aparición del tecnoestrés, pues se trata de un listado muy amplio. *Vid.* M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *Tecno-estrés y tecno-adicciones: su problemática calificación como contingencia profesional*, en A. GARCÍA DE LA TORRE (dir.), *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, UGT, 2016, p. 191.

¹⁹ Sobre la cuestión, A. TODOLÍ SIGNES, *La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes (la llamada “reputación digital”) y la Prevención de Riesgos Laborales*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *op. cit.*, p. 473 ss.

²⁰ M.T. IGARTUA MIRÓ, *Digitalización, monitorización y protección de la salud: más allá de la “fatiga” informática*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *op. cit.*, p. 620 ss.

²¹ «Conformándose como una patología derivada de la interacción del trabajador con unas perjudiciales condiciones de trabajo, así como una inadecuada gestión del mismo que deteriora y produce el cansancio excesivo y progresivo del trabajador» (E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de la situación y propuestas de mejora*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra. 1, p. 101).

la vida y en el trabajo mueven a reflexionar sobre las dificultades para la adaptación causadas por la falta de habilidad para tratar adecuadamente con tan ingente como imprescindible bagaje, hasta el punto de poder analizar, como ya se destacó, la posibilidad de abarcar conceptos como un nuevo enfoque de la discapacidad que se puede generar ante la falta de adaptación a los avances tecnológicos.

Para paliar dicha situación, y evitar que el trabajador tenga la obligación de estar conectado permanentemente a través de las nuevas tecnologías con su quehacer productivo, se ha introducido el denominado “derecho a la desconexión”²² en el Reglamento UE 2016/679, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RPD) y en su recepción a nivel interno en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD)²³, forzando a las empresas a poner en marcha políticas de modernización tecnológica que garanticen los derechos de los trabajadores.

Pero ¿se puede hablar propiamente, entre otras muchas cuestiones, de este derecho y esa necesidad de desconexión y solo atender urgencias?, ¿es realmente posible?, ¿el empleado se atreverá a no contestar a una llamada de la empresa o directa del empresario?, ¿cuál sería la reacción de este en tal caso?, ¿se puede creer realmente en esa desconexión en la práctica?

Lo cierto es que si no se regula adecuadamente el uso continuo de las nuevas tecnologías y TIC acaba transformándose en una perpetua disponibilidad, diluyéndose «los códigos de espacio y tiempo pues normalizan su uso durante las veinticuatro horas a escala planetaria». El derecho a la desconexión constituye así una réplica «frente a la dilución de los códigos de espacio y tiempo antes descrita. Y en este sentido, los ordenamientos dan carta de naturaleza a un “nuevo derecho” para garantizar las condiciones de descanso y el aislamiento de los trabajadores, pero también para preservar los derechos de conciliación de la vida personal

²² Sobre la materia, M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados*, en *esta Revista*, 2020, n. 1, p. 210 ss., o M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408, p. 167 ss.; M.C. ARRUGA SEGURA, *Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 15, p. 58 ss.; F. TRUJILLO PONS, *Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo*, *ibidem*, 2023, n. 18, p. 128 ss.

²³ M. MIÑARRO YANINI, *El sistema de Prevención de Riesgos Laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión*, o J.M. QUÍEZ MORENO, *La necesaria evaluación de riesgos y adopción de medidas preventivas para una correcta política empresarial y eficacia real de la desconexión digital*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *op. cit.*

y familiar en planos paralelos de protección»²⁴.

Aunque bienvenidas sean todas las iniciativas en este aspecto apoyando todos los pasos emprendidos, aunque cabe pedir más, en tanto parece que no vienen sino a constituir un “parche”²⁵, al no afrontar de manera global y transversal el problema, poniendo únicamente remedio a determinadas cuestiones consideradas más trascendentes por el legislador. La verdad es que aún quedan muchos tópicos fuera de ambas regulaciones, habida cuenta de que «la promulgación de una norma específica en materia de protección de datos aplicable a los centros de trabajo, aunque supone un avance, no resuelve, por tanto, todos los problemas suscitados en el ámbito laboral, dadas las situaciones heterogéneas y cambiantes en los diversos sectores productivos y, sobre todo, la constante innovación tecnológica y sus efectos en el seno de la empresa»²⁶.

En este punto, la jurisprudencia ha sido, es y seguirá siendo fundamental en la construcción de un marco jurídico adecuado alrededor de todas estas cuestiones²⁷. En este sentido, no faltan pronunciamientos que han señalado cómo la sobrecarga digital puede ser un factor de riesgo psicosocial y que deben evaluarse y aplicarse medidas protectoras, debiendo la sobreexposición digital que genera la organización contemporánea del trabajo en la persona del trabajador ser proporcionada, así como lo menos invasiva posible para su vida, tanto dentro de la jornada laboral como, de forma más intensa aún, fuera de ella²⁸.

Igualmente, la negociación colectiva resulta fundamental, pues se erige en el medio para adaptar a las necesidades propias de cada empresa o sector de actividad, los mandatos legales y cualquier otro tipo de protocolo o formas de actuación en la materia de riesgos digitales. Ahora bien, lo cierto es que las normas colectivas se encuentran aún ciertamente huérfanas de previsiones en esta materia y, aun cuando en materia preventiva se pueden encontrar numerosas cláusulas, pocas son las que hacen referencia a los riesgos generados por las nuevas tecnologías.

²⁴ F. ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, p. 12 ss.

²⁵ R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C. GONZÁLEZ VIDALES, *op. cit.*, p. 3.

²⁶ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi, 2019, p. 31.

²⁷ Al respecto, M.A. PURCALLA BONILLA, *Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 218, pp. 74-77.

²⁸ En tal sentido, STSJ Asturias 27 diciembre 2017 (AS 3058), que establece, respecto al control vía GPS, cómo únicamente debe atenderse durante la jornada, obligando a la empresa a poner en marcha procedimientos que permitan desactivarlo, vulnerando toda extralimitación en el uso de este dispositivo, por una parte, el derecho a la intimidad, pero también, por otra, el derecho a la integridad (identidad) psicosocial.

4. El contenido preventivo en torno a las nuevas tecnologías recogido en los convenios colectivos

Son numerosos los convenios que prevén medidas e incluyen cuestiones relativas a la Prevención de Riesgos Laborales frente a los riesgos tecnológicos y digitales. La remisión a la normativa general se produce al señalar cómo «en esta materia se estará a lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) y sus normas de desarrollo», aun cuando matizando que «especialmente en lo que se refiere a usuarios de pantallas de visualización de datos (PVD)»²⁹, en tanto «las partes se comprometen a observar y cumplir las disposiciones contenidas en la normativa que sobre seguridad y salud laboral se encuentren vigentes en cada momento, y de forma especial las contenidas en: [...] b) El Real Decreto 488/97, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud, relativas al trabajo con equipos que incluyen PVDs, y R.D. 486/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; c) La Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos que incluyan pantallas de visualización, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo; [...] e) El Protocolo de reconocimientos médicos para usuarios de PVD del Ministerio de Sanidad»³⁰.

En algún supuesto la negociación, junto con la normativa anterior, se remite a las recomendaciones contenidas en:

- La Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos que incluyan pantallas de visualización, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo;
- La Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de los lugares de trabajo, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo;
- El Protocolo de reconocimientos médicos para usuarios de pantallas de visualización del Ministerio de Sanidad³¹.

²⁹ Art. 29, Convenio colectivo de Recauchutados Córdoba; art. 106, Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro; art. 79.2, Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

³⁰ Art. 36, Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales.

³¹ Art. 45, III Convenio colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar.

Frente a la evaluación de riesgos en este ámbito, no faltan normas en torno a la materia de ergonomía y psicología aplicada, en la cual «serán de aplicación las normas y disposiciones sobre evaluación de riesgos psicosociales que tiene establecidas o pueda establecer el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Se evaluará de forma especial aquellas actividades o puestos de trabajo expuestos a radiaciones de pantallas de cualquier tipo, a alta sonoridad a limitaciones de aireación, etc.»³².

Otras previsiones siguen un similar camino, ya que, «a la hora de realizar la evaluación de riesgos, pondrá especial atención en aquellos de carácter ergonómico y postural, así como el trabajo con video-terminales y pantallas de visualización [...]. Igualmente, se evitarán al máximo los riesgos psíquicos y organizacionales. A tal efecto el Departamento de Recursos Humanos velará para que no se produzcan dilatadas jornadas de trabajo o de presencia del personal en las instalaciones»³³.

No faltan convenios que regulan específicamente la evaluación y control de Riesgos Psicosociales, directamente entroncados con las nuevas tecnologías en numerosos casos, de forma tal que «periódicamente se llevarán a cabo evaluaciones de los riesgos psicosociales con el objetivo de alcanzar un entorno adecuado para los/as Trabajadores/as. A tal efecto se establece con carácter general una periodicidad de 5 años, sin perjuicio de que puedan llevarse a cabo en un plazo distinto en función de las necesidades de cada momento. Si el plazo de tiempo propuesto fuera superior a 5 años se requerirá su aprobación por una mayoría de los miembros del Comité de Seguridad y Salud y, en todo caso, 2/3 de la parte social. [Así,] las Empresas se comprometen a utilizar los métodos de evaluación más adecuados en función del tipo de riesgo psicosocial que se quiera evaluar, haciendo el seguimiento conveniente conforme a los resultados obtenidos, de los que se derivarán las correspondientes medidas preventivas y/o oportunidades de mejora. La metodología será la misma para todas las Empresas, salvo en aquellas actuaciones puntuales que hagan conveniente un tratamiento específico más acorde al objeto establecido. En cualquier caso, para la determinación de la metodología a utilizar se requerirá la aprobación por una mayoría de los miembros del Comité de Seguridad y Salud y, en todo caso, 2/3 de la parte social»³⁴.

Cuando la evaluación «exija la realización de mediciones, análisis o

³² Art. 76, II Convenio colectivo del Grupo ASV Servicios Funerarios.

³³ Art. 69, IV Convenio colectivo de Movistar+ (DTS, Telefónica Audiovisual Digital y Compañía Independiente de Televisión).

³⁴ Art. 40, III Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España.

ensayos, cuyos métodos no estén concretados en la normativa de prevención, se podrán utilizar los métodos o criterios contenidos en: a) Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos que incluyan pantallas de visualización de datos, del Instituto nacional de seguridad e higiene en el trabajo»³⁵.

Destacar la existencia de convenios en los cuales se regula el desarrollo de una Prevención específica «en lo que se refiere a las nuevas tecnologías informáticas, las empresas, oído el Comité de Seguridad y Salud o la representación legal de las personas trabajadoras que desempeñen tales funciones, observarán aquellas medidas preventivas necesarias para que las condiciones y medios de trabajo no alteren la salud de la persona trabajadora, facilitando las medidas ergonómicas suficientes para que las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras que de forma preferente maneje aparatos informáticos, no incida especialmente por este motivo en la salud de la persona trabajadora, tales como: luminosidad ambiental, eliminación de reflejos luminosos, mobiliario anatómico y funcional, etc.», de forma tal que desde las empresas «se prestará especial atención para garantizar que de la utilización de los equipos que incluyen pantallas de visualización por las personas trabajadoras no se deriven riesgos para la seguridad y salud de los mismos»³⁶.

En ocasiones se hace referencia a las competencias y facultades del comité de seguridad y salud en este ámbito, al destacar entre estas la participación «en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa, a tal efecto, en su seno se debatirán, antes de su puesta en práctica y en lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos, los proyectos en materia de planificación, organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías, organización y desarrollo de las actividades de protección y proyecto y organización de la formación en materia preventiva»³⁷.

Entre las funciones que se les pueden dar estos órganos cabe señalar cómo «el Comité de seguridad y salud laboral, como órgano paritario entre la Empresa y los/las trabajadores/as, velará, con las facultades que le otorga la normativa vigente, por el cumplimiento de la normativa de Seguridad y Salud Laboral y particularmente sobre los riesgos que puedan existir en el

³⁵ Art. 32, III Convenio colectivo estatal del personal de estructura del Grupo Mercantil ISS.

³⁶ Art. 79.2, Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

³⁷ Art. 40, Convenio colectivo de Michelin España Portugal para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo).

trabajo con video terminales»³⁸.

En alguna entidad pública pueden encontrarse previsiones como la que establece que «el CGSSL entenderá en todas las cuestiones relacionadas con la política de prevención de riesgos laborales y salud laboral en la Empresa y específicamente en las siguientes cuestiones [...]: d) El estudio previo del impacto en salud laboral de los proyectos en materia de planificación, organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías»³⁹.

Ciertas normas, sin mencionar la materia preventiva, señalan cómo «las personas trabajadoras tienen derecho a recibir una formación teórica y práctica suficiente y adecuada tanto en el momento de su contratación como periódicamente, cuando se produzcan cambios en las funciones, se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo»⁴⁰.

Respecto a la información y participación, pueden encontrarse previsiones convencionales destacando a los delegados de Prevención, pues la empresa mantendrá los medios adecuados para que «sean puntualmente informados acerca de los programas anuales destinados a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como de aquellas otras acciones que con el mismo fin se adopten puntualmente. Una vez informados, los Delegados de Prevención podrán emitir sus opiniones, dictámenes, conclusiones o sugerencias, en los términos establecidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales [...]. Del mismo modo, los citados Delegados de Prevención deberán ser informados de todas aquellas decisiones que se adopten relativas a la tecnología y organización del trabajo, que tengan repercusión sobre la salud de los trabajadores»⁴¹.

En materia de formación e información algún convenio señala que los trabajadores «tienen derecho a la información y formación sobre las condiciones de su trabajo, sobre las características de su actividad y de su centro de trabajo, sobre la maquinaria y tecnología empleada y sobre todos los demás aspectos del proceso laboral que de alguna forma pudieren representar riesgo para su salud o seguridad personal en el trabajo»⁴².

Asimismo, en determinados sectores «serán prioritarias la promoción e intensificación de acciones organizativas, formativas e informativas de signo prevencionista que permitan a los trabajadores acomodarse a los

³⁸ Art. 46, XI Convenio colectivo La Vanguardia Ediciones.

³⁹ Art. 92.6.4.d, III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E.

⁴⁰ Art. 63, Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España.

⁴¹ Art. 59, Convenio colectivo del Grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, NED España Distribución Gas, NED GLP Suministro y Nortegás Energía Grupo).

⁴² Art. 76, II Convenio colectivo del Grupo ASV Servicios Funerarios.

cambios organizativos inherentes a las nuevas tecnologías»⁴³.

En materia de formación algún convenio establece que se garantizará «cualquiera que sea la modalidad o duración de su contrato, una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada en materia de seguridad y salud y, en particular en forma de informaciones e instrucciones tanto en el momento de su contratación, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambio en los equipos de trabajo. Dicha formación deberá adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de nuevos riesgos y repetirse periódicamente»⁴⁴.

En este sentido, para algunas empresas «la formación es un valor estratégico que facilita tanto a las personas trabajadoras como a las Empresas, una mejor adaptación a las nuevas tecnologías, así como su adecuación a unos entornos laborales y de negocio en constante y permanente evolución. Por ello, todas las personas que componen las plantillas de las entidades tienen como uno de sus deberes laborales, la necesidad de una permanente actualización y adecuación de sus conocimientos y habilidades tecnológicas aprovechando los instrumentos formativos y medios que, con esta finalidad, las Empresas pongan a su disposición»⁴⁵.

Otros consideran que dicha formación «constituye uno de los pilares fundamentales de la prevención de riesgos laborales, por lo que la Empresa garantizará que cada trabajador/a reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o en los equipos de trabajo o se introduzcan nuevas tecnologías»⁴⁶.

Así, no faltan convenios que «consideran de la máxima importancia la formación del personal para posibilitar la eficacia en el desempeño de los puestos, su permanente adecuación profesional a los cambios organizativos y tecnológicos y potenciar sus expectativas de promoción y desarrollo profesional»⁴⁷. En tal sentido «la Empresa facilitará los medios precisos al efecto y, por su parte, los trabajadores aceptan el compromiso de adquirir los conocimientos y destrezas necesarios para actualizar su competencia profesional, tanto en el ámbito de la especialidad de su puesto de trabajo, como en el de las especialidades conexas. Para ello, se comprometen a acudir a los cursillos que se organicen, tanto interna como externamente, a

⁴³ Art. 70, Acuerdo marco del sector de la pizarra.

⁴⁴ Art. 72, Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España.

⁴⁵ Art. 74, XXIV Convenio colectivo del sector de la banca.

⁴⁶ Art. 65, Convenio colectivo de Nordex Energy Spain (centros de Navarra y Castellón).

⁴⁷ Art. 32, VIII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo.

tales fines»⁴⁸. Esta formación «respetará el principio de igualdad de oportunidades, la diversidad y estará alineada con la estrategia de Iberdrola Grupo, impulsando: e) La digitalización y una cultura de aprendizaje alineada con los retos actuales y futuros»⁴⁹.

Los hay que señalan que «con objeto de favorecer la profesionalización y mejora permanente de la formación continua en las empresas regidas por este convenio, las partes consideran que la misma debe orientarse a: [...] c) Adaptarse a los cambios motivados tanto por procesos de innovación tecnológica, como por nuevas formas de organización de trabajo»⁵⁰.

Ahora bien, y por lo que aquí interesa, en este campo cabe destacar previsiones señalando que «se entienden como prioritarias la promoción e intensificación de acciones organizativas, formativas e informativas de signo prevencionista que permitan al personal acomodarse a los cambios organizativos que las nuevas tecnologías puedan traer consigo preservando su salud física, mental y social, entendida como el concepto integral formulado por la Organización Mundial de la Salud»⁵¹.

En materia de vigilancia de la salud es habitual establecer previsiones, especialmente en materia de pantallas de visualización, fijando obligaciones frente «a los/las usuarios/as de pantallas de visualización de datos (PVD), se les realizará una tonometría ocular cada 2 años, según recomendación del (INSSST). No PVD si PDV y habla de forma continuada no de forma discontinua (NTP 174)»⁵², llevando a cabo la empresa «revisiones médicas específicas para aquel personal que preste servicios frente a un ordenador»⁵³.

En algunos ámbitos, se aplicarán los protocolos para los reconocimientos médicos «derivados de considerarse usuarios de pantallas de visualización del Ministerio de Sanidad, con especial valoración de los riesgos que puedan afectar a trabajadoras en situación de embarazo o parto

⁴⁸ Art. 11, III Convenio colectivo de Enercon Windenergy Spain.

⁴⁹ Art. 32, VIII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo, el cual destaca cómo «para cada persona trabajadora, ocupación y polifunción o funciones asociadas, se estudiarán sus necesidades de formación a través de la detección de necesidades de formación anual y en cualquier momento, en caso de cambio de ocupación, y/o cambio tecnológico relevante. Adecuándose en cada momento a las necesidades tecnológicas, digitales y de habilidades necesarias para el correcto desarrollo de su puesto de trabajo».

⁵⁰ Art. 55, III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural.

⁵¹ Art. 70, XX Convenio colectivo general de la industria química.

⁵² Anexo 13, Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Siemens.

⁵³ Anexo III, VII Convenio colectivo intersocietario de Roca Corporación Empresarial y Roca Sanitario.

reciente, y personas especialmente sensibles a determinados riesgos (Cuestionario de función visual; reconocimiento oftalmológico; cuestionario de síntomas osteomusculares; examen del sistema osteomuscular; cuestionario de características de la tarea; cuestionario de la valoración de la carga mental)»⁵⁴.

Igualmente, no faltan previsiones respecto a que «los reconocimientos médicos obligatorios se realizarán durante la jornada de trabajo y serán los siguientes: a) Cuando la persona empleada esté, o sea destinada a un puesto de trabajo en donde tengan que utilizar, en la mayor parte de su jornada laboral, pantallas informáticas, pasará una revisión oftalmológica en/a través de los Servicios Médicos del Centro [...]. Esta revisión se realizará anualmente o, antes, a petición de la persona interesada [...]. Si los Servicios Médicos detectaran en estas revisiones alguna anomalía de visión propondrán a la Dirección las medidas que al respecto se estimen oportunas»⁵⁵.

También «se hará especial hincapié en la prevención y vigilancia de la salud de los riesgos derivados de las herramientas habituales de uso en la profesión bancaria, como pueden ser las pantallas de ordenador o similares incluyendo la verificación de los requisitos de diseño y acondicionamiento ergonómico del puesto de trabajo»⁵⁶.

En esta línea, en algunos casos se establece una pauta temporal, pues «la empresa garantizará la realización de al menos un reconocimiento médico anual, siendo éste realizado en óptimas condiciones e incluyendo el mismo la realización de una revisión oftalmológica y audiométrica, a aquellas personas trabajadoras que lo deseen y que habitualmente trabajen con pantallas de vídeo y/o equipos de sonido. El Comité de Seguridad y Salud Laboral establecerá la necesidad de realizar reconocimientos médicos periódicos y específicos al personal que por su actividad se considere necesario»⁵⁷. En otros convenios se establece que a estos trabajadores «se les realizará una tonometría ocular cada 3 años, según recomendación del INSHT»⁵⁸.

La importancia que a la salud visual se pueda conceder en algunas empresas se plasma en la previsión de ayudas en este campo, pues «con el fin de preservar la visión de las personas trabajadoras de redacción que ejercen su labor (gráfica y/o literaria) diariamente con pantallas de

⁵⁴ Art. 39, Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales.

⁵⁵ Cláusula IX.8, II Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife.

⁵⁶ Art. 61.6, XXIV Convenio colectivo del sector de la banca.

⁵⁷ Art. 68, IV Convenio colectivo de Movistar+.

⁵⁸ Anexo 15, Convenio colectivo de Siemens Mobility.

ordenador, tabletas, teléfonos móviles y otros soportes digitales en que se requiere una concentración máxima y continuada, y diligente en su atención y concentración, y puedan sufrir pérdida de visión por su tarea habitual y continuada o por un percance accidental en su quehacer laboral diario o necesiten, siempre por prescripción facultativa aportada documentalmente, el cambio de lentes, lentillas, e incluso una corrección visual por medio de una intervención quirúrgica, recibirán una subvención anual máxima de 350,00 euros por año y trabajador»⁵⁹.

De especial interés e importancia en el ámbito de la vigilancia de la salud resultan previsiones relativas a la realización de estudios previos por parte de los Servicios médicos, los cuales «deben conocerse los riesgos de las nuevas tecnologías y llevar a cabo investigaciones y estudios epidemiológicos, continuando con esa larga tradición que tiene la Medicina del Trabajo como fuente de conocimientos, a fin de establecer conexiones etiológicas»⁶⁰.

En el ámbito de las nuevas tecnologías, la desconexión resulta un punto de especial interés e importancia. Algún convenio señala la desconexión como un derecho del trabajador, por lo que no obliga, lo que puede generar problemas de ansiedad u otros, al determinar «que la desconexión digital es un derecho para las personas trabajadoras y no una obligación para la empresa, pudiendo escoger hacer uso o no. Este derecho se vería excepcionado para aquellas personas que ocupan puestos directivos con un cargo de responsabilidad en la empresa, cuyas funciones exigen plena disponibilidad, siendo estos puestos los que se recogen a continuación: Comité de Dirección, Directores de Negocio y Gerentes»⁶¹.

Pocas son las normas surgidas de la negociación que establecen este derecho a la desconexión como una parte de las obligaciones preventivas, pero resulta posible destacar cómo en ocasiones «se establece la necesidad de proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras mediante el

⁵⁹ Art. 23, Convenio colectivo de El Periódico de Catalunya para los años 2022 y 2023, el cual señala que «en el momento en que Empresa y la Representación de las personas trabajadoras consensuen un listado de centros colaboradores, será preceptivo acudir a los mismos para tener derecho a esta subvención. En todos los casos, será imprescindible para tener acceso a la subvención, la prescripción facultativa nominal del trabajador/a tanto en lo que respecta a la pérdida de visión como a las posibles intervenciones correctoras de la visión».

⁶⁰ Cláusula IX.7, II Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife.

⁶¹ Art. 65, Convenio colectivo de CTC Externalización, el cual señala estas cuestiones «sin perjuicio de lo anterior, a pesar de que la empresa se esfuerza en promover una cultura que disminuya las conexiones voluntarias realizadas fuera de la jornada laboral ordinaria, éstas no serán consideradas contrarias al derecho a la desconexión o imputables a la empresa».

cumplimiento minucioso en lo concerniente a los tiempos de trabajo y a los mínimos períodos de descanso necesario, además de una conveniente organización y utilización de los recursos tecnológicos para la prestación del trabajo que garantice el derecho al descanso y a la conciliación de la vida familiar y laboral». En este sentido la norma prevé que las empresas elaboren «protocolos, instrucciones, guías y un plan acciones de formación y sensibilización sobre la protección y respeto del derecho a la desconexión digital y laboral y sobre un uso razonable y adecuado de las TIC que evite el riesgo de fatiga informática, dirigidas a todos los niveles de la organización, y para ello pondrá a disposición de todas las personas trabajadoras, la información y/o formación necesaria»⁶².

Se trata, entre otras cuestiones, de «mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y contribuir a la optimización de la salud laboral del conjunto de las personas trabajadoras»⁶³.

Una interesante medida con el fin de que el derecho a la desconexión digital y laboral sea efectivo, «la Empresa garantizará que el ejercicio de este derecho por parte de las personas trabajadoras no conllevará medidas sancionadoras, ni tampoco podrá influir de manera negativa en sus evaluaciones de desempeño, ni en sus posibilidades de promoción»⁶⁴.

En ocasiones se destaca cómo, «en lo que se refiere a las nuevas tecnologías informáticas, y de conformidad con la normativa oficial sobre la materia, las empresas, oído el comité de seguridad y salud o la representación legal de los trabajadores que desempeñen tales funciones, observarán aquellas medidas preventivas necesarias para que las condiciones y medios de trabajo no alteren la salud del personal, facilitando las medidas ergonómicas suficientes para que las condiciones de trabajo del personal que de forma preferente maneje aparatos informáticos, no incida especialmente por este motivo en la salud del personal, tales como: luminosidad ambiental, eliminación de reflejos luminosos, mobiliario anatómico y funcional, ruidos, etc.»⁶⁵.

Respecto a estas video terminales se pueden encontrar previsiones respecto a la sustitución de actividades o, en su defecto, al descanso de su uso, como aquellas en las que «la Dirección de la Empresa procurará que la organización del trabajo en todos los puestos con video terminales esté programada de tal manera que permita sustituir la actividad en el video

⁶² Art. 18.7, Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el período 2019-2022.

⁶³ Anexo 4, Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones.

⁶⁴ Art. 53.4, VIII Convenio colectivo de Decathlon España.

⁶⁵ Art. 55, Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2019-2022.

terminal por otra distinta dentro de su trabajo. Sólo en aquellos supuestos en los que la organización del trabajo impida la realización de actividades alternativas al trabajo ante el video terminal, tendrá derecho el trabajador a un periodo de descanso de diez minutos dentro de cada hora de trabajo efectivo ante dicho video terminal, sin que por ningún motivo tales descansos puedan ser acumulables»⁶⁶.

En otros se matiza que, «además de los descansos señalados en este Convenio, y sin que sean acumulativas a los mismos, y también con la consideración de tiempo efectivo de trabajo, el personal que desarrolle su actividad en pantallas de visualización de datos, disfrutará de ocho pausas de cinco minutos cada una de ellas, en jornadas de trabajo de 8 horas. Para jornadas inferiores a ocho horas, se tendrá derecho a tantas pausas de forma proporcional a la parte de la jornada reducida. Dichas pausas no serán acumulativas entre sí»⁶⁷.

En este sentido, el trabajo «en terminales de ordenador conlleva unas características que pueden derivar en situaciones de estrés y otras enfermedades laborales. Para lo cual quienes presten su servicio en cualquiera de estos puestos de trabajo deberán tener la posibilidad de un sistema de organización del trabajo que les permita poder intercalar sus diferentes funciones con el fin de no permanecer demasiado tiempo continuo frente a la pantalla, facilitando así la disminución del riesgo laboral. Igualmente, disfrutarán de una pausa mínima de 10 minutos por cada dos horas de trabajo continuado en pantallas en el caso en que por razones organizativas deba permanecer más de ese tiempo trabajando en pantallas»⁶⁸.

De tal forma, «todos aquellos trabajadores que utilicen de modo continuado pantallas de ordenador, tendrán derecho a un descanso de 5 minutos por cada hora de trabajo efectivo, que nunca serán compensables económicamente ni acumulables. [En este sentido y] a tales efectos y teniendo en cuenta la organización del trabajo, los superiores funcionales distribuirán la forma en que hayan de disfrutarse estos descansos, para asegurar la continuidad de la operación»⁶⁹.

⁶⁶ Art. 61, Resolución de 13 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de Diario ABC.

⁶⁷ Art. 37, Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, que establece que «corresponderá a la empresa la distribución y forma de llevar a cabo dichas pausas, organizándolas de modo lógico y racional en función de las necesidades del servicio, sin que tales pausas puedan demorar, ni adelantar, su inicio más de 15 minutos respecto a cuando cumplan las horas fijadas para su ejecución [...]. En el Área de prestaciones de la División de Contact Center, el tiempo mínimo entre llamada será de 7 segundos».

⁶⁸ Art. 49, Convenio colectivo de Uniprex.

⁶⁹ Art. 51, XI Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig, sucursal en España.

De evidente interés, aun cuando no incluyan previsiones específicamente preventivas, resultan las estipulaciones sobre la implantación de nuevas tecnologías, pues el Comité de Empresa «será informado con la debida antelación por la Dirección de los planes de reconversión tecnológica que se vayan a llevar a cabo, exponiendo su alcance y las repercusiones económico-laborales que puedan llevar consigo», lo que debería incluir las cuestiones relativas a la Seguridad y Salud en el Trabajo, en tanto en cuanto «la Dirección se compromete a mantener con dicho Comité un sistema de seguimiento permanente hasta la implantación de la nueva tecnología y sus consecuencias en los sectores afectados», promoviendo, como consecuencia de las renovaciones tecnológicas «las acciones necesarias para favorecer la capacitación y adaptación del personal afectado»⁷⁰.

En ocasiones se prevé un período de formación o adaptación técnica no inferior a un mes y que las modificaciones sean comunicadas «con carácter previo a los Representantes de los Trabajadores en el plazo suficiente para poder analizar y prever sus consecuencias en relación con: empleo, salud laboral, formación y organización del trabajo»⁷¹, aspectos éstos sobre los que «deberán ser consultados. Asimismo, se facilitará a las personas trabajadoras afectadas la formación adecuada y precisa para el desarrollo de su nueva función [...] [implicando la introducción de nuevas tecnologías], si procede, la actualización de la evaluación de riesgos laborales»⁷².

En esta línea, «toda ampliación o modificación de las instalaciones de los establecimientos, de su maquinaria o de la tecnología aplicada a los diversos puestos de trabajo comportará necesariamente una evaluación de los riesgos para la salud y seguridad laboral que pudiere contener, así como su puesta en conocimiento, bien a los representantes de las personas trabajadoras o, en su defecto, a las personas trabajadoras afectadas»⁷³.

A veces en materias como coordinación de actividades empresariales se pueden encontrar previsiones estableciendo que «en toda modificación

⁷⁰ Art. 33, Resolución de 13 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de Diario ABC.

⁷¹ Art. 11, Convenio colectivo de CEPL Iberia. «Las personas trabajadoras destinadas al puesto de trabajo modificado recibirán la formación necesaria para el desarrollo de sus funciones, bien directamente de la Empresa o bien a través de planes de formación concertados con el Servicio Público de Empleo Estatal u otros Organismos competentes. Del régimen de dicha formación: trabajadores afectados, características, duración, horario y presupuestos a ella dedicados, se dará información a los Representantes de los Trabajadores».

⁷² Art. 10, XX Convenio colectivo general de la industria química.

⁷³ Art. 76, II Convenio colectivo del Grupo ASV Servicios Funerarios.

del proceso o tareas se procurará que la nueva tecnología o procesos productivos no generen nuevos riesgos. Cuando se implanten nuevas tecnologías, se añadirán todas las medidas preventivas para evitar los posibles riesgos que pudieran ocasionar las nuevas implantaciones»⁷⁴.

Una forma poco recogida en los convenios en relación con las nuevas tecnologías y la digitalización la constituye la posibilidad de la aparición de casos de ciberacoso, estableciendo una «tolerancia cero en el ámbito laboral frente a cualquier tipo de acoso, incluido el “ciberacoso laboral” en sus diferentes manifestaciones», de forma tal que «se hace preciso tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo y del uso masivo de las tecnologías de la información y comunicación, para la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral, como complemento necesario al “Procedimiento de actuación en supuestos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo en el trabajo”»⁷⁵.

Así, algún convenio ha establecido la definición del ciberacoso laboral como «todo comportamiento de violencia psicológica, de comportamientos humillantes o vejatorios que adoptan múltiples formas, realizado a través de medios tecnológicos de amplio contenido, realizado generalmente, por uno o varios superiores o compañeros y compañeras de trabajo (ámbito laboral), de forma, ocasional o única pero de gran intensidad dañosa, o recurrente y sistemática y, con el fin de destruir a la persona trabajadora acosada (en su salud, en su integridad física y psíquica)», al tiempo que se ha establecido la delimitación de posibles conductas que se entienden como constitutivas de ciberacoso laboral, en tanto en cuanto todos los comportamientos susceptibles de ser considerados como conductas de acoso «se pueden producir actualmente también a través de dispositivos tecnológicos y terminan generando por general, un mal ambiente de trabajo

⁷⁴ Art. 43, Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional.

⁷⁵ Anexo V.2.18, II Convenio colectivo de Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, el cual destaca cómo «es indudable que los avances tecnológicos y las TICs provocan que estemos ante una nueva realidad, haciendo más ágil nuestro entorno y a la sociedad, con unas relaciones laborales y personales más interconectadas, en las que se crean nuevos y mayores riesgos que necesariamente hay que prevenir, ya que pueden derivar en importantes consecuencias perjudiciales para las personas, las organizaciones y a la propia sociedad. Entre estos nuevos riesgos destaca el denominado “ciberacoso laboral”, ante el que la empresa debe adoptar cuantas medidas sean necesarias en cuanto suponen un comportamiento inaceptable y un claro incumplimiento del deber de buena fe contractual garantizando el debido respeto a la dignidad de todas las personas trabajadoras».

con importantes repercusiones en la salud de la empresa», de forma tal que, a modo de «catálogo inventario o catálogo abierto, no de lista cerrada, se relacionan las prácticas más frecuentes y comunes de “ciberacoso laboral” en sus distintas modalidades: distribuir en internet imágenes o datos delicados o comprometidos, dar de alta en sitio web para estigmatizar o ridiculizar a la víctima, crear un perfil falso en nombre de la víctima con demandas sexuales, usurpar identidad de la víctima para hacer comentarios ofensivos, dar de alta el email de la víctima para convertirla en blanco de spam y contacto con desconocidos, acceder al ordenador de la víctima, distribuir falsos rumores de la víctima sobre un comportamiento reprochable de forma que quienes lo lean reaccionen y tomen represalias en contra de la víctima perjudicada, enviar mensajes ofensivos, hostigadores, amenazantes e incomodar y perseguir a la víctima en espacios de internet que frecuenta, uso del teléfono móvil como instrumento de acoso o acciones de presión permanente a través de TICs para actuar conforme a las solicitudes del acosador»⁷⁶.

5. A modo de breve conclusión

La influencia que todos los cambios y avances han tenido, están teniendo y tendrán en un futuro en materia preventiva es amplia y fuerte. A la vista de lo ya experimentado y todo lo que ya es presente en el actual mundo del trabajo, pretender conjeturar o avanzar mínimamente lo que aún está por llegar es prácticamente ciencia ficción y contagia cierto vértigo si se atiende a cuestiones como las nuevas formas de trabajo con el avance de la externalización y el teletrabajo, la digitalización, los riesgos psicosociales emergentes, el tecnoestrés, el creciente envejecimiento, la dificultad de la desconexión tecnológica y su influencia en el ser humano, la nanotecnología, la robótica... La respuesta en este ámbito del conocimiento y en el Derecho Laboral en general resulta aún parca e insuficiente, pero con muy diversas orientaciones. Evidentemente, los

⁷⁶ Anexo V.2.18, II Convenio colectivo de Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, de acuerdo con el cual, «en los supuestos de ciberacoso se aplicará el procedimiento de actuación en supuestos de acoso laboral previsto en el II Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas (Anexo VII). Asimismo, le resulta de aplicación lo establecido en el artículo 168 del II Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas en cuanto en el mismo se regula de manera específica la utilización de dispositivos digitales corporativos, software y aplicativos, correo electrónico, sistema de mensajería y herramientas sociales y colaborativas, acceso a internet».

cambios y la apertura de nuevos caminos de adaptación requiere de un amplio estudio, precisando los criterios jurídicos de tiempo para solidificarse, sin embargo, y aun cuando el Derecho siempre va por detrás de las necesidades sociales, en este punto no se puede ir con retraso ante la importancia de los bienes a proteger y las repercusiones que a todos los niveles, y muy especialmente en el mundo del trabajo, poseen en nuestra sociedad los avances científicos y tecnológicos.

Las posibilidades, por tanto, son múltiples y muchas las vías a explorar y aunque, eso sí, la respuesta, por el momento, de los reguladores del mundo del trabajo está siendo, inicialmente, de enfoque, cabe analizar ideas como un nuevo enfoque de la discapacidad que se puede generar ante la falta de adaptación a los avances tecnológicos, la velocidad de los cambios en el mundo laboral notablemente incrementada o los efectos sobre el sistema de cotización de la posible disminución en la cantidad de empleo estable que conllevará la paulatina automatización y nuevas formas de organización empresarial que ya estamos viviendo.

Por su parte, los convenios abordan desde distintas perspectivas la cuestión de las nuevas tecnologías, digitalización y Prevención de Riesgos Laborales. Sin embargo, no son demasiado numerosas las cláusulas convencionales sobre la materia de manera específica.

Generalmente, las normas se centran en su mayoría en la cuestión relativas a los riesgos generados por el uso continuado de pantallas de visualización en el trabajo.

Como norma general, se reconoce en la mayor parte de los convenios el derecho a la desconexión digital. Ahora bien, rara vez se especifica nada respecto a la parte preventiva que comporta este tipo de medidas. Básicamente se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no atender dispositivos digitales puestos a disposición por las empresas para la prestación laboral, fuera de su jornada de trabajo y durante el tiempo destinado a permisos, licencias, vacaciones, excedencias o reducciones de jornada a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. Sin embargo, son escasos los convenios que lo abordan también desde un necesario punto de vista prevencionista.

6. Bibliografía

- ALEMÁN PÁEZ F. (2017), *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail n° 2016-1088*, en *Trabajo y Derecho*, n. 30, pp. 12-33
- ÁLVAREZ CUESTA H. (2017), *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*, Colex
- ARRUGA SEGURA M.C. (2021), *Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 15, pp. 1-27
- CASSINI GÓMEZ DE CÁDIZ J. (2018), [*¿Influyen los cambios tecnológicos en la prevención de riesgos laborales? Algunas implicaciones jurídicas*](#), en www.legaltoday.com, 5 marzo
- CRUZ VILLALÓN J. (2020), *El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi
- DE VICENTE PACHÉS F. (2020), *Acoso en el trabajo por medio de dispositivos digitales y su repercusión en la salud de la persona trabajadora: ¿no es momento de tomarnos en serio su prevención?*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. (2018), *Ponencia: Prevención de riesgos psicosociales causados por las nuevas tecnologías*, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n. 5, pp. 171-172
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R. (2018), *Ponencia: Las adicciones provocadas por la utilización de las nuevas tecnologías: ¿nuevos factores de riesgo psicosocial?*, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n. 5, pp. 166-167
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R., GONZÁLEZ VIDALES C. (2020), [*El control empresarial del uso de las redes sociales en el lugar de trabajo: alcance y confines*](#), en [*Noticias CIELO*](#), n. 5, pp. 1-14
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2019), *Prevención de Riesgos Laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2019), *Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de la situación y propuestas de mejora*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. extra. 1, pp. 85-112
- IGARTUA MIRÓ M.T. (2020), *Digitalización, monitorización y protección de la salud: más allá de la “fatiga” informática*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi
- LÓPEZ RODRÍGUEZ J. (2018), *Caracterización jurídica del ciberacoso laboral*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo. Un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer

- MARTÍN O. (2018), *La transformación digital debe reafirmar a la persona como el centro de la prevención de riesgos laborales*, en www.muycomputerpro.com, 16 abril
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO (2015), *Industria conectada 4.0. La transformación digital de la industria española*
- MIÑARRO YANINI M. (2020), *El sistema de Prevención de Riesgos Laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi
- MOLINA NAVARRETE C. (2019), *La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. extra. 1, pp. 5-26
- MOLINA NAVARRETE C. (2019), *Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío*, en *Diario La Ley*, n. 9452, pp. 1-19
- OECD (2019), *How's Life in the Digital Age? Opportunities and Risks of the Digital Transformation for People's Well-being*
- OIT (2019), *Seguridad y Salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar cien años de experiencia*
- PALOMO ZURDO R.J., REY PAREDES V. (2019), *Retos e incertidumbres del proceso de transformación digital de la economía y de la sociedad*, en *Derecho Digital e Innovación*, n. 3, pp. 1-20
- PURCALLA BONILLA M.A. (2019), *Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 218, pp. 55-86
- QUÍEZ MORENO J.M. (2020), *La necesaria evaluación de riesgos y adopción de medidas preventivas para una correcta política empresarial y eficacia real de la desconexión digital*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2019), *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi
- TODOLÍ SIGNES A. (2020), *La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes (la llamada "reputación digital") y la Prevención de Riesgos Laborales*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi
- TRUJILLO PONS F. (2023), *Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 18, pp. 1-27

- 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
- VALLECILLO GÁMEZ M.R. (2017), *El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 408, pp. 167-178
- VALLECILLO GÁMEZ M.R. (2016), *Tecno-estrés y tecno-adiciones: su problemática calificación como contingencia profesional*, en A. GARCÍA DE LA TORRE (dir.), *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, UGT

La digitalización empresarial como factor desencadenante de despidos colectivos

Ana CASTRO FRANCO*

RESUMEN: Si a la transformación digital se une la innovación a través de la inteligencia artificial, la robotización u otros avances de la ciencia y de la técnica, cabe – y cabrá en mayor medida – asistir a un cambio sustancial en el paradigma del empleo, con pérdidas de numerosos puestos de trabajo y el obligado reto de descubrir otros yacimientos que los puedan sustituir. Movimiento en el cual el despido colectivo está llamado a cubrir una doble expectativa, en cuanto punto final de los empleos que desaparecen, pero también vía de encuentro para comenzar la reconstrucción, a través de una fructífera interlocución en el periodo de consultas. En su seno, estarán llamadas a jugar un papel fundamental medidas destinadas tanto a aliviar las consecuencias negativas para los afectados, como a acompañar en la aventura a quienes no encuentren una nueva ocupación mediante un paraguas de protección capaz de proporcionarles cobertura hasta que la obtengan.

Palabras clave: Automatización, inteligencia artificial, empleo, despidos colectivos, Directiva 98/59/CE, competitividad empresarial.

SUMARIO: 1. Digitalización y reestructuración empresarial en Europa. 2. Las causas empresariales en contraposición a las causas ETOP. 2.1. Delimitación histórica de las causas ETOP. 2.2. El contraste con la fórmula de la Directiva 98/59/CE. 2.3. El contenido de las causas ETOP y su adecuación al Derecho comunitario. 2.4. La conexión de funcionalidad. 2.5. Las causas económicas y su relación con las causas técnicas, organizativas o de producción. 2.6. Las causas técnicas y organizativas frente a la causa económica. 2.7. Las causas productivas en el limbo entre la causa económica y las causas técnicas u organizativas. 3. La implementación de nuevas tecnológicas como causa del despido colectivo. Interpretación jurisprudencial. 3.1. Supuesto paradigmático donde no queda acreditada la necesidad de proceder al despido tras la reconversión tecnológica. 3.2. Comentario crítico a la improcedencia del despido motivado por la automatización. 3.3. Extinciones procedentes como consecuencia de introducir nuevas tecnologías. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

* Personal Docente e Investigador FPU, Ministerio de Universidades, Universidad de León (España).

Digitalisation of Companies as a Trigger for Collective Redundancies

ABSTRACT: If digital transformation is combined with innovation through artificial intelligence, robotisation or other advances in science and technology, it is possible – and to a greater extent possible – to witness a substantial change in the employment paradigm, with the loss of numerous jobs and the obligatory challenge of discovering other sources that can replace them. A movement in which collective redundancies are called upon to cover a double expectation, as the end point of the jobs that disappear, but also as a meeting point to begin reconstruction, through a fruitful dialogue in the consultation period. Measures aimed both at alleviating the negative consequences for those affected and at accompanying those who do not find a new job through an umbrella of protection capable of providing them with cover until they find one will play a fundamental role.

Key Words: Automation, artificial intelligence, employment, collective redundancies, Directive 98/59/EC, business competitiveness.

1. Digitalización y reestructuración empresarial en Europa

La digitalización es uno de los principales motores de la reestructuración empresarial en la actualidad y lo será, sin duda, en un futuro próximo. No puede aislarse, empero, de otras razones, tales como la reducción de costes o la falta de adaptación a la competencia nacional e internacional y a menudo desempeña un papel en conjunción con diversos factores. Al objeto de intentar determinar en qué medida la introducción de nuevas tecnologías es el principal desencadenante de las reestructuraciones, algunas encuestas proporcionan detalles de interés. Así, en las empresas objeto de estudio el 26% de los puestos de trabajo creados, el 39% de los destruidos, el 42% de los de los cambios de estatus y casi dos tercios (63%) de los cambios en la naturaleza de los puestos de trabajo se deben a la digitalización¹. Estos resultados sugieren que, incluso interrelacionada a otras causas, la digitalización como tal constituye una razón muy importante en los procesos de reestructuración. Ahora bien, la situación dista de ser homogénea en el panorama laboral de los Estados miembros, pues existen diferencias según el panorama general de la digitalización en cada país. En varios países los casos de reestructuración relacionada con la digitalización ya son cuantitativamente relevantes y ocupan un lugar prioritario en la agenda de negociación de los interlocutores sociales, en otros ha desempeñado hasta ahora un papel secundario. En el primer grupo se encontrarían, entre otros, Bélgica, Francia, Alemania, Suecia e Italia; en el segundo, Bulgaria, Portugal y España.

Este enfoque general debe ser completado con observaciones sectoriales y relativas a las empresas, con el fin de comprobar en qué medida la digitalización puede motivar los procesos de reestructuración. Por otra parte, los factores capaces de impulsar las modificaciones pueden ser internos (capacidades de la mano de obra, innovaciones o variaciones en el personal directivo) o externos (cambios en la demanda, alteraciones políticas o crisis financieras, entre otros)². A la luz de esta clasificación, y como supuesto por antonomasia, en el sector de los servicios financieros la transformación digital ha sido una de las causas de la reestructuración durante varios años debido a la automatización de las actividades administrativas, la banca en línea y, más recientemente, la banca telefónica móvil y las relaciones con los clientes a través de internet. Sin embargo, en los últimos tiempos ha lugar a un salto exponencial, al abarcar múltiples

¹ M. FRANSSEN, F. NAEDENOEN, F. PICHULT, *DIRE.SOC. Digitalisation and restructuring: which social dialogue? Results from the transnational survey*, European Commission, 2020.

² EUROPEAN COMMISSION, *Study on monitoring the application of the EU Quality Framework for anticipation of change and restructuring*, 2018.

ámbitos nuevos, como la inteligencia artificial (IA), los *bots*, la *fintech*, o el *blockchain*. Evolución tecnológica que aumenta el rendimiento de las empresas de servicios financieros y responde a los cambios en las preferencias de los clientes. En este sector, el origen de las reestructuraciones es tanto interno como externo y la innovación digital es clave en todos los casos. Como caso ilustrativo de la situación descrita cabe dar cuenta del ejemplo de Monte dei Paschi en Siena, una entidad activa tanto en Italia como en los mercados internacionales. El banco ha afrontado una intensa crisis económica durante la última década con profundos procesos de reestructuración, orientados, por un lado, a la reducción del número de empleados; por otro, a un impulso hacia la digitalización, siguiendo una tendencia de innovación continua que viene avanzando lenta pero inexorablemente desde la década de los 2000, para hacer frente al aumento de la competencia internacional y a los cambios en los servicios al cliente³.

En varios sectores manufactureros la digitalización ocupa un lugar prioritario para las empresas, a menudo bajo la etiqueta de “Industria 4.0”. En el centro de este concepto se encuentra la combinación de tecnologías de internet con artefactos físicos. El concepto de Industria 4.0 se utiliza para ilustrar el cambio hacia una producción “inteligente” de bienes y la creación de valor industrial, mediante la digitalización y la conexión en red. La evolución permite una mayor flexibilidad y una diferenciación de calidad más que una respuesta a condicionantes externos, lo cual hace necesario cambiar por completo los modelos de negocio de las empresas. A este respecto, parece actuar, en primer lugar, como un motor interno de cambio. Un ejemplo de ello viene dado por el Grupo Sopharma en Bulgaria, entidad que opera en una rama de actividad – la industria farmacéutica – con una larga tradición de inversión en innovación. En relación con la motivación que está detrás de la reestructuración, la empresa invierte continuamente en tecnologías, innovación, investigación y ciencia, para ampliar y mejorar los estándares de calidad de producción y tecnologías.

A modo de último botón de muestra, en la industria turística la digitalización acentúa la flexibilidad del sector, ya que permite al cliente optar por una experiencia de viaje muy individualizada, lo cual ha transformado profundamente la forma de gestión del negocio. Representa un reto especialmente para la mayoría de las PYME, poco preparadas para desarrollar nuevos servicios digitales. Esta evolución, donde las agencias de turismo tradicionales son sustituidas por grandes plataformas digitales,

³ F. ROCHA, F. NAEDENOEN, *DIRESOC. Work Package 3: Case studies. Synthesis report*, European Commission, 2020.

representa una amenaza para la mayoría de los “actores clásicos”. Primero, implica cambios externos que conducen a una posible modificación en el modelo de negocio principal de las empresas, lo cual puede dar lugar a estrategias empresariales fundadas en innovaciones digitales para desarrollar un modelo centrado en el cliente. En la misma línea, tuvo lugar la reestructuración del hotel belga Alban, propiedad de una gran empresa de gestión inmobiliaria⁴. El hotel estuvo cerrado desde diciembre de 2017 hasta agosto de 2018, con el fin de ser totalmente renovado y digitalizado. Estos cambios constituyeron un proyecto piloto destinado a probar un nuevo modelo de trabajo centrado en el cliente en el que profesiones tradicionales (cocineros, recepcionistas, camareros) se sustituyen por un único puesto multifuncional llamado “anfitrión”. La motivación era desarrollar una nueva filosofía de trabajo en la industria hotelera. Gracias a la digitalización, el personal se ve liberado del trabajo rutinario (por ejemplo, el *check-in*) y tareas de escaso valor añadido (en términos de personalización de servicios) para centrarse en ofrecer un servicio personalizado, más allá de proporcionar habitaciones para dormir⁵.

En resumen, a menudo es difícil determinar hasta qué punto la digitalización es la principal razón de la reestructuración debido a las diversas dimensiones de la noción y al hecho de que sus cambios a menudo se combinan con otros factores como origen de la reestructuración. En todo caso, y sin duda, es claramente un motivo capaz de desencadenar en una reestructuración, pues suele estar vinculada a factores de cambio tanto internos como externos, dependiendo de los países, los sectores y las características distintivas de las empresas.

El estudio de las repercusiones reales de los procesos de digitalización en el empleo ocupa un lugar destacado desde hace ya algunos años. El paradigma científico y político estuvo dominado en un principio por predicciones de despidos masivos⁶. No obstante, nuevas percepciones han reclamado un enfoque más matizado. Esta perspectiva pone de relieve que el resultado real de las transformaciones depende de los modelos de negocio adoptados por los diferentes actores, incluidas las empresas, y de las respuestas de las instituciones, incluidos los interlocutores sociales. Modelos empresariales capaces de ofrecer un escenario de “distopía” o, alternativamente, de conducir a una mejora de la calidad del empleo, la

⁴ C. TEISSIER, F. NAEDENOEN, *Digitalisation and restructuring: which social dialogue? Lessons from the DIRESOC Project*, European Commission, 2020.

⁵ M. FRANSEN, *Is there anything I can help you with? Modernisation through digitalisation: the case of Hotel Alban*, Lentic, 2019, p. 3.

⁶ L. BEUKER, M. FRANSEN, V. KIROV, F. NAEDENOEN, *DIRESOC. Work Package 1: transnational analysis*, European Commission, 2019.

creación de riqueza y la inclusividad socioeconómica. Si bien los cambios tecnológicos pueden conducir finalmente a la creación de nuevos puestos de trabajo, normalmente comienzan con la supresión de puestos de trabajo. El punto en común de ambas aproximaciones es que la comprensión científica actual de esta revolución digital y de sus implicaciones socioeconómicas carece de evidencias sistemáticas⁷.

Una cuestión importante consiste en resolver si los métodos habituales de gestión de la reestructuración se ven afectados o no por la digitalización. En otras palabras, discernir si el hecho de que la digitalización sea clave en los procesos de reestructuración y, por tanto, produzca efectos concretos en el empleo y las condiciones de trabajo, cambia algo en las herramientas y medidas utilizadas para su gestión, en particular para mitigar sus efectos negativos sobre el empleo.

A la hora de analizar la destrucción de puestos de trabajo que podría generar la digitalización, las iniciativas orientadas a ajustar el número de puestos de trabajo necesarios seguirán siendo las mismas empleadas habitualmente en los diferentes contextos normativos nacionales. Sin embargo, el hecho de que, en la mayor parte de las situaciones, la digitalización conlleve, en primer lugar, una transformación de los empleos conduce a un uso significativo de decisiones clásicas de apoyo a las transiciones laborales, es decir, a las denominadas medidas de ajuste cualitativo más que aquellas otras de ajuste cuantitativo⁸. Como muestra de ello, el desarrollo de acciones formativas dirigidas a favorecer la adaptación de la mano de obra es una de las medidas más comunes negociadas para

⁷ Un análisis exhaustivo sobre los distintos estudios realizados sobre el particular y la crítica a los mismos por cuanto «la proliferación de opiniones o enfoques solo en apariencia científicos, pues cuantos se ha mencionado, y que figuran entre los más citados, en algunos supuestos carecen de autor; en otros, el patrocinio de o el contrato con quien tiene interés directo en determinado resultado resta credibilidad a cuanto pudiera parecer un encargo; en fin, y en muchos de ellos, más que estudios con un auténtico método capaz de avalar las conclusiones obtenidas, constituyen pareceres que, si bien desde un plano especulativo pudieran ser de recibo, carecen de la base empírica para merecer superior credibilidad, según han denunciado voces autorizadas y algunas Administraciones. De otro, y conforme muestra de manera gráfica un documentado cuadro comparativo publicado por la OMC, destinado a recoger algunos de los informes o análisis reseñados (junto a otros del mismo tenor y uno -justo es reconocerlo- de superior rigor), proporciona respuestas de una heterogeneidad tal que, obviamente, no pueden obedecer tan solo a los distintos enfoques utilizados para la aproximación, sino a un problema de cimientos, bajo la forma de variables conjugadas de distinta forma capaces de conducir a tan grandes márgenes de relatividad», J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Automatización y empleo: la "Paradoja de Polanyi" revisitada*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2021, n. 1, p. 67.

⁸ O. BERGSTRÖM, *Monitoring Learning and Innovation in European Restructuring, synthesis report*, IRENE Policy Paper, 2014, n. 14.

hacer frente a los cambios laborales vinculados a la digitalización. Esta búsqueda de una adaptación cualitativa también se presenta con frecuencia como una forma de evitar la destrucción de ocupaciones. Estas decisiones no están necesariamente incluidas en los convenios colectivos, ya que las empresas también pueden aplicarlas unilateralmente.

El acuerdo firmado por Otis GmbH & Co.OHG en Alemania reconoce, por ejemplo, que la cualificación continua de los empleados es indispensable para salvaguardar a largo plazo la competitividad y el éxito futuro de la empresa y, en consecuencia, las ofertas deben diseñarse en el marco de un procedimiento de consultas acordado entre el empresario y el comité de empresa. Cuando la organización del trabajo se ve modificada por las actividades de la industria 4.0, los trabajadores afectados tienen derecho al reciclaje para evitar reducciones de plantilla y asegurar el empleo. El acuerdo negociado en Monte dei Paschi de Siena también aborda los programas de formación del personal para adaptar las competencias a la evolución de los contextos interno y externo, con vistas a la recualificación, reforzando la lógica de diversificación y personalización de la formación por grupos de funciones e introduciendo importantes novedades destinadas a facilitar el acceso a la formación y su consiguiente uso mediante la combinación de herramientas integradas.

Más allá de la formación, u otras decisiones de apoyo comparables, también se han de poner de relieve los cambios en la organización del trabajo introducidos para hacer frente a la digitalización. Este el caso de la multifuncionalidad, entendida como aquellos cambios en los perfiles de las ocupaciones, que pueden justificar medidas adicionales de cualificación de los trabajadores. En la filial de HHLA, CTA (Container Terminal Altenwerder), una empresa alemana de logística portuaria, este concepto fue promovido proactivamente por la dirección de la empresa debido al alto grado de automatización de la terminal. La mayoría de los empleados valoró positivamente la medida, pero también hubo algunos menos positivos que vieron la oferta de cualificaciones adicionales más como una imposición que como una oportunidad de seguir desarrollándose. Para evitar opiniones negativas la empresa debe realizar una amplia labor informativa para explicar a los trabajadores las ventajas directas del concepto: por un lado, la cualificación múltiple pretende crear un beneficio para la salud de los trabajadores al reducir las actividades estresantes y complementarlas con otras; por otro, existe la posibilidad de introducir más variedad en el proceso productivo y protege a los trabajadores de la posible pérdida de empleo, que puede producirse al sustituir el trabajo por la automatización. El creciente uso de medidas de ajuste cualitativo utilizadas para hacer frente a la reestructuración motivada por la digitalización constituye una tendencia

puesta de manifiesto en diversas investigaciones al comparar la evolución de los distintos regímenes nacionales de reestructuración a lo largo del tiempo.

La digitalización como proceso emergente y en evolución ha adquirido cada vez más importancia en la agenda y las prioridades políticas de los interlocutores sociales. No obstante, los debates en el Norte y en la Europa continental son mucho más sustantivos, mientras que en el Sur y el Este de Europa la digitalización no se considera ni una amenaza inmediata ni una oportunidad, con algunas excepciones como Italia. Al prestar atención a las posiciones de las partes interesadas sobre el papel que debe desempeñar el diálogo social para gestionar el impacto de las nuevas tecnologías en el empleo, el contenido del trabajo y las condiciones laborales, merece la pena mencionar una vez más la diversidad de situaciones nacionales. En algunos países, existe un consenso entre los interlocutores sociales sobre el papel legítimo de la negociación colectiva para hacer frente a la digitalización, según ocurre, por ejemplo, en Suecia y Bélgica. En la mayoría de los Estados, sin embargo, existe una oposición entre los sindicatos y la patronal: los primeros consideran en gran medida que la digitalización debe ser objeto de diálogo social; por su parte, los segundos afirman que debe seguir siendo prerrogativa exclusiva de la dirección de la empresa, o que el diálogo social debe renovarse para ser más ágil (Alemania o Italia)⁹.

2. Las causas empresariales en contraposición a las causas ETOP

En atención a la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, se entenderá por “despidos colectivos” las extinciones efectuadas por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando se cumplan los requisitos numéricos y temporales. La norma no identifica propiamente las causas, pues la ambigua referencia a uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador no asegura el principio de causalidad. Si bien identifica los supuestos capaces de justificar el despido colectivo proyectado por el empresario, la norma comunitaria, en consonancia con su naturaleza economicista, opta por no precisar las circunstancias concretas de la extinción colectiva, lo cual genera incertidumbre en torno a qué supuestos concretos pueden fundamentar el

⁹ C. TEISSIER, F. NAEDENOEN, *op. cit.*

despido colectivo¹⁰.

Del considerando 2 de la Directiva se desprende que pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos. Lo que debe ser objeto de una aproximación de las legislaciones son principalmente las diferencias que siguen existiendo entre las disposiciones en vigor en los distintos Estados miembros por lo que atañe a las medidas capaces de amortiguar los efectos de los despidos colectivos. En lo que respecta al objetivo principal de la norma europea – es decir, lograr que los despidos colectivos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública competente –, ha de recordarse que, por una parte, a tenor de su art. 2, § 2, las consultas deben versar sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos (recolocación interna, acciones de formación y reciclaje o medidas de flexibilidad interna) 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 (derecho de reingreso, recolocación externa o medidas compensatorias)¹¹. En este sentido, sería deseable incorporar como contenido propio en la negociación mecanismos dirigidos a soslayar o paliar los despidos tecnológicos, tomando en cuenta aspectos tales como las características de la actividad o de la empresa y pactando un tiempo de adaptación, recolocación o superiores indemnizaciones. Por otra parte, con arreglo a los arts. 2, § 3, y 3, § 1, el empresario está obligado a notificar cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública y a transmitirle los datos y la información mencionados en esas disposiciones.

Así pues, la Directiva 98/59/CE, al igual que antes la Directiva 75/129/CEE, a la que sustituyó, solo garantiza una armonización parcial de las normas de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, en concreto, en el procedimiento a seguir. Ni la Directiva 98/59/CE, ni anteriormente la Directiva 75/129/CEE, afectan a la libertad del empresario de proceder o no a despidos colectivos. No precisan, en particular, las circunstancias bajo las cuales el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos, y no afectan de ningún modo a su libertad de decidir si debe elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento¹². Si bien al armonizar de este modo las normas aplicables a los despidos colectivos, el legislador de la Unión ha querido, a la vez, garantizar

¹⁰ R. BODAS MARTÍN, *Las causas de despido colectivo: causas económicas*, en M. GODINO REYES (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 48-49.

¹¹ E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *El despido colectivo frente a la flexibilidad interna*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 79, pp. 41-43.

¹² STJUE 21 diciembre 2016, asunto C-201/15, *AGET Iraklís*, apartados 27-32.

una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión Europea, lo cierto es que de los arts. 1, § 1, y 5 de la Directiva 98/59/CE también se desprende que esta norma tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores.

Por contra, a efectos del art. 51 ET se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días cuando la extinción afecte a un número determinado de trabajadores. En cumplimiento del art. 4 del Convenio OIT n. 158, no se pondrá término a los vínculos contractuales de los trabajadores a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o asentada sobre las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

2.1. Delimitación histórica de las causas ETOP

La regulación del despido colectivo ha experimentado cambios relevantes a lo largo de su trayectoria, y parte de esas modificaciones se han proyectado sobre las causas. El punto de partida ha de ser la primera regulación que recogía algún tipo de causa para justificar el despido. En este sentido, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 aludía a dos vías para proceder a la extinción del contrato de trabajo motivada por la decisión unilateral del empresario: de un lado, el “despido justificado” por incumplimiento del trabajador o por ineptitud del mismo, *ex* art. 89.6; de otro, la «fuerza mayor que imposibilite el trabajo», debida a fenómenos de la naturaleza o de origen externo a la organización empresarial, incluyendo inundaciones, terremotos, incendios, explosiones, plagas del campo, guerras, tumultos, sediciones o, en general, «cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar», *ex* art. 89.5. Por lo tanto, la Ley de Contratos de Trabajo de 1931 no se refería expresamente a la situación económica o productiva de la empresa como causa de despido ni al despido de carácter colectivo. En paralelo, la Ley de Jurados Mixtos de 1931 preveía, en su art. 46, la justificación del despido de un obrero por causas imputables al mismo o por motivos independientes a su voluntad, y entre las razones no inherentes a la voluntad del trabajador estaban las de «crisis de trabajo,

cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo de que se trate, etc.», al objeto de reconocer los salarios correspondientes al plazo de preaviso, a modo de protección contra el despido.

No es hasta la Ley de Previsión contra el Paro de 1935, en su art. 12, cuando se reconocería expresamente el despido parcial de obreros «por falta de trabajo». Circunstancia donde podía tener cabida la crisis o dificultad económica de la empresa; eso sí, sin profundizar en la configuración de esta causa de despido colectivo, ni en la diferenciación entre las razones económicas de las tecnológicas, organizativas o de producción. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 imposibilitó el recurso a razones de crisis o de índole empresarial en la extinción del contrato por fuerza mayor, pues quedó restringida a los acontecimientos extraordinarios previstos por la norma de 1931 a situaciones “semejantes” a los fenómenos de la naturaleza o a los episodios de origen externo a la empresa. La mayor innovación de esta norma fue introducir una nueva causa de despido en su art. 76.7, referida a la «cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada, conforme a las disposiciones legales en vigor». De esta manera, vino a recoger de manera expresa la causa económica y a establecer un precedente al despido colectivo actual por cierre de empresa. Por Decreto de 26 de enero de 1944, posteriormente modificado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, quedaba regulado el procedimiento a seguir, a instancia del empresario o de los trabajadores, para la extinción de los contratos de trabajo por cesación, clausura definitiva de la actividad empresarial y crisis. Años más tarde, la Orden de 11 de diciembre de 1959, modificada por la Orden de 5 de marzo de 1960, reguló los recursos de los afectados por el despido contra la autorización de la reestructuración de la plantilla y el Decreto de 26 de noviembre de 1959 fijó los subsidios para los obreros despedidos por una situación de crisis.

En aras de dar respuesta a los procesos de reestructuración empresarial en el marco de los últimos planes de desarrollo económico se promulgó el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, de política de empleo, completado por Orden de 18 de diciembre de 1972. Esta regulación dio un paso más allá, al precisar que la extinción de los contratos de trabajo y la suspensión podían fundarse «en causas tecnológicas o económicas» (art. 7), con mención expresa a “razones técnicas o económicas” cuando el despido tuviera lugar en un proceso de reestructuración de grupo o sectores de actividad (art. 23)¹³. La configuración terminológica de las causas fue

¹³ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Expedientes de regulación de empleo*, Trotta, 1993, p. 51.

completándose en los años de la transición. En primer lugar, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, aludía a razones «técnicas, organizativas o productivas» para justificar el traslado o desplazamiento temporal (art. 22), así como para modificaciones sustanciales en el horario de trabajo (art. 24). En segundo lugar, el Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, introdujo las modificaciones “tecnológicas” respecto a la falta de adaptación del trabajador entre las causas capaces de justificar el despido objetivo, sin delimitar las causas empresariales (art. 39). En cambio, la norma sí recogía en el título VI las causas económicas y tecnológicas en los supuestos de reestructuración de plantillas por suspensión o extinción de los contratos de trabajo (art. 45)¹⁴. La Ley 8/1980, de 10 de marzo, que alumbró la versión original del Estatuto de los Trabajadores, utilizaba la fórmula de “razones técnicas, organizativas o productivas” para la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo (arts. 40 y 41), y la expresión “causas tecnológicas o económicas” para la suspensión (art. 47). Para el despido, con las debidas precauciones a falta de una coincidencia total en los términos de los distintos pasajes de la norma, utilizaba la referencia “causas tecnológicas o económicas” (art. 49.9), “causas económicas” o “motivos tecnológicos” (art. 51). Contemplaba el despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas (art. 52.b) y por amortización de un puesto de trabajo individualizado (art. 52.c), como paso previo a una causa equiparable a la del despido colectivo, pero con menor repercusión numérica.

La Ley 11/1994, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, recogió las fórmulas «razones técnicas u organizativas» para la movilidad funcional (art. 39.2 ET), “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” para traslados, desplazamientos y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET) y, a los efectos que aquí interesan, “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” para la suspensión y el despido (arts. 47 y 51). La norma cierra el círculo, no solo al configurar las causas actuales, sino también por introducir formalmente el instituto del “despido colectivo” por influencia de la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, vigente en el momento. La reforma de 1994 confirmaba que el despido podía afectar a todos los trabajadores de la empresa o a un grupo de los mismos, siempre y cuando el número de implicados superara los correspondientes umbrales, pues en caso contrario procedería acudir al despido objetivo. A partir de este

¹⁴ A. MUROS POLO, *El despido objetivo por causas técnicas y la automatización robótica de procesos, a debate*, en C. SOLÍS PRIETO, I. MARÍN ALONSO, M.T. IGARTUA MIRÓ (dirs.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, 2020, p. 211.

momento, la fórmula no sufrirá variación alguna en las sucesivas reformas legales y en los dos textos refundidos del Estatuto de los Trabajadores, el primero poco después de la reforma de 1994 (en 1995), y el segundo, años más tarde (en 2015). Todo ello sin perjuicio de las variaciones en la valoración por parte del legislador de las causas del despido y las correcciones en torno a la conexión formal entre los arts. 51 y 52.*c* ET, pues en ocasiones empleaban fórmulas diversas y en otras se acudía a la misma pauta¹⁵.

2.2. El contraste con la fórmula de la Directiva 98/59/CE

La tipificación de las causas de despido colectivo ha quedado consolidada en el sistema español, al ofrecer suficiente holgura para hacer frente a las necesidades de reestructuración de la empresa y, en términos más amplios, del sistema productivo. Esta opción legal sigue de cerca la técnica empleada por el Convenio OIT n. 158, que demanda una causa objetiva para la terminación de los contratos de trabajo¹⁶. Cabe destacar que desde una etapa temprana el sistema legal español comenzó a mostrar su acomodación al Derecho de la Unión Europea, especialmente desde la incorporación a las Comunidades Europeas en 1986. El sistema normativo de carácter supranacional cuenta, por tanto, con una Directiva en materia de despidos colectivos (Directiva 75/129/CEE sustituida por la Directiva 98/59/CE) con una influencia nada desdeñable en la regulación interna del despido colectivo a través del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre¹⁷. Ahora bien, las directrices supranacionales sobre despido colectivo no están caracterizadas por ser taxativas ni especialmente precisas en comparación al Derecho interno o la normativa de la OIT. La norma europea ha prestado mayor atención a las exigencias de información y participación de los trabajadores despedidos, primando la trascendencia social de las medidas de reestructuración empresarial en detrimento de la identificación de las causas justificativas del despido, siendo suficientes aquellas por motivos no inherentes a la persona del trabajador. El ordenamiento comunitario incidía

¹⁵ J. GARCÍA MURCIA, *Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas o de producción*, en M. GODINO REYES (dir.), *op. cit.*, p. 98.

¹⁶ M.E. CASAS BAAMONDE, *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, en *Relaciones Laborales*, 1996, n. 19, p. 1.

¹⁷ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, 2012, p. 40.

en la dimensión colectiva del despido, mientras la legislación española giraba en torno a la causa, hasta el punto de descuidar la propia noción de “despido colectivo”, incorporada formalmente en 1994. Únicamente a partir de este momento se abandona la referencia al despido por “crisis” o por “cesación” de la industria, comercio o servicio, para comenzar a tantear la dimensión numérica del despido colectivo.

La Directiva 98/59/CE (en los mismos términos que su precedente de 1975) emplea la referencia a despidos efectuados por el empresario fundado en «uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», sin mayor detalle sobre su alcance material o el contenido de tales motivos. Ello no obsta para que distintas leyes nacionales, como la española, opten por introducir expresiones de mayor precisión, sin que el escrúpulo del legislador interno suponga reducir el radio de acción pretendido por la norma europea o eludir las garantías de información y consulta. *A priori*, no hay problemas de adecuación de la norma española a la normativa de ámbito supranacional, pues la fórmula empleada es suficientemente amplia como para abarcar todos los posibles motivos vinculados a la situación o al funcionamiento de la empresa. En este sentido, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción deben ser interpretadas de acuerdo con las directrices comunitarias, de modo que no queden excluidos motivos que, no siendo inherentes a la persona del trabajador, puedan ser alegados por el empresario para justificar la terminación de los contratos de trabajo, cuando su uso tenga alcance colectivo. Cabe afirmar, por ende, que el legislador español ha obrado adecuadamente al incorporar a la operación de cómputo toda extinción producida en la empresa en el periodo temporal de referencia por motivos no inherentes a la persona del trabajador, aun cuando esta cláusula de cierre tomada del Derecho comunitario haya suscitado problemas interpretativos¹⁸.

2.3. El contenido de las causas ETOP y su adecuación al Derecho comunitario

Desde la adopción formal de la noción de despido colectivo el autor de la norma ha tratado de proporcionar pautas seguras sobre el contenido y el alcance de las causas, pues la suficiencia de la tipificación en la normativa española para afrontar las necesidades de la empresa y para cumplir con las exigencias del Derecho comunitario depende del sentido que les atribuya. La finalidad última radica en solventar los problemas de

¹⁸ *Vid.* STJUE 13 mayo 2015, asunto C-392/13, *Rabal Cañas*.

acomodación al Derecho de la Unión Europea, de un lado, y facilitar su uso en el ámbito empresarial y su valoración en sede judicial, de otro. Las sucesivas reformas laborales han tratado de dotar a las causas del despido colectivo de un sentido claro, coherente y eficaz, para atender tanto las necesidades de reestructuración empresarial como los requerimientos del sistema productivo e incluso del mercado laboral.

La explicación de las causas ha estado centrada en su operatividad con los fines de saneamiento empresarial, competitividad o empleabilidad, más que en una correcta conformación de su alcance material. En otras palabras, el legislador ha obviado aclarar de manera prolija los motivos concretos para aplicar la causa económica y las circunstancias subyacentes a las causas técnicas, organizativas o de producción, dejando estas cuestiones en manos del intérprete. El esfuerzo empleado en proporcionar seguridad a la comprensión de las causas es patente, mas no parece haber logrado diseñar una fórmula perfecta. Por este motivo, la disquisición en torno a las causas ha sufrido variaciones de calado a lo largo del tiempo. De volver la vista hacia el pasado una vez más, cabe situar el punto de partida en la redacción harto esquemática de la reforma de 1994: concurrirán causas económicas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya «a superar una situación negativa de la empresa», y causas técnicas, organizativas o de producción cuando la actuación empresarial lo haga «a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos». La redacción de esta reseña justificativa del despido mantuvo su vigencia en el texto del Estatuto de los Trabajadores de 1995, pero fue modificada en la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 10/2010. La causa económica obedecía a «una situación económica negativa» a resultados de unos resultados a acreditar por la empresa y de los que debía desprenderse «mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva». Las causas técnicas se entendían concurrentes «cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción»; las causas organizativas «cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal», y las causas productivas «cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado». En cualquier caso, la empresa debía justificar «mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor

respuesta a las exigencias de la demanda»¹⁹.

Por su parte, la Ley 35/2010 acometió una mayor especificación de la causa económica, concurrente «cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo», con la siempre presente obligación empresarial de «acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado». Las restantes causas apenas sufrieron modificación alguna, pues tan solo se suprimió el adverbio “mínimamente” respecto a la prueba de la razonabilidad de la medida y se realizó un cambio de orden en algunos pasajes del mandato normativo.

Ninguna alteración supuso el Real Decreto-Ley 7/2011, a diferencia de la reforma laboral de 2012. El Real Decreto-Ley 3/2012 eliminó las exigencias formales para la acreditación de las causas y para su justificación a efectos de la competitividad. Una de las variaciones más interesantes vino dada por la introducción de un dato más concreto para delimitar «la disminución persistente» de los ingresos o ventas de la empresa, que podía producirse «si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior». Una segunda modificación fue una ampliación de las causas organizativas, ya que a partir de este momento podían suponer cambios no solo «en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal», sino también «en el modo de organizar la producción». Las reformas legales acometidas por el Real Decreto-Ley 11/2013 y la Ley 1/2014 no conllevaron modificación alguna en esta materia y, por ende, la redacción quedó inalterada en el texto del Real Decreto Legislativo 2/2015 (actual Estatuto de los Trabajadores).

La STC 8/2015, de 22 de enero, confirma la constitucionalidad de las causas del despido colectivo, descartando que el art. 51 ET consagre un despido no causal. En concreto, la supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010 a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión; antes al contrario, sirvió para suprimir espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales tan abiertas en su contenido como

¹⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 23.

abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía «para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» o «para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma» en orden a favorecer «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». La nueva redacción no ha supuesto otorgar un mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva.

Con posterioridad, la última reforma laboral operada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, mantiene el mismo tenor, así como la Ley 2/2023, de 28 de febrero, pues, si bien esta última introduce una variación en el apartado 2 del art. 51 ET por su disposición final 8.2, permanece idéntica la configuración de las causas. Resulta interesante poner sobre el tapete algunas similitudes y divergencias con otras medidas de reestructuración empresarial. De este modo, las causas de despido colectivo coinciden en su enumeración y explicación con las que habilitan al empresario para adoptar medidas de suspensión de los contratos o de reducción temporal de la jornada (arts. 47 y 47-*bis* ET) y con aquellas que pueden conducir a decisiones de descuelgue del convenio colectivo (art. 82.3 ET). En los mismos términos, tampoco hoy en día media variación alguna entre la versión del despido objetivo del art. 52.c ET. Las diferencias formales aparecen de comparar el despido colectivo con otras medidas de adaptación de plantilla como la movilidad geográfica (art. 40 ET) y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). En verdad, las causas justificativas del despido y de estas otras medidas de reorganización empresarial son muy similares («probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción» en el caso de la movilidad geográfica y «existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción» en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo), pero no obra igual coincidencia en su explicación, pues en estos otros casos el legislador sigue vinculando el contenido de la medida con su finalidad. De este modo, ha dejado pasar la oportunidad de eliminar la referencia a la aptitud de las causas cuando «estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa» en estos dos preceptos²⁰.

Como elemento de contraposición a lo expuesto, un efecto deseado de

²⁰ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Reflexiones preliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*, Cinca, 2015, p. 38.

la reforma laboral de 2021 ha sido el escalonamiento de las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones. Este impulso constituye una de las principales aportaciones que busca transformar el mercado de trabajo, para dejar atrás sus anomalías, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo del tejido productivo. Una adecuada utilización de los mecanismos de ductilidad interna como medidas de adaptación aporta alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantillas, según indica la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021²¹. Además, el nuevo mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas pretende proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano y el crecimiento potencial.

2.4. La conexión de funcionalidad

En referencia a la justificación de los despidos, la norma se ciñe desde 2012 a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, prescindiendo de cualquier referencia a proyecciones de futuro, de imposible prueba, o de una valoración finalista de los despidos, en aras de evitar los juicios de oportunidad relativos a la gestión empresarial llevados a cabo por los Tribunales con anterioridad. Precisamente, la limitación del control judicial a la valoración de la concurrencia de unos hechos relacionados con las causas ha dado como resultado una fuerte discusión jurisprudencial. Fruto de este enfrentamiento, el Tribunal Supremo ha señalado que el respeto al art. 4 del Convenio OIT n. 158 impide aceptar que el control judicial del despido se limite a comprobar si concurren las circunstancias definidoras de una situación negativa; antes bien, ha de extender su cometido a determinar si concurre el nexo de razonabilidad entre lo pretendido – un determinado número de extinciones contractuales – y la causa desencadenante²². Por ello, considera inadmisibles, tanto el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en el Preámbulo de la Ley 3/2012, como la discrecionalidad absoluta que, en todo caso, únicamente corresponde al

²¹ 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 postpandemia*, en *Temas Laborales*, 2021, n. 160, p. 154.

²² STS 25 junio 2014 (rec. 165/2013).

empresario cuando medie causa legalmente descrita²³.

Ciertamente, el empleador no está obligado a demostrar que la reestructuración tiende a la superación de la situación económica negativa, preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa o su adaptación a los requerimientos de la demanda²⁴; pero ello no significa que sea suficiente acreditar la concurrencia de cualquiera de las causas, con independencia de su intensidad, para proceder a la extinción de los contratos de trabajo²⁵. El empresario no está legitimado para extinguir automáticamente cuantos vínculos quiera, pues las causas constituyen propiamente el desencadenante de los despidos, que deben adecuarse necesariamente a la intensidad de las razones invocadas²⁶. Una vez acreditado el motivo o motivos, el titular de la empresa deberá acreditar una adecuación razonable entre el título habilitante y los puestos a extinguir, ya que los despidos son consecuencia de las causas, cuya mayor o menor intensidad ha privado a los contratos de su función económica y social, entendiéndose como tal la pérdida de utilidad patrimonial para la empresa. El derecho al trabajo consagrado en el art. 35 de la Constitución comprende el derecho a no ser despedido sin justa causa, y en este sentido obliga a los poderes públicos a establecer una regulación de la extinción del contrato a iniciativa del empresario que respete el principio de causalidad, pero de ello no se deriva que la regulación o la aplicación de las razones económicas del despido deba hacerse imponiendo la continuidad de la relación cuando esta ha perdido su función económica para una de las partes²⁷.

El empresario ha de demostrar la conexión de funcionalidad entre causas y efectos, de modo que deberá probar su concurrencia; identificar sus efectos sobre los contratos de trabajo, en la medida en la cual provoquen la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de

²³ STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014) y STS 25 febrero 2015 (rec. 74/2014).

²⁴ A. GINÈS I FABRELLAS, *El despido colectivo por causas económicas y centro de trabajo. Incongruencias en el alcance de la causa económica, la unidad de cómputo y la negociación por centros de trabajo*, en *Documentación Laboral*, 2014, n. 101, p. 37.

²⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, 1997, p. 61-65.

²⁶ STS 25 febrero 2015, cit., y STS 20 octubre 2015 (rec. 172/2014).

²⁷ STS 26 marzo 2014 (rec. 158/2013). El despido económico se ha definido como un despido en “interés de la empresa”, justificado cuando se acreditan razones objetivas para entender que ese interés requiere la extinción del contrato de trabajo. Ante un contrato de cambio con prestaciones recíprocas fundadas en un principio de equivalencia de beneficios para las partes, el contrato pierde su función económico-social y puede extinguirse desde el momento en que por determinadas circunstancias deja de tener interés o utilidad patrimonial para alguna de las partes, como sucede para el empresario en el caso del art. 51 ET.

trabajo, y mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas de reestructuración en relación con la intensidad de cuanto se ha invocado como justificación última²⁸. La acreditación de los tres pasos reseñados encuentra respaldo en la jurisprudencia²⁹, y tiene hilo de continuidad en los pronunciamientos de la Audiencia Nacional³⁰, a pesar de iniciales divergencias, ya superadas, por parte de un sector minoritario de la Sala de lo Social de algún Tribunal Superior de Justicia³¹. Por lo tanto, la redacción dada al art. 51 ET no ha suprimido la conexión de funcionalidad entre las causas y las extinciones, aun cuando ya no exigirá la consecución de objetivos futuros³², pero será necesario acreditar la pérdida de eficiencia económica de los contratos para la empresa³³. No corresponde a los Tribunales fijar la precisa “idoneidad” de la medida a adoptar por el empresario, ni censurar su “oportunidad” en términos de gestión empresarial; pero tampoco pueden hacer dejación de su obligado deber de enjuiciar la racional adecuación de las medidas extintivas³⁴. A estos efectos, han de quedar excluidas, por carecer de “razonabilidad”, las decisiones de reestructuración que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legal y los sacrificios impuestos a los trabajadores, pues tales medidas serían ilícitas y contrarias a la buena fe e incurriría en el abuso de derecho³⁵.

En síntesis, además de probar la concurrencia de la causa económica, técnica, organizativa o productiva, debe acreditarse que su entidad justifica el número de extinciones contractuales acordadas, esto es, que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido. El que la iniciativa concreta quede al arbitrio del empresario y su criterio no pueda ser suplido por los juzgados y Tribunales, los cuales no pueden realizar un juicio de valor sobre ella para determinar si es la mejor (juicio de optimización), no quiere decir que la decisión empresarial, probada la causa, escape a todo control judicial, por cuanto los órganos judiciales pueden realizar un juicio sobre su racionalidad, para determinar si son ajustadas a la situación existente o

²⁸ STS 30 noviembre 2022 (rec. 156/2022), que recoge el criterio de la STS 14 noviembre 2017 (rec. 17/2017).

²⁹ STS 29 septiembre 2015 (rec. 1/2015) o STS 20 octubre 2015, cit.

³⁰ SAN 10 noviembre 2015 (proc. 248/2015) o SAN 13 noviembre 2015 (proc. 257/2015).

³¹ STSJ Madrid 11 junio 2012 (rec. 22/2012) y STSJ Cantabria 26 septiembre 2012 (rec. 2/2012) defendían la desaparición de la conexión de funcionalidad.

³² 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. 34.

³³ STS 25 febrero 2015, cit.

³⁴ STS 27 enero 2014 (rec. 100/2013).

³⁵ STS 20 junio 2018 (rec. 168/2017), con idéntico contenido a la STS 27 enero 2014, cit., la STS 15 abril 2014 (rec. 136/2013), la STS 26 marzo 2014, cit., la STS 17 julio 2014, cit., la STS 23 septiembre 2014 (rec. 231/2013) y la STS 20 octubre 2015, cit.

desproporcionadas por excesivas³⁶. Ello requerirá ponderar todas las circunstancias concurrentes para hacer un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión adoptada, que será confirmada si es razonable. Es, pues, al juez, a quien corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil que, por ser justa, esto es, por ajustada a la razón, legítima la decisión empresarial extintiva de la relación laboral, dentro de los parámetros normativos que le ha otorgado el legislador³⁷.

2.5. Las causas económicas y su relación con las causas técnicas, organizativas o de producción

El legislador señala que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo del año anterior. A continuación, precisa que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando acaezcan variaciones, entre otras, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas si las alteraciones afectan, entre otras, a la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A modo de matización, se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre y cuando el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

A la hora de analizar las causas económicas, el Tribunal Supremo declara procedente, por ejemplo, el justificado a partir de las pérdidas en las tres últimas anualidades, aun cuando en el año del despido sean inferiores a las de los dos años anteriores³⁸. La expresión “en casos tales”, permite

³⁶ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Despido colectivo*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *Tratado de despido*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 168-169.

³⁷ STS 25 septiembre 2018 (rec. 43/2018).

³⁸ «El hecho de que la empresa no despidiera al trabajador por causas económicas en el año 2015, cuando la cifra de facturación era de 11.285.716,62 euros; no imposibilita que pueda despedirlo en noviembre del año 2016, cuando la cifra de facturación era mucho

extender la situación económica negativa requerida por el precepto a otros supuestos, como la inviabilidad de la entidad³⁹, entendiendo que concurre la causa aun cuando obtenga beneficios, pues su origen era la aportación de materiales por debajo del mercado por la empresa dominante⁴⁰, o cuando queda acreditada la pérdida del cliente principal⁴¹. En cualquier caso, la necesidad de probar la situación económica negativa vincula la causa económica con la crisis. Con todo, la doctrina recibió con cierta perplejidad la introducción de las pérdidas previstas, por cuanto dicho concepto carece de base alguna en contabilidad, lo cual obliga a acreditar, cuando quien la invoca pretenda extinguir contratos por pérdidas previsibles, hechos actuales de los cuales puedan deducirse razonablemente las futuras pérdidas⁴². Esta prueba exigente⁴³ ha sido admitida en supuestos de pérdida del cliente principal⁴⁴, como claro desencadenante de una reducción de ingresos y las consiguientes pérdidas, cuando la estructura de la empresa estaba esencialmente orientada a atender sus necesidades, así como en casos donde el concurso de la matriz provoca pérdidas a los proveedores y auxiliares.

Sin embargo, el pronóstico de pérdidas no deja de ser una medida preventiva, frente a las pérdidas actuales o la disminución persistente de ingresos y ventas, en las que el despido será una medida más reactiva. Es más, una empresa con beneficios, incluso crecientes, puede estar ante una situación económica negativa, cuando las cifras de negocio descienden de manera persistente o se augura que va a entrar en pérdidas⁴⁵. De este modo, la norma ha habilitado un concepto amplio de las causas económicas, aplicable hasta cuando los resultados no sean claramente negativos, de concurrir previsiones de pérdidas o reducción continuada de los ingresos, como en supuestos de cesación total de la actividad o inexistencia de

menor: 9.747.186,89 euros. Es cierto que el resultado negativo de la cuenta de pérdidas y ganancias fue peor en 2015 que en 2016. Pero en este último año la empresa también sufrió importantes pérdidas. La empresa intentó solucionar su situación crítica del año 2015 sin extinguir a la sazón el contrato de trabajo del actor, lo que no debe impedir que, si las causas económicas subsistieron en el año siguiente, el empleador pueda despedir por causas objetivas al trabajador en el año 2016. La tesis contraria tendría un efecto disuasorio para las empresas que intentan superar su situación económica negativa sin realizar despidos al iniciarse dicha situación», STS 14 enero 2021 (rec. 2896/2018).

³⁹ STS 24 noviembre 2015 (rec. 86/2015).

⁴⁰ SAN 18 noviembre 2014 (rec. 338/2013).

⁴¹ STS 25 junio 2014, cit.

⁴² A. ESTEBAN MIGUEL, *Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas*, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2012, n. 26, p. 65.

⁴³ SAN 15 julio 2014 (rec. 119/2014).

⁴⁴ SAN 18 diciembre 2012 (proc. 257/2012).

⁴⁵ SAN 11 marzo 2013 (proc. 381/2012).

actividad contratada sin perspectivas de revertir dicha situación. En cambio, no procederá el despido colectivo fundado en esta causa cuando la decisión no esté basada en la existencia de pérdidas presentes o futuras, o en el decrecimiento de los ingresos o de las ventas, sino en la conveniencia empresarial y en el objetivo de un mayor beneficio mediante la destrucción de empleo, reduciendo los gastos salariales⁴⁶.

A pesar de que la causa económica de cierta intensidad supone una justificación autónomamente suficiente del despido, normalmente va anudada a la causa productiva, pues la reducción de ventas tiene lugar de manera habitual cuando se introducen desajustes en la demanda de los productos o servicios que el empleador pretende colocar en el mercado. Igualmente, pueden estar interrelacionadas las causas económicas y las organizativas⁴⁷, o estar presentes al mismo tiempo las tres, cuando la empresa en situación de crisis acredita unas persistentes pérdidas en su cuenta de resultados, lo que supone una situación económica negativa generada, entre otros factores, por los cambios en la demanda de servicios, que si bien no ha sufrido mutaciones en términos cuantitativos, sí lo hace en términos cualitativos, habida cuenta de que el precio medio del servicio en la actualidad es menor, por primar los envíos de comercio electrónico sobre los servicios de envíos entre empresas, y para afrontar tal situación la empresa debe reordenar su sistema productivo⁴⁸. Misma conjunción acaece cuando se acreditan pérdidas debido a fuertes reducciones en la facturación, a causa de una reordenación del mercado de las comunicaciones, que ha generalizado la concentración de empresas, con la consiguiente necesidad de reorganizar las plantillas⁴⁹.

En todo caso, el empleador debe identificar correctamente la causa o causas, a fin de situarlas en el ámbito idóneo y asegurar la consecución de los objetivos del periodo de consultas, según indican el art. 51.2 ET y el art. 3.1 del Real Decreto 1483/2012. La identificación presenta gran importancia, pues si la causa real es económica, alegar una causa productiva para fundamentar la medida extintiva constituye fraude de ley⁵⁰. Se trata de conductas aparentemente lícitas, pero producen un resultado no querido o prohibido por la norma, lo cual sucederá cuando entre los hechos concurrentes – mínima causa productiva y marcada causa económica – y la utilización desviada del motivo existe «un enlace preciso y directo según las

⁴⁶ STSJ Madrid 11 julio 2012 (proc. 32/2012).

⁴⁷ STS 21 abril 2014 (rec. 126/2013).

⁴⁸ SAN 10 noviembre 2015, cit.

⁴⁹ SAN 18 enero 2016 (proc. 311/2015).

⁵⁰ R. BODAS MARTÍN, *op. cit.*, pp. 48-49.

reglas del criterio humano»⁵¹.

En lo referente al ámbito de afectación, cuando se está ante la alegación de una causa económica en un despido colectivo, la existencia de una situación negativa comporta, para la determinación de su concurrencia, la valoración de la empresa en su conjunto. La situación negativa, suficiente o trascendente ha de afectar a la entidad en su conjunto o globalidad, lo que no posibilita en este ámbito la disgregación en secciones o centros separados, pues con la adopción de la medida extintiva se pretende superar una situación negativa de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma⁵². De tal forma, deberá probarse la concurrencia en su conjunto sin que quepa reducir el ámbito con fundamento en la emergencia de una causa productiva, aunque sea causante del resultado final. Ahora bien, cuales quiera sea el motivo concreto, no podrá eludirse la aportación de la información económica de cada centro, cuando se disponga de dicha información⁵³, siendo exigible, en todo caso, probar la situación negativa del conjunto.

El contenido de la carta de despido debe exponer no solo la situación de un determinado centro o empresa, sino la posición económica global de la entidad o del grupo en su totalidad, cuando sea el caso⁵⁴.

En este sentido, la doctrina expuesta llevada al supuesto de que el despido económico se realice en un grupo de empresas que ha sido considerado como un único y verdadero empresario a efectos laborales implica que la alegada situación debe concurrir en el grupo considerado como un todo y no aisladamente en una u otra empresa componente. Dado que el empresario es el propio grupo no resulta factible seccionar la causa en cada una de sus integrantes y aprovechar la concurrencia de la situación económica negativa en uno para proceder a la extinción de contratos de trabajo.

2.6. Las causas técnicas y organizativas frente a la causa económica

El despido colectivo no puede estar fundado en una mera transformación del equipamiento empresarial técnico u organizativo, sino en el impacto que tal medida puede provocar en la plantilla de trabajadores, desde el punto de vista cuantitativo (reducción de personal) o cualitativo (sustitución de trabajadores por otros más aptos). Ello no conlleva la

⁵¹ STS 18 marzo 2014 (rec. 1687/2013).

⁵² STS 14 mayo 1998 (rec. 3539/1997).

⁵³ SAN 15 mayo 2015 (proc. 180/2013).

⁵⁴ STS 23 marzo 2022 (rec. 3522/2019).

apertura de un periodo de adaptación de los trabajadores afectados en todo despido colectivo fundado en causas técnicas u organizativas. De un lado, algunos cambios exigirán la supresión de puestos de trabajo; de otro, las modificaciones podrán permitir el mantenimiento de la plantilla de los mismos niveles anteriores con una adaptación o recualificación profesional y, solo en estos casos, procederá un tiempo de formación. No se trataría de un cambio radical de funciones, convirtiendo el puesto de trabajo en irreconocible, sino de una novedad en las herramientas técnicas o medios, de manera que recae sobre la persona trabajadora una vez formada, la obligación de demostrar las nuevas competencias requeridas tras la reconversión tecnológica⁵⁵. Por consiguiente, el cambio en la plantilla por exceso de trabajadores o por deficiencias de cualificación puede motivar el despido; pero en la segunda hipótesis únicamente cuando no sea viable readaptar a quienes ya estuvieran en la empresa⁵⁶. Las decisiones técnicas u organizativas, más allá del “cambio” en términos del precepto legal, pueden consistir en una ampliación de lo ya existente, que o bien experimentará cambios o bien se mantendrá sin modificaciones. Por este motivo, más que de transformaciones procederá aludir a innovaciones en el ámbito técnico u organizativo, quedando justificado el despido de trabajadores cuando tales circunstancias demandan una adaptación cuantitativa o cualitativa de la plantilla.

La descripción legal de las causas técnicas y organizativas adolece de cierta ambigüedad. Lo técnico es reconducido a «los medios o instrumentos de producción» y lo organizativo coincide con «los sistemas y métodos de trabajo del personal» o «el modo de organizar la producción». Así pues, no hay razones para excluir de la técnica lo relativo a los sistemas y métodos de trabajo, ni para separar drásticamente el “modo de organizar la producción” del terreno organizativo y los “medios o instrumentos de producción” del plano de la técnica. Sin duda, hay instrumentos eminentemente técnicos y decisiones puramente organizativas, pero con frecuencia la medida técnica irá acompañada de alguna innovación organizativa, y los cambios organizativos pivotarán en torno a las nuevas tecnologías o técnicas de producción. La causa técnica, en esencia, es definida como la introducción o aplicación al proceso productivo de nuevas herramientas o maquinaria, en sentido amplio. Acorde a toda lógica, los medios serán más acordes a los tiempos, pero eso pertenece al ámbito de

⁵⁵ H. ÁLVAREZ CUESTA, *Buenas prácticas convencionales frente a despidos por causas tecnológicas*, en *Documentación Laboral*, 2021, n. 123, p. 78.

⁵⁶ A. DESDENTADO BONETE, *Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales*, en *Actualidad Laboral*, 2012, n. 17-18, pp. 1795-1796.

decisión empresarial, aun cuando parece poco probable que el empleador opte por medios obsoletos o faltos de competitividad. En la actualidad, la posibilidad de renovación no es en absoluto desdeñable, gracias a la tecnología, y con toda seguridad aumentará en el futuro próximo. La automatización, la IA y la robotización son fuentes de renovación empresarial, tal y como la informática y la electrónica lo han sido desde hace años. En efecto, las causas técnicas se identifican con la maquinaria tecnológica avanzada, donde la introducción de la robótica impone profundas transformaciones estratégicas y las personas trabajadoras pueden sufrir en último término esos cambios. El objetivo de integrar avances tecnológicos en la empresa será maximizar la eficiencia productiva a causa de la posible vejez o inutilidad total o parcial de los medios de producción, ya sea por su obsolescencia en relación con los puestos de trabajo, ya sea por devenir ineficaces a causa del progreso científico-tecnológico o por el interés de incorporar nuevos métodos o maquinarias⁵⁷. Así pues, cabría el despido por causas técnicas en supuestos de informatización, automatización o robotización de determinados puestos cuyas funciones principales, o todas ellas, pasen a ser desempeñadas por softwares o robots. La empresa deberá acreditar la razonabilidad de las innovaciones por conllevar mejoras, tales como la reducción de los tiempos de trabajo o el aumento de los niveles de producción, quedando vacío de contenido el puesto de trabajo. Procederá el despido ante la implantación de un sistema de control técnico automatizado y electrónico en operaciones productivas; la instalación de operadores telefónicos automáticos; o el establecimiento de un sistema electrónico de acceso a las instalaciones de la empresa, en sustitución de la vigilancia personal.

Los continuos avances tecnológicos, el desarrollo de las TIC en el ámbito laboral, la progresiva automatización y robotización de los procesos productivos, y, en términos generales, la transformación digital de las empresas, están teniendo un impacto muy relevante en la reconfiguración de los puestos de trabajo. La causa técnica y la causa organizativa aparecerán ligadas en supuestos derivados de introducir un sistema de gestión informatizado en un departamento de servicio técnico en relación con la transformación del organigrama de la empresa en esa área⁵⁸; o de contar con nuevos equipos industriales debido a la obsolescencia de la maquinaria empleada hasta la fecha en la actividad de producción, con la consiguiente reorganización del personal⁵⁹.

⁵⁷ H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁸ STSJ Madrid 7 febrero 2019 (rec. 933/2018).

⁵⁹ STS 22 febrero 2018 (rec. 192/2017).

Las causas organizativas están próximas a las técnicas, aunque pueden aparecer caracterizadas por rasgos propios. Los cambios de este tipo pueden ser adoptados por pura estrategia empresarial y actuar en el campo de lo intangible, esto es, materializarse sin gasto o con menor inversión financiera; en contraposición, las causas técnicas suelen conllevar un desembolso económico a consecuencia del avance en la ciencia y en la tecnología. Además, las razones organizativas no operan sobre los bienes en sí, sino sobre el modo de ordenación de los mismos o de la forma de articular el sistema productivo en conjunto. De hecho, pueden afectar a cualquier aspecto de la estructura productiva, y a todas las fases o parcelas de la organización, como son la obtención de recursos financieros, la contabilidad, el aprovisionamiento de materias primas, la producción, la ordenación y aplicabilidad de los recursos, la distribución y comercialización de los bienes y servicios y hasta la “cultura de empresa” (criterios de actuación en el funcionamiento de las relaciones internas y externas). Aun cuando los cambios estén limitados al plano organizativo, también pueden producir efectos sobre alguna realidad tangible como la configuración de las instalaciones. En paralelo, cabe distinguir entre medidas organizativas que tienen su impacto en los recursos materiales, que pueden afectar al personal, y medidas con repercusión directa en los recursos humanos. Ante la posibilidad de que el despido colectivo pueda estar justificado por la reorganización del personal, la fórmula «en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción» del art. 51 ET parece estar referida a planos objetivos, pero la expresión “entre otros” deja a salvo la posibilidad de cambios distintos. Ahora bien, una mera reestructuración del personal necesita habitualmente de alguna razón técnica u organizativa y el cambio no puede llevar a omitir los límites temporales y funcionales de la prestación de servicios.

Aquilatadas las anteriores nociones, cabe mencionar en este punto del discurso dos grandes causas del despido colectivo, a saber: por un lado, las causas económicas; de otro, las causas tradicionalmente conocidas como “tecnológicas” y en la actualidad repartidas entre la causa técnica y la organizativa. La causa económica constituye una situación negativa que en un momento dado se le presenta a la empresa y, en este caso, el empleador responde ante una circunstancia que le viene dada. Parece que, de acuerdo con el tenor de la norma vigente, esta causa debe estar conectada a una circunstancia negativa capaz de afectar al sostenimiento de la empresa, siendo complicado imaginar, salvo en el ámbito de la patología, que tal situación deba su origen a decisiones de la propia entidad. La razón económica viene impuesta por circunstancias ajenas a los criterios de gestión. En cambio, las causas técnicas u organizativas tienen su origen en

decisiones de gestión corporativa, dentro de la autonomía y responsabilidad del titular de la empresa. En estas causas, es el empresario el que crea las circunstancias originarias del despido, por razones de planificación y similares⁶⁰.

Los efectos de dichas categorías también son distintos. Los problemas económicos o financieros erosionan el correcto funcionamiento de la empresa, mientras la falta de adecuación técnica o las deficiencias organizativas afectan a la competitividad, pero no necesariamente a su supervivencia. Si la causa económica actúa en la estabilidad financiera, las causas restantes afectan a la eficiencia. Por esta razón, la primera de ellas suele requerir de una actuación inmediata por parte del responsable y las restantes admiten mayor demora. Pues bien, estas precisiones no han de ser tenidas en cuenta en términos absolutos ni en lo referente al punto de origen ni a la forma de impactar en la marcha de la sociedad. No en vano, todas las causas de despido colectivo están relacionadas entre sí porque persiguen el mismo fin y todas ellas repercuten en la salud y viabilidad financiera del empleador. La mejora de la situación puede producirse introduciendo nuevas máquinas y tecnologías más avanzadas o cambiando los sistemas o métodos de trabajo o de organización de la producción⁶¹.

Las líneas de separación pueden desdibujarse, pues las causas técnicas u organizativas dependen de una determinada estrategia, pero en muchas ocasiones las innovaciones tecnológicas, el incremento de la competencia o los nuevos sistemas de organización deben su aparición al entorno exterior o requieren de una respuesta rápida por parte del empleador. No es posible descartar por completo una causa económica cuyo origen se sitúe en el ámbito interno. Carecería de lógica que los responsables adoptaran decisiones tendentes a crear una situación negativa, pero sí entra dentro de lo posible que opten por decisiones equivocadas en términos económicos o financieros⁶².

Un estudio más detallado de las divergencias conduce a ponderar cómo la causa económica debe quedar constatada mediante una visión de conjunto de la organización empresarial, mientras la concurrencia de causas técnicas u organizativas ofrece mayor variedad funcional, puesto que pueden afectar al conjunto de la empresa o al grupo (nada obsta a una decisión conjunta encaminada a la renovación tecnológica o a la reorganización de recursos), o solo a parte de la misma, como un centro de

⁶⁰ A. BLASCO PELLICER, *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 60.

⁶¹ STS 20 noviembre 2015 (rec. 104/2015).

⁶² J. GARCÍA MURCIA, *op. cit.*, p. 107.

trabajo, un departamento o una sección⁶³. Esta diferencia tiene especial relevancia en la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, pues la extinción del contrato de trabajo alcanzará a quienes presten sus servicios en el correspondiente ámbito funcional, cuando las razones invocadas sean técnicas u organizativas. Una vez delimitadas las causas y sus ámbitos de afectación entre el personal, corresponde al titular de la entidad determinar qué contratos deben ser extinguidos para conseguir la mejor optimización de los recursos humanos⁶⁴. Asimismo, de continuar con los puntos de escisión, la causa económica puede conducir al cierre y a la amortización de toda la plantilla, pero también cabe abordarla mediante una reestructuración, cuyos efectos cuantitativos quedan limitados a una parte de los empleados. En cambio, las causas técnicas u organizativas no tienen el potencial de conducir a la “cesación” de la industria, en términos clásicos. La aplicación de estas medidas, con independencia de su intensidad, implica el mantenimiento de la empresa por su propia razón de ser, sin posibilidad de conducir al cierre y al despido de todos los trabajadores. En este sentido, las razones técnicas u organizativas pueden conllevar la necesidad de reducir el personal o también de proceder a una mera renovación, pero la causa económica suele ir encauzada a la supresión total o parcial de puestos de trabajo.

De prestar atención a los arts. 3 a 5 del Real Decreto 1483/2012, las exigencias de acreditación y justificación de las causas presentan nuevos elementos de contraste, tanto ante los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas como ante la autoridad laboral. Cualquiera que sea la causa alegada para los despidos colectivos, quien la invoca debe aportar determinada información en la comunicación del periodo de consultas. Ahora bien, si la causa es económica ha de presentar una memoria explicativa que acredite los resultados a partir de los cuales se desprende una situación económica negativa, acompañada de la documentación específica que a su derecho convenga en función de las circunstancias concretas, como son, sin ánimo exhaustivo, las cuentas anuales, la documentación fiscal o contable, los criterios utilizados para la estimación (en caso de previsión de pérdidas) o el informe de gestión consolidado de la sociedad dominante (cuando la interesada forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas)⁶⁵.

⁶³ Cfr. STS 7 junio 2007 (rec. 191/2006) y J.L. MONEREO PÉREZ, *El despido colectivo por causas productivas en un centro de trabajo de una empresa multi-centros: elementos configuradores y negociación colectiva gestional o participativa*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, n. 1, p. 10.

⁶⁴ STS 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014).

⁶⁵ R. BODAS MARTÍN, *La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, en *Lan Harremanak*, 2017, n. 35, p. 125.

Por su parte, las razones técnicas u organizativas han de ser acreditadas mediante una memoria explicativa unida a los informes técnicos que acrediten la concurrencia de alguna de las causas de acuerdo con su descripción legal. Cabe poner el foco de atención en el hecho de que solo para la causa económica se valora la posibilidad de que la empresa forme parte de una entidad compleja, con la derivada obligación de aportar documentación complementaria. No obstante, las causas técnicas u organizativas pueden derivar de una estrategia global de un grupo de empresas, por lo que mencionar tal circunstancia resulta de interés en el informe técnico.

En fin, surge la pregunta de si hay alguna particularidad en las causas técnicas u organizativas desde el prisma de la revisión jurisdiccional del despido colectivo. El margen de apreciación judicial de unas y otras causas no puede ser el mismo, pues los órganos judiciales pueden valorar con objetividad la existencia y los efectos de una situación económica, pero no es tarea propia del juzgador estimar la pertinencia de medidas técnicas u organizativas, propias de la esfera interna de la sociedad. Diferente es, la repercusión de tales medidas en la plantilla de la empresa en aras de salvaguardar la proporcionalidad entre la intensidad de la causa y el número de trabajadores afectados.

2.7. Las causas productivas en el limbo entre la causa económica y las causas técnicas u organizativas

La razón productiva presenta un carácter polimorfo, al venir provocada por circunstancias externas a la empresa, pero también de decisiones adoptadas por su titular. Los factores subyacentes pueden ser puramente económicos o de marcado carácter técnico u organizativo. En la fórmula legal contenida en el art. 51 ET, la causa productiva parece más cercana a las causas técnicas y organizativas, tanto en su ubicación sistemática como en la hipótesis de “cambio” en alguno de los ámbitos mentado. En el trasfondo laten inquietudes económicas o financieras⁶⁶, puesto que la reducción de la demanda es un problema eminentemente de tal índole. La legislación vigente le otorga un lugar separado probablemente por la trayectoria histórica de la regulación del despido colectivo. La causa económica se asimilaba tradicionalmente a la crisis (“cesación” de la industria), siendo necesaria la causa productiva en previsión de otras vicisitudes económicas de menor gravedad capaces de justificar la

⁶⁶ SAN 21 noviembre 2012 (proc. 167/2012).

reestructuración de la plantilla⁶⁷. Hoy en día, la causa económica abarca otras situaciones, en detrimento de la productiva, que ha perdido parte de su fundamento.

En todo caso, mantiene su espacio en el precepto legal con el presupuesto – varias veces repetido a estas alturas del estudio –, de la existencia de “cambios”. Dichas modificaciones pueden tener su origen en la “demanda” de los productos o servicios de la empresa, pero también en otros ámbitos como la competencia en el mercado local o internacional, cuando sea aconsejable una modificación en la estrategia al efecto, o la tecnología, cuando lleve aparejado un cambio en el modelo productivo o en las líneas de producción. Asimismo, la norma ampara situaciones de reducción o pérdida. La disminución de encargos o clientes, la carencia de pedidos o la desaparición de la clientela por completo son los supuestos más previsibles de la causa productiva⁶⁸. La pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de la producción contratada que provoca dificultades capaces de impedir el buen funcionamiento de la empresa y como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción⁶⁹. El ámbito de apreciación si sobrevinida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es, en el caso, el centro de trabajo con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación. A estas dificultades cabe hacer frente mediante amortizaciones de los puestos sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende⁷⁰.

Es más, el “cambio” puede tener un sentido distinto, e incluso contrario, en supuestos de aumento de los pedidos o los clientes y que provoquen problemas de orden organizativo y a la postre de orden productivo. En este marco, la empresa no tendrá que acometer un despido colectivo, pero puede ser recomendable una reestructuración y renovación de la plantilla, con el consiguiente cese de los trabajadores no aptos.

Por otra parte, los “cambios” en sentido estricto conllevan alteraciones respecto al objeto de la producción más allá de la reducción (o extensión) de la demanda. Un primer supuesto podría venir dado por la necesidad de un producto o servicio nuevo, renovado o con características distintas a las tradicionales, aun cuando los pedidos no bajen y la clientela se mantenga.

⁶⁷ J.M. GOERLICH PESET, *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 73-74.

⁶⁸ STS 31 enero 2008 (rec. 1719/2007).

⁶⁹ STS 28 febrero 2018 (rec. 1731/2016).

⁷⁰ STS 18 noviembre 2020 (rec. 143/2019).

La causa analizada pasa a ser de forma preclara otra técnica u organizativa, pues requiere una adaptación del proceso de producción al mercado en relación con su tecnología o los métodos aplicados.

En ocasiones el cambio en el producto o servicio no requerirá de una adaptación del personal, pero puede darse el caso contrario, de atender a razones de cualificación, en cuyo caso existirá causa para la reestructuración.

En otra hipótesis, el cambio productivo puede venir materializado por un descenso de la producción y el consiguiente descenso de la facturación que, con carácter general, constituirá un efecto no deseado de la actitud de la clientela o de la situación del mercado, pero también puede ser consecuencia de una pérdida del potencial productivo de la empresa, por desgaste o envejecimiento del equipamiento tecnológico o por deficiencias organizativas. La razón productiva tendría entonces connotaciones técnicas y organizativas que pueden generar un problema económico y financiero.

En definitiva, cuando el empresario invoque esta justificación deberá tener en cuenta el carácter híbrido de esta causa y a la hora de acreditarla, alegar repercusiones, o bien en el plano económico o financiero, o bien que procede la adopción de medidas técnicas u organizativas. En los despidos colectivos por causas de producción, la documentación presentada por el responsable de la empresa incluirá una memoria explicativa (al igual que para las razones técnicas y organizativas) y deberá justificarse con los pertinentes informes técnicos.

En cuanto hace al ámbito de afectación, pueden actuar tanto en el ámbito de la empresa en su conjunto como en un solo centro de trabajo o en una unidad productiva autónoma cuando lo que acaece es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el cual la patología toma forma, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes⁷¹. De este modo, si cuanto sobra es mano de obra y así se ha constatado como razón para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo⁷². En un despido colectivo

⁷¹ STS 18 noviembre 2020, cit.

⁷² STS 28 febrero 2018, cit.; STS 13 febrero 2002 (rec. 1436/2001); STS 21 julio 2003 (rec.

en un grupo de empresas a efectos laborales, ha de descartarse la obligación de que todas las integrantes deben asumir la posición de promotoras del despido porque, al ser causas de carácter productivo y organizativo, el ámbito de afectación de la medida debe centrarse allí donde estén presentes los motivos que la provocan, correspondiendo al empleador decidir los puestos a extinguir⁷³.

3. La implementación de nuevas tecnológicas como causa del despido colectivo. Interpretación jurisprudencial

Corresponde al juzgador en el fallo de la sentencia calificar el despido colectivo proyectado por el empresario como procedente, improcedente o nulo. La remisión a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta (art. 24.1 CE), determina que el acceso a los tribunales no pueda sino entenderse en el sentido de que a estos les compete no solo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la razón acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que puedan apreciar – si concurriera – la posible vulneración de derechos fundamentales. La razonabilidad no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido (privativo de la dirección empresarial), sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo (juicio de idoneidad). La cuestión radica, entonces, en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad⁷⁴.

El legislador ha querido que los órganos jurisdiccionales encargados de conocer los despidos colectivos no sustituyan al empleador en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas alegadas existen, que tienen entidad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa y, por tanto, no constituyen un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente⁷⁵. Procede entender que el canon de verificación que la ley establece no se corresponde con el llamado control de óptimos, consistente en que el órgano judicial verifique que la medida adoptada ante la situación negativa

4454/2002) o STS 21 diciembre 2012 (rec. 199/2012).

⁷³ STS 13 mayo 2019 (rec. 246/2018).

⁷⁴ STS 27 enero 2014, cit., y STS 26 marzo 2014, cit.

⁷⁵ STS 28 febrero 2018, cit.

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 debe limitar su quehacer 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 adecuada⁷⁶. Se trata de una garantía frente a la arbitrariedad que respeta el margen de discrecionalidad del empresario.

3.1. Supuesto paradigmático donde no queda acreditada la necesidad de proceder al despido tras la reconversión tecnológica

Un ejemplo por excelencia de la materia objeto de análisis cabe situarlo en la polémica sentencia de un Juzgado de lo Social de las Palmas de Gran Canaria de 2019⁷⁷. El fallo ha generado una notable controversia por la argumentación sobre la automatización y su conjunción con el mantenimiento del empleo. Desgranando los hechos probados, cabe constatar que la empresa procede a despedir a una trabajadora sobre la justificación de causas técnicas, organizativas y de producción. La parte demandada adquirió una licencia de software RPA, acrónimo de *robotic process automation*, o automatización robótica de procesos. El software está orientado a realizar tareas repetitivas, mecánicas y que varían muy poco en cada interacción. El RPA instalado fue destinado a la reclamación y conciliación de cobros. A fecha del despido, se le habían encargado el tratamiento de los datos de los 7 clientes de mayor facturación. El RPA realizaba tareas desde las 17:15 hasta las 06:00, y los festivos y fines de semana trabajaba 24 horas. En el Área de Clientes, donde desempeñaba sus servicios la actora, había 9 personas, a fecha del despido había 6. En 2017, la actora remitió a Deloitte una relación de las tareas que realizaba, y en 2018, año previo al despido, una relación del tiempo que dedicaba a cada tarea.

En el momento del despido (29 de marzo de 2019), el *Informe de Perspectivas Turísticas Enero 2019* elaborado por Exceltur/Alianza para la Excelencia Turística recogía como opinión empresarial mayoritaria que durante el 2019 se preveía un empeoramiento de los resultados del 58,2% y de las ventas de un 61,8%. Así mismo, el índice de confianza (ICTUR) en el sector alojamiento de Canarias se situaba en unos -25,8 puntos. En la

⁷⁶ STS 26 marzo 2014, cit.

⁷⁷ SJS n. 10 Las Palmas de Gran Canaria 23 septiembre 2019 (proc. 470/2019).

misma línea, y de conformidad con las previsiones del Instituto Canario de Estadística, las pernoctaciones, viajeros entrados y viajeros alojados en los establecimientos de hostelería en Gran Canaria en enero de 2019 se redujeron en un 12% respecto de los datos registrados en enero de 2018 y en un 28% respecto de los registrados en 2017. La demandante impugna el despido por considerarlo improcedente, en tanto en cuanto no considera ciertos los hechos contemplados en la carta de despido, pues sostiene que la situación “productiva” de la empresa, se asienta sobre previsiones o suposiciones, aún no constatadas al tiempo del despido.

De entrar a valorar los Fundamentos de Derecho, lo primero que cabría señalar es que las causas técnicas, organizativas o de producción, nada tienen que ver con los resultados económicos de la empresa; motivo por el cual toda referencia a los beneficios obtenidos por la demandada en el año 2018, de unos 9,4 millones de euros, o por las demás empresas del grupo, en nada afectan a la procedencia o no del despido operado, sin perjuicio de que puedan ser pinceladas a la situación general de la empresa. El ponente procede a definir las causas de acuerdo a los criterios sentados por la jurisprudencia sobre el particular, así como su ámbito de afectación. Así, las causas técnicas, organizativas y de producción tienen su origen en los cambios acaecidos en sectores limitados de la vida de la empresa, a diferencia de cuanto ocurre con las económicas referidas a la rentabilidad de la entidad en su conjunto y con proyección sobre el plano de su competitividad, pudiendo aparecer totalmente desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables. Para que tales cambios puedan operar como causa de extinción colectiva o individual será preciso que provoquen una reducción real de las necesidades de mano de obra, de modo que la medida permita mantener o restablecer la equivalencia entre las nuevas exigencias y el personal contratado para atenderlas.

En el Fundamento de Derecho cuarto, el juzgador señala que la invocación en la carta de despido de la causa productiva no puede ser tal. Estas afectan al ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, y estos productos o servicios, que son de gestión de intermediación turística y de administración, gestión, explotación y gerencia de sociedad dedicadas a la actividad turística, no habían cambiado al tiempo del despido. Continúa la exposición indicando que no ha surgido un nuevo producto turístico, ni ha desaparecido ninguno. La empresa pretendía hacer valer que el mercado turístico está en declive, con datos y expectativas negativos; sin embargo, se adelantaba a un futuro que aún no se ha producido. Si bien la causa productiva podría afectar a que el producto o servicio ofertado estuviera en franca decadencia, es igual de cierto que no

puede basarse en que tiene visos de alcanzar la decadencia en un futuro, incierto y sin proximidad definida. La carta de despido incurre en el error de proyectar hacia el futuro sus previsiones negativas, sin una circunstancia objetiva y real de empeoramiento del sector al tiempo del despido, más allá de los datos puntuales de enero de 2019, 2018 y 2017.

En todo caso, el Informe elaborado por Exceltur convierte la opinión empresarial en un elemento taxonómico, cuando lo decisivo deberían ser los datos objetivos. En consecuencia, la fiabilidad de estos datos debe dejarse en entredicho, y ello por cuanto las opiniones son subjetivas y los datos son objetivos; esto es, a la fecha del despido no había un dato objetivo que permitiera justificar un cambio en los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado y, por ende, justificar el despido. Otro de los datos tomados en cuenta para justificar el despido es el Índice de Confianza Turístico Empresarial, de carácter subjetivo, formado por la diferencia entre el porcentaje de opiniones empresariales sobre el aumento o la reducción de sus ventas previstas, sus reservas y el empleo del trimestre de referencia respecto al mismo trimestre del año anterior. Es decir, no constata hechos, sino que presume el futuro. Los Indicadores adelantados por lo general cambian antes de que cambie el ciclo económico/productivo, pudiendo ser útiles como predictores a corto plazo de la economía, pero, en todo caso, no pueden constituir cimiento para una “causa productiva” de un despido.

Mayor interés presenta la alusión en la carta de despido a un descenso en la previsión de vuelos regulares a Gran Canaria; sin embargo, los clientes de la empresa que más trabajo dan y por ende más facturan y más tiempo ha de dedicarse de trabajo, son los grandes operadores turísticos. Estos clientes no operan con vuelos regulares, sino con vuelos charter. Por ende, los datos sobre vuelos regulares en poco o en nada afectan a los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, por lo que seguiría sin haber causa productiva. Ahora bien, cabe cuestionarse si tal calificación de la causa productiva sería distinta de haberse sabido en el momento del despido la quiebra del gigante Thomas Cook, uno de los principales clientes de la demandada, el 23 de septiembre de 2019⁷⁸.

La segunda cuestión a abordar, en el Fundamento de Derecho quinto, es la relativa a la conjunta justificación que en la carta se hace de las causas técnica y organizativa. La demandada alega haber procedido a la «robotización de parte de las funciones administrativas que hasta el

⁷⁸ E. ROJO TORRECILLA, *Sustitución de una trabajadora por un bot de gestión. Necesidad de justificar la causa de la decisión empresarial. Reflexiones a partir de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 Las Palmas de Gran Canaria de 23 de septiembre de 2019*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 1º octubre 2019.

momento venían siendo desarrolladas directamente por el personal». El ponente, excelente conocedor de la materia, matiza que, desde un punto de vista técnico, la demandada no ha procedido a la robotización, sino a la automatización a través de software, es decir, no existe “robot” físico alguno que haya asumido tareas, sino que un software dotado de reconocimiento óptico de caracteres, lee determinados documentos, extrae la información y hace con ella aquello para lo cual está programado. En ningún caso se trata de un robot, dado que debería de existir bajo tal forma el soporte físico, como exige el Parlamento Europeo en el Anexo a la Resolución de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. Por tanto, se trata de un software instalable en cualquier servidor generalista, sin perjuicio de que comercialmente se emplee el término “robot”, y no “bot”, de manera equivocada.

La empresa ha llevado a cabo una automatización de procesos mediante la robótica, usando el software en *bots* para realizar tareas corporativas rutinarias. La demandada justifica que la implantación del *bot* respondía a la «necesidad de adaptación a los cambios constantes que se vienen dando en el sector» y de modernizar los sistemas en aras de «aumentar la competitividad de la empresa dentro del mercado y mejorar los resultados en términos de eficiencia y coste, incrementando la eficiencia en la ejecución de operaciones recurrentes en los procesos financieros-administrativos a través de un modelo de operación más competitivo como el que permite los softwares de automatización de procesos». Las causas técnicas afectan a los medios o instrumentos de producción, a saber, los cambios que en ellos se produzcan. En el supuesto de hecho ha aparecido un nuevo elemento que automatiza lo que antes se realizaba manualmente, prescindiendo de la necesidad del trabajador humano. Desde luego, las razones económicas son claras, pues los costes asociados a la implantación del RPA (licencia de servidor, nodo de producción y configuración) ascienden a un total de 12.900 euros anuales, en tanto que el coste de mantenimiento del puesto de trabajo de la actora representa para la empresa 28.412,44 euros anuales (salario más costes de Seguridad Social). Asimismo, el *bot* trabaja de 17:30 a 06:00 horas entre semana (12 horas y media) y 24 horas los fines de semana y festivos, para permitir alcanzar la conclusión de que por 12.900 euros anuales se desempeña un trabajo de 392 horas (98 a la semana), mientras que por 28.412,44 euros se desempeña un trabajo de 160 horas (40 a la semana). Es decir, el *bot* desempeña el trabajo correspondiente a 2,45 trabajadores al mes, lo cual vendría a coincidir con los trabajadores cuyos puestos han sido afectados por la implantación de la RPA.

La carta, hace alusión a que el *bot* había asumido el 70% de las tareas de reclamación y compensación de cobros; tareas ambas que realizaba la actora. Ahora bien, el juzgador considera que las razones para amortizar del puesto de la afectada no habían sido acreditadas, como no resulta probado el efectivo tiempo y carga de trabajo de la que se libera a la actora. De este modo, la carta señala que, en la automatización de la reclamación de cobros, los tiempos se reducen un 94%, por cuanto esta tarea pasa, de realizarse en un tiempo medio de 15 minutos por cliente, a tener lugar en tan solo 55 segundos por cliente. No obstante, en la pericial aportada no se hace un estudio del tiempo promedio que la actora tarda en hacer una tarea de reclamación de cobros, sino que simplemente se limita a transcribir el contenido de una presentación Power Point de Deloitte, sin hacer un examen de los datos subyacentes. Por otro lado, la declaración testifical de la Directora de Contabilidad y Cobros señalando que la actora dedicaba el 8% de su jornada mensual a gestión de cobros y el 89,23% restante a conciliación de cobros, carece de soporte documental, no siendo suficiente la mera declaración de certeza sin posibilidad de acceder a las fuentes. En efecto, toda automatización suele conllevar una mejora en la eficiencia, pero en este caso no hay una acreditación específica, con números concretos y detalle explicativo, para lo cual la pericial habría sido necesaria.

La demandada añade y destaca que el proceso de automatización «ha permitido que la tarea de compensación de cobros a clientes se realice en tan solo 6 minutos por cliente, cuando manualmente se realizaba en 10 minutos por cliente». De nuevo, no hay pericial que lo acredite, pues se desconoce el método de trabajo y la forma de desempeño de la actora en sus labores, el tiempo que dedica y cómo, en cambio, la RPA desempeña esas mismas tareas con un 40% más de eficacia, por cuanto no hay datos que así lo demuestren, o no se han aportado. Tampoco ha acreditado la empresa el tiempo efectivo del que se liberó a la actora tras la implantación de la RPA. Se parte de que el trabajo de la actora no se elimina al completo, sino sólo en un 70% de algunas tareas, a saber, de compensación de cobros y reclamación de cobros, y ello por cuanto no se habían dado al *bot* todos los clientes, sino solo 7 de los 500. Pues bien, «no se encuentra tampoco un estudio sobre cuánto tiempo dedicaba la actora a esos 7 clientes y cuánto dedicaba a los 493 restantes, se afirma como dato “incontrastado” que se le libera del 70% pero se desconoce los parámetros empleados para tal cálculo, siendo así que podría ser un 50% o un 40% o incluso un 1,4% (porcentaje real de 7 respecto a 500)». Esos clientes son los que más facturan según indican tanto los testigos como las partes y, por ende, los que más trabajo dan, pero no hay datos numéricos contrastables que permitan un debate sobre la realidad de esos porcentajes, por lo que no cabe, igualmente sino

tener por no acreditadas las razones técnicas.

Tras concluir que no aparece probada la causa técnica, a la cual va ligada la organizativa, por no quedar acreditada la realidad de las horas vacías de contenido, la sentencia va un paso más allá y contiene una digresión sobre la causa técnica. Precisamente es en el Fundamento de Derecho sexto donde está plasmado el verdadero eje de discusión para los operadores jurídicos. Tras realizar un repaso histórico y jurisprudencial de las causas de despido colectivo, el juzgador pone el punto de mira en la interpretación de la expresión legal «dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa». La interpretación del término “dificultades” por el Tribunal Supremo en el año 2006 dejaba abierta la puerta a que la simple mejora de la eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial justificara el despido⁷⁹. El ponente, en manifiesta discrepancia con el contenido de la citada sentencia, se remite al voto particular de la misma, centrado en la idea de que la simple mejora de la eficiencia no puede ser tenida como piedra que justifique la inclinación de la balanza en favor del derecho a la libertad de empresa, sobre el derecho al trabajo e incluso sobre el interés público a favor del mantenimiento del empleo. En palabras de aquel voto particular, la norma determina la necesidad de que exista una circunstancia objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo vinculada a una situación de dificultad en la empresa; y no una cualquiera, sino aquella o aquellas de tal entidad que impidan su buen funcionamiento.

De seguir la lectura de la fundamentación jurídica, se hace una defensa del juicio de razonabilidad en la concurrencia de los motivos, pese a la eliminación de tal referencia en la reforma laboral de 2012. No en vano, el concepto y la finalidad de la extinción de contratos de trabajo con fundamento en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción no ha sido modificado. En este sentido, el despido por causas empresariales sigue estando configurado como un mecanismo legal para la extinción de contratos de trabajo a menor coste del ordinario, cuando en la sociedad concurren circunstancias de esa naturaleza y como instrumento para intentar mantener la actividad y conservar los demás puestos de trabajo no afectados por tan drástica medida, pero no como ardid para reformar la estructura laboral o evitar acudir a otros mecanismos que generarían una indemnización mayor. Por lo tanto, la correcta interpretación de esta mayor flexibilización efectuada por el legislador no exime al empleador del deber de acreditar que real y efectivamente atraviesa por dificultades de cierta entidad para cuya superación es medida adecuada y razonable la extinción

⁷⁹ STS 31 mayo 2006 (rec. 49/2005).

de contratos de trabajo, dado que lo contrario implicaría dejar libérrimamente en manos del empleador la opción unilateral por la extinción contractual con el pago de una indemnización inferior a la ordinaria.

En este punto, el ponente defiende que el fenómeno de la automatización de labores repetitivas que no ofrecen un valor añadido supera lo puramente “técnico”, e incluso la libertad de empresa, alcanzando a la estabilidad del empleo en su conjunto. Procede, a renglón seguido a describir varios estudios que llevan a cabo un análisis prospectivo sobre los trabajos automatizables en cada economía para extraer el dato de que la automatización de procesos implicara una destrucción de empleos de al menos el 35% de la población activa. A su entender, es necesaria una reinterpretación del concepto de causas técnicas que parten, entre otros, de un cambio en los medios o instrumentos de producción. En el caso de la automatización, más que un cambio (entendiendo como tal la conversión o modificación de algo en otra cosa) implica la irrupción de algo nuevo. Ilustra tal conclusión con lo que considera un verdadero cambio de un instrumento de producción, esto es, la transformación de las cámaras fotográficas analógicas a cámaras fotográficas digitales, en la que el trabajo de revelado y tratamiento desaparece y gran parte de la labor de un fotógrafo manual puede desaparecer.

Sin embargo, en el caso de la automatización se pasa de que los trabajadores hagan uso de un instrumento de producción para el desempeño de su trabajo, a que el instrumento de producción haga ese trabajo por sí mismo. Por ello, entiende que no ha lugar a un cambio en el medio o instrumento de producción, sino la sustitución de un trabajador por un instrumento. Lo contrario sería tanto como considerar al trabajador un instrumento y la aparición de un “robot” o “bot” un cambio en ese instrumento. La correcta interpretación de las causas no puede llevar a confundir la mera conveniencia empresarial de reducir costes, con la necesidad de superar desajustes entre la fuerza laboral y la oferta. De otro modo, se favorecería, so pretexto de la competitividad, la subestimación y minimización del Derecho al Trabajo. A tal contundente conclusión añade que la finalidad no ha de ser configurar un sistema de incremento de los beneficios en aquellas empresas que, no atravesando complicación alguna, pretenden ante cualquier eventualidad en su proceso técnico, productivo y de organización, trasladar al trabajador los riesgos de la actividad productiva, haciendo recaer sobre el colectivo laboral cualquier incidencia del mercado, de escasa relevancia y nula incidencia en su normal funcionamiento, o servir de subterfugio para evitar llevar a cabo la negociación de una serie de derechos y garantías laborales, como implicaría

la masiva sustitución de trabajadores por automatismos robóticos.

De la misma manera, determina que en el caso enjuiciado no se ha producido un desajuste entre la demanda existente en el mercado y la fuerza laboral en la empresa, sino que ha sido la propia empresa, sin problemas previos, la que ha introducido un elemento de desajuste (por otro lado, no acreditado), al adjudicar a un *bot* el trabajo que antes desempeñaban humanos. En el supuesto presente no había una carga de trabajo inasumible capaz de justificar la introducción de un elemento robótico a cargo de dicho excedente de trabajo. La razonabilidad de la medida no puede encontrarse ni en la mera conveniencia económica de introducir un instrumento que trabaje 392 horas al mes, frente a una persona que por derechos sociales alcanzados no debería trabajar más de 160 horas al mes, ni en la mejor conveniencia económica de pagar 12.900 euros anuales por una licencia, frente a los 28.412,44 euros anuales de un trabajador, suponiendo un ahorro en salarios y, sobre todo, en cotizaciones a la Seguridad Social.

La vigorosa defensa del trabajador humano se cierra con la afirmación de acuerdo con la cual la automatización como causa técnica del despido implica una oposición entre los derechos sociales alcanzados por los trabajadores, como el salario mínimo, la jornada laboral o la limitación de horas extraordinarias, que se vislumbran como obstáculo u óbice para alcanzar un rendimiento empresarial óptimo, frente a la posibilidad de que un instrumento de producción pueda efectuar ese mismo trabajo sin límite de horas, sin salario ni cotizaciones sociales. Reflexiona el ponente sobre cómo la automatización mediante *bots* o robots, con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar lo mismo que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la libertad de empresa. En conclusión, según su parecer no puede tenerse por procedente un despido por causas técnicas, en casos como el presente, donde la automatización viene a sustituir a los trabajadores en sus tareas, hasta desplazar a la masa laboral del mercado, por la mera competitividad de la empresa.

3.2. Comentario crítico a la improcedencia del despido motivado por la automatización

Finalizada la síntesis argumentativa del juzgador (y sin ápice de duda en torno a sus conocimientos del terreno tecnológico)⁸⁰, cabe exponer una

⁸⁰ Como puede comprobarse en los escritos publicados por el ponente de la sentencia, J. ERCILLA GARCÍA, *La robotización como "causa técnica" de despido objetivo*, Aranzadi, 2018, J. ERCILLA GARCÍA, *Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots*, en *Revista*

serie de matizaciones a tener en cuenta. A pesar de la parquedad de la norma al referirse a las causas, de algunos de los razonamientos esgrimidos por la sentencia comentada cabe apreciar cierta resistencia a aceptar los cambios operados por las distintas reformas del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Parece pertinente recordar en este contexto, que el interés del Derecho del Trabajo por la pervivencia de la empresa está en la propia génesis de esta parcela del ordenamiento, ya que es el medio preeminente para asegurar la viabilidad de las relaciones laborales a ella vinculados. A partir del año 1994 se asocia la conservación del negocio jurídico con la competitividad de las organizaciones productivas, lo cual se traduce en la necesidad de aceptar cierta devaluación de la protección de los trabajadores en favor de la mejora competitiva de las empresas. Dicho de otro modo, la actual regulación, así como las instituciones relacionadas con la flexibilidad interna, obedece a la apuesta del legislador por la competitividad de las empresas como garantía del mantenimiento y de la creación de empleo, especialmente a medio y a largo plazo.

La sentencia reseñada plantea una disyuntiva excluyente entre la libertad de empresa y la competitiva, de una parte, y el derecho al trabajo y el mantenimiento del empleo, de otra, bajo la justificación de que la robotización y la automatización pueden destruir un notable volumen de empleo⁸¹. Ahora bien, dicha afirmación es del todo controvertida, pues ante la estimación empleada por el juzgador de un 35% de destrucción de empleo cabe decir que son diversas las metodologías para calcular el riesgo de automatización de la fuerza laboral. Baste con señalar que la OCDE sitúa el riesgo de automatización en España en un 11,7%, el mayor porcentaje corresponde a Grecia con un 12,9%, figurando a continuación Alemania y Austria, ambos con 12,2%. El Reino Unido con un 10,2%, mientras Italia y los Países Bajos comparten un 9,7%. Estados Unidos con un 8,9% seguido por Francia con un 8,8% están algo por debajo del promedio de 9% de la OCDE. Los países con menor riesgo de automatización de los puestos de trabajo serán, sobre todo, Bélgica (7,1%), Finlandia (6,6%), Estonia (6,3%) y Corea (5,9%)⁸². Una interpretación tan estricta como la que mantiene la sentencia reseñada podría afectar directamente al avance de la innovación y el desarrollo tecnológico.

Paradójicamente, mientras el progreso económico siga asociado a la

Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnología, 2018, n. 47, o J. ERCILLA GARCÍA, *Tributación y cotización de los robots inteligentes*, en *Consell Obert*, 2019, n. 351.

⁸¹ A. JURADO SEGOVIA, *Robotización/ automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)*, en *Labos*, 2020, n. 3, p. 23.

⁸² OECD, *OECD Employment Outlook 2017*, 2017, cap. 3.

competitividad de las empresas, el Derecho del Trabajo deberá aceptar que esta devaluación permanente del estatuto protector de los trabajadores para garantizar la vida de la empresa, que – y sobre todo – también contribuye a salvaguardar el empleo. El proceso productivo, en la actualidad, no puede prescindir de la automatización, pues ello supondría un detrimento de la innovación tecnológica y la mejora de la eficiencia y competencia de las sociedades. El legislador deberá tener en cuenta dichas contingencias a la hora de determinar cuál es la solución adecuada; pero mientras tal ocurre, serán necesarias medidas para minimizar el impacto de la reconversión tecnológica a negociar por la parte empresarial y los representantes de los trabajadores.

Por otra parte, la jurisprudencia ha admitido que, ante determinadas circunstancias, la decisión de externalizar una actividad interna justifica la extinción por causas de empresa. La sentencia debería haber tratado de razonar los motivos por los que un proceso de automatización (una especie de externalización interna, salvando las distancias) constituye un fenómeno diferenciado que avale una desviación respecto a la línea interpretativa⁸³. Ante la hipótesis de que la demandada, en vez de adquirir la licencia directamente, hubiera externalizado la actividad a una empresa que ya dispusiera del *bot*, sería interesante desarrollar si el despido debiera ser calificado como improcedente. De no contraargumentar esta posible refutación, la incidencia de la automatización en la calificación de improcedencia es controvertida. La eventual destrucción de empleo a causa de la automatización no parece ser motivo que devalúe *per se* la causa resolutoria alegada por la empresa.

Por lo tanto, de aceptar que la legislación vigente se vertebra sobre la idea de que, en el contexto económico de hoy en día, la competitividad promueve el empleo y la automatización no describe un tipo resolutorio calificado que exija un desequilibrio contractual mayor, el juicio sobre la adecuación de la calificación de la sentencia debe quedar limitado a los argumentos esgrimidos para rebatir la motivación de la empresa. En síntesis, estos fundamentos son el carácter futurible y la subjetividad de los datos aportados. Son precisamente estas cuestiones la clave de si «ha sido la propia empresa, que no tenía problemas previos, la que ha introducido un elemento que ha creado dicho desajuste». La complejidad de la cuestión radica en determinar si el diagnóstico realizado por la empresa se aproxima a un análisis racional u obedece a la mera intuición subjetiva, irracional o errónea. De asumir los problemas ligados a las predicciones de futuro a partir de datos incompletos, el principal defecto en la argumentación de la

⁸³ STS 20 noviembre 2015, cit.

unidad productiva no radica en el carácter no actual de los mismos, sino en la ausencia de razonamiento de que los datos aportados tienen incidencia, al menos mediata, en la oportunidad de introducir el *bot*⁸⁴. En conclusión, la calificación de improcedencia es ajustada, al igual que en otros supuestos⁸⁵, si bien hubiera sido adecuado centrar la fundamentación en este último punto, donde en verdad radica el núcleo de la controversia jurídica del caso.

3.3. Extinciones procedentes como consecuencia de introducir nuevas tecnologías

Queda normativamente reconocida la facultad del empresario de gestionar medidas frente a la situación de crisis. Ahora bien, eso no significa que el poder sea absoluto e ilimitado. Una cosa es que pueda gestionar las crisis, de manera amplia, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder omnímodo de intervención en las condiciones de los trabajadores y en la propia subsistencia de los vínculos contractuales⁸⁶. La

⁸⁴ Un magistral análisis en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Automatización y despido objetivo (SJS/10 Las Palmas 23/9/19)*, en ignasibeltran.com, 9 octubre 2019.

⁸⁵ Confirmando la improcedencia declarada en instancia, pues «si bien acredita la empresa que ha sustituido tres máquinas por dos que incrementan la productividad, no ha aportado dato alguno para poder colegir que la mera supresión de una máquina, por cuanto las otras dos deberán continuar siendo accionadas por operarios, justifique el despido de nada menos que nueve trabajadores de la misma sección, por lo que no ha superado el juicio de razonabilidad, no acreditando la proporcionalidad de la medida, ya que solo constan datos genéricos respecto del incremento de los kms cuadrados de papel impreso, pero no se ha acreditado en qué proporción ni tampoco que ello suponga el descenso de la mano de obra necesaria para accionar las máquinas, ya que, por el contrario, precisamente ese aumento en la productividad podría llevar a necesitar más personal para continuar el proceso productivo», STSJ Madrid 7 octubre 2019 (rec. 775/2019) o STSJ Madrid 30 marzo 2022 (rec. 81/2022). En este sentido, «la verdadera intención de la empresa era la de realizar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de todas las administrativas de oficinas, cambiándoles la categoría y las obligaciones contractuales a través de una novación contractual (documento nº 13 de la empresa), en la que se exigían objetivos, y al no ser aceptada por la actora se procedió a su despido, intentando fundamentarlo en causas técnicas que, en realidad, eran anteriores a la fecha de extinción de la relación laboral», SJS Ciudad Real 20 septiembre 2019 (proc. 467/2019).

⁸⁶ La introducción de la máquina ha supuesto una modificación relevante en la organización del trabajo pues automatiza las tareas de etiquetaje y empaquetado que había venido desarrollando el actor, no afectando solo a su puesto de trabajo sino a la organización de la empresa en general, por concurrir con la unificación de los

redacción en torno a las causas dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto en su aplicación como en el posterior control al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones a futuro de incierta materialización. La norma exige que la decisión extintiva aparezca fundada sobre causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, e impone al empresario un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, debiendo entregar no solo una memoria explicativa de las causas alegadas, sino también toda la información necesaria para acreditar la procedencia del despido colectivo.

Las causas de extinción para el despido colectivo, pueden ser encasilladas en dos grupos, por un lado las de tipo económico, entendiendo como el recurso necesario ante una situación crítica, equiparando el concepto tradicional de crisis permanente, para contribuir a superar una coyuntura económica negativa de la empresa; y, por otro, el que abarca los motivos técnicos, organizativos o de producción, orientados a superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de aquella, ya sea por su posición competitiva en el mercado, ya por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. La posibilidad en la práctica de deslindar y diferenciar ambos grupos resulta ciertamente compleja, pues es evidente que la amortización de un puesto de trabajo que redunde favorablemente en la marcha económica de la empresa conllevará, en principio, una más favorable situación de viabilidad futura de la empresa. Pese a la dificultad divisoria, cuanto en todo caso sí parece ser tenido en cuenta a la hora de configurar las causas de extinción contractual de los arts. 51 y 52.c ET, es que estas operen como última medida de carácter laboral a la que el empleador ha de acudir para garantizar el futuro de la entidad, operatividad subordinada a las situaciones en las cuales son posibles, y menos traumáticas, decisiones previas que hayan fracasado o se prevean un fracaso con relación a las mismas a medio o corto plazo⁸⁷.

En el despido por causas económicas, el factor desencadenante hace referencia al ámbito de los resultados de explotación. Mientras, las causas técnicas, organizativas o productivas han de entenderse referidas a circunstancias sobrevenidas que guarden relación con la actividad, el funcionamiento o la organización interna de la empresa y cumplan asimismo aquellos requisitos de objetividad, actualidad y suficiencia. Legalmente se presupone que tales circunstancias obligan a introducir

departamentos de logística y expediciones, cualquiera de cuyos operarios puede manipularla, STSJ Cataluña 22 julio 2022 (rec. 2419/2022).

⁸⁷ La decisión extintiva se basa en que el puesto de trabajo de la actora ha quedado, en la práctica, vacío de contenido por la adquisición de ordenadores que ahora ejecutan la misma labor que antes realizaba la actora.

cambios considerados como necesarios o aconsejables para la buena marcha de la empresa. Dichos cambios pueden tener distinta motivación y diferente contenido y afectar a una o a diversas parcelas de la actividad empresarial. La extinción por estas causas ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 CE⁸⁸.

La decisión de extinguir el contrato debe ajustarse, entonces, al estándar del buen comerciante y superar el test de razonabilidad; apreciándose, además, una conexión adecuada entre las causas acreditadas y la amortización del puesto de trabajo⁸⁹. El empresario, en suma, que es sobre quien pesa la carga de probar que su organización productiva ha sufrido modificaciones y aquellas han incidido en el ámbito en el cual el trabajador o trabajadores despedidos prestan sus servicios, cumple con su tarea, cuando acredita que el concreto contrato de trabajo ha entrado en crisis, el puesto de trabajo ha devenido innecesario y el trabajador no puede cumplir con su prestación básica que es la de trabajar⁹⁰. Las modificaciones operadas han de estar suficientemente acreditadas y ser lo suficientemente profundas para mostrar la proporcionalidad de la medida adoptada por la empresa. El que el trabajador se encuentre sobrecargado, o así lo sientan muchos o la mayoría, no impide que el despido sea calificado como procedente si se constata de forma objetiva la realidad de la causa efectuada por la empresa y una disminución proporcional de la necesidad de trabajo⁹¹. La única fórmula para enervar tal efectividad de la causa sobre la bondad de la decisión empresarial sería la de su desmesura en términos de razonabilidad⁹².

En el proceso por despido fundado en las causas reguladas en el art. 51.1 ET, la empresa ha de acreditar cumplida y fehacientemente la necesidad de amortización del puesto de trabajo mediante los medios de prueba que de modo incuestionable y manifiesto dejen patente tal necesidad. A lo anterior se añade que la causa debe ser actual y estar presente en la fecha en la cual se adopta la medida extintiva, pues cuanto

⁸⁸ STSJ Madrid 28 noviembre 2008 (rec. 4330/2008); STSJ Castilla y León, Burgos, 17 diciembre 2009 (rec. 742/2009).

⁸⁹ «Se declara procedente el cese por causas técnicas, organizativas y productivas; cumplimiento de las exigencias formales, documentales y procedimentales en el período de consultas, no habiéndose infringido el principio de la buena fe en la negociación, ya que se producen sucesivas mejoras de la oferta y reducción del alcance del despido; procedencia de las extinciones realizadas en aplicación de los criterios de selección de los trabajadores afectados negociados y acordados», STSJ Madrid 23 julio 2019 (rec. 35/2019).

⁹⁰ STSJ Asturias 31 mayo 2022 (rec. 771/2022).

⁹¹ STSJ Cataluña 14 junio 2019 (rec. 2117/2019).

⁹² STSJ Madrid 18 enero 2021 (rec. 736/2020).

justifica causalmente la amortización de puestos de trabajo es la existencia de un problema de funcionamiento de la empresa, de manera que si la situación desfavorable es pretérita faltaría el presupuesto del cese. La expresión amortizar un puesto de trabajo comporta su supresión, sin que ello haya de equivaler a la desaparición de las funciones que en él se hacían, de forma tal que estas pueden seguir siendo desarrolladas en el seno de la empresa, pudiendo ser asumidas por otros trabajadores, por el propio empresario o por un ordenador comprado *ad hoc* para ello. En este último caso, se permite al empresario la supresión individualizada de dicho puesto de trabajo, por circunstancias de reorganización de los medios personales con el fin de adaptar el resultado productivo de bienes o servicios a las exigencias de la demanda o del mantenimiento de la necesaria competitividad en una economía de mercado, siendo el instrumento que permite el buen funcionamiento de la empresa en términos de racionalidad económica, evitando así el riesgo que para su mantenimiento o viabilidad futura puede generar la permanencia o conservación de los puestos de trabajo que carecen de ocupación específica, obedeciendo tal supresión a fines de carácter preventivo o positivo tratando de mantener la viabilidad futura a través de la eliminación del carácter sobredimensionado de las plantillas en atención a criterios objetivos de demanda o competitividad⁹³.

Resulta de todo punto contrario a los más elementales criterios de racionalidad productiva mantener puestos de trabajo que, habiendo dejado de cumplir su función económica, devienen totalmente innecesarios. Si el trabajo ha perdido parte de su contenido de forma que ha originado una reorganización de recursos humanos y la actividad es ahora ejecutada por una máquina, parece claro que la medida extintiva adoptada por la empresa contribuiría a una optimización de dichos recursos humanos. Carecería de sentido conservar un puesto de trabajo que ha perdido su cometido, pues se trataría de mantener costes (salario y Seguridad Social) sin contraprestación de producción o con una contraprestación mínima. El cambio tecnológico justifica la amortización de puestos de trabajo precisamente porque los medios nuevos sustituyen métodos y procesos de trabajo obsoletos por otros más modernos, necesitan menos mano de obra, reducen costes, hacen más competitiva a la empresa y mejoran su posición en el mercado en el que actúa⁹⁴. La consecuencia es la amortización de los puestos de trabajo cuyas funciones hayan quedado reducidas o suprimidas por la introducción del cambio tecnológico⁹⁵. De manera que, cabe reseñar,

⁹³ STSJ Castilla y León, Burgos, 17 diciembre 2009, cit.

⁹⁴ STSJ Galicia 27 enero 2015 (rec. 3505/2014).

⁹⁵ «En consecuencia, el trabajo que venía desempeñando la actora se ha visto superado por

la jurisdicción laboral viene reputando de lícitas las causas de extinción del contrato de trabajo por, verbigracia, la efectiva inversión empresarial en una nueva tecnología, más eficaz que la intervención manual de los trabajadores⁹⁶.

4. Consideraciones finales

Una de las principales conclusiones a alcanzar de cuanto se ha expuesto es que, tradicionalmente el cambio tecnológico presentaba escasos efectos sobre el número total de puestos de trabajo, pero hoy en día ha dado lugar a importantes procesos de reestructuración en las empresas. Debido al avance de las nuevas tecnologías, las máquinas son cada vez más capaces de realizar tareas antes reservadas a los humanos, donde los procesos de producción y las organizaciones están cambiando por la aparición y desarrollo de nuevos productos, servicios y modelos de negocio. Estas tendencias tienen importantes repercusiones para los mercados laborales europeos, incluido el español. En concreto, el cambio tecnológico afecta a la demanda y la oferta de mano de obra y, por tanto, tiene consecuencias para los trabajadores, las empresas, el empleo, los salarios y la organización del lugar de trabajo. Los avances más recientes en robótica e IA convierten en imprescindible la necesidad de comprender la interiorización acelerada de estas tecnologías digitales en los procesos de producción y organización. El temor a un gran número de extinciones contractuales ha acompañado a las diversas fases del cambio tecnológico, pero hasta ahora el potencial de la automatización no ha conducido necesariamente a pérdidas duraderas de ocupaciones. Más bien, los efectos sobre el empleo dependen de la interacción entre varios mecanismos de ajuste macroeconómico, siendo la productividad, la acumulación de capital y la reinserción, elementos a ponderar con tiento a la hora de determinar si se ha compensado o incluso sobrecompensado la inicial amortización. Las nuevas tecnologías no afectarán tanto a la destrucción de empleo como a las condiciones de trabajo y las tareas realizadas en cada profesión⁹⁷.

un proceso de centralización en la sede de Valencia de la actividad antes desarrollada en las distintas delegaciones y, por la aplicación de sistemas de automatización y de compensación de cobros y pagos, que justifica la amortización del puesto de trabajo en Bilbao, donde según señala el Juzgador de instancia, no consta que se desarrolle actividad alguna de gestión de pagos u otros servicios administrativos asimilables», STSJ País Vasco 1º junio 2021 (rec. 697/2021).

⁹⁶ STSJ Galicia 27 junio 2011 (rec. 1320/2011).

⁹⁷ P. GMYREK, J. BERG, D. BESCOND, [Generative AI and jobs: A global analysis of potential effects](#)

Así, los estudios a nivel de empresa suelen indicar que las unidades productivas innovadoras que adoptan nuevas tecnologías tienden a crecer más rápido lo cual está asociado con un aumento del empleo, tal y como ha sucedido en países como Alemania, Austria o Gran Bretaña⁹⁸. Los datos sobre efectos específicos de introducir y usar la digitalización en las empresas europeas sugieren una modificación de la composición del empleo en favor de los trabajadores altamente cualificados. Por su parte, las investigaciones sectoriales tienen en cuenta la recolocación de trabajadores entre empresas más y menos innovadoras. La OCDE ha determinado que el impacto de la inversión en TIC en la demanda de mano de obra y en los efectos agregados a largo plazo son neutros, lo cual indica que las consecuencias indeseadas pueden ser contrarrestadas por los resultados positivos⁹⁹.

En segundo lugar, la adaptación tecnológica de las empresas va acompañada de un proceso de rediseño organizativo. Los cambios suelen ir dirigidos a hacer frente a retos relacionados con ciclos de producción más cortos, personalización de los productos y servicios, líneas de producción más complejas, comunicación y toma de decisiones más rápidas, así como una nueva división del trabajo entre humanos y máquinas. En consecuencia, los cambios organizativos relacionados con las nuevas tecnologías conducen a formas de organización más flexibles, menos jerarquizadas y, por lo general, implican puestos de trabajo con una gama amplia de tareas más exigentes y autoridad para tomar decisiones. Asimismo, las tendencias en las modalidades alternativas de trabajo, especialmente el trabajo autónomo, también pueden ser el resultado de un cambio en las preferencias de los trabajadores, como una mayor demanda de autonomía y flexibilidad, así como de un mejor equilibrio entre la vida laboral y personal.

Como tercera consideración, la robótica está evolucionando a un crecimiento exponencial, en particular debido a que los algoritmos incorporados a los robots funcionan como las partes sensibles del cerebro, pero también avanzan en capacidades no cognitivas como la interacción humana y la percepción¹⁰⁰. Por su parte, la IA ya está siendo empleada para tomar decisiones automatizadas respecto a las fases previas, coetáneas y

[on job quantity and quality](#), ILO Working Paper, 2023, n. 96.

⁹⁸ M. GOOS ET AL., *The impact of technological innovation on the future of work*, JRC Working Paper on Labour, Education and Technology, 2019, n. 3.

⁹⁹ OECD, *ICTs and jobs: complements or substitutes? The effects of ICT investment on labour demand by skills and by industry in selected OECD countries*, 2016.

¹⁰⁰ D. KLENERT, E. FERNÁNDEZ-MACÍAS, J.-I. ANTÓN, *Do robots really destroy jobs? Evidence from Europe*, en *Economic and Industrial Democracy*, 2023, vol. 44, n. 1, p. 299.

posteriores a la relación laboral. Por esta razón, deberían desarrollarse políticas tendentes a mejorar el diseño y la aplicación de las tecnologías digitales. El éxito de la mayoría de los algoritmos actuales de aprendizaje automático se mide en términos de beneficio o eficiencia, sin tener en cuenta sus consecuencias para los trabajadores y la sociedad en general. Las tecnologías que sean capaces de limitar el desplazamiento directo de trabajadores mediante la automatización al tiempo que maximizan la productividad y la reinserción generarán más puestos de trabajo. Cabe preguntarse si la IA que recibe las grandes inversiones en la actualidad es una tecnología de este tipo. Dada la gran variedad de aplicaciones de las tecnologías digitales, un buen punto de partida sería invertir en pruebas prácticas de interacciones entre trabajadores y sistemas automatizados.

Por último, el legislador europeo parece que no otorga mayor relevancia al elemento causal y, en su lugar, centra la atención en la trascendencia social del despido colectivo. Por su parte, las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción no dejan de ser a todos los efectos etéreos motivos que pretendían quedar alejados de cualquier control administrativo e incluso judicial. Los órganos judiciales, lejos de aceptar el papel de meros observadores con resignación, han reivindicado el protagonismo que les confiere el Convenio núm. 158 OIT, como verdaderos garantes seguridad jurídica a la hora de poner fin a las relaciones laborales. La operatividad práctica de las causas ha sido definida por el legislador e interpretada con paciencia por los Tribunales. De esta manera, se admite que el empresario invoque como motivos económicos las pérdidas actuales o prevista y el descenso persistente en el nivel de ingresos y ventas; eso sí, con la obligada aportación documental a efectos acreditativos. Más laxa es la regulación de las restantes causas, en cuanto la prueba está limitada a la memoria explicativa y a los documentos técnicos orientados a demostrar su concurrencia.

En el actual marco normativo español, la complejidad a la hora de delimitar las causas empresariales del despido colectivo no ha logrado alcanzar su punto y final, aun cuando las sucesivas reformas legislativas han tratado de aquilatar con mayor o menor éxito la tan ansiada seguridad jurídica en el instituto. El recurso a conceptos jurídicos indeterminados, así como a referencias amplias, permite abarcar los diversos y cambiantes problemas de la organización empresarial, si bien dejan su apreciación al control externo. La propia definición de las causas ha estado tradicionalmente pendiente de la operatividad de los fines perseguidos por el legislador más que de la verdadera configuración de su alcance material.

De centrar la atención en la causa técnica, la mera introducción de un *bot* y la acreditación de un ahorro en los costes no es suficiente para apreciar

su concurrencia. Cuando se trata de justificar despidos colectivos vinculados a la introducción de cambios tecnológicos en la empresa ya no es necesario probar que tales cambios obedecen a problemas o dificultades constatadas, ni tampoco acreditar nada acerca de la repercusión más o menos positiva de dichos cambios en la viabilidad o evolución de la empresa. Incluso es posible admitir el despido motivado por la automatización en una empresa con beneficios económicos y sin signos de una evolución negativa. Ahora bien, el empleador deberá probar a través de los correspondientes informes técnicos que la innovación tecnológica ha conducido a vaciar de contenido los puestos de trabajo de los trabajadores despedidos, indicando las tareas realizadas por los afectados, los métodos y tiempo de ejecución, las funciones asignadas al *bot* y el análisis de en cuánto ha mejorado la eficiencia. Es decir, el empresario ha de realizar un esfuerzo probatorio al indicar cuáles eran las tareas llevadas a cabo por los trabajadores afectados por el despido, cuánto tiempo tardaban en ejecutarlas, cuáles de las anteriores son encargadas al *bot* y cuánto ha aumentado la productividad. El aumento de la eficiencia, plasmado en los informes técnicos, ha de presentar bastante entidad para justificar la medida extintiva.

Si la innovación tecnológica no ocasiona un excedente de personal, sino una necesidad de recualificación, la entidad de la modificación podría plantear una doble vía: de un lado, proceder al despido colectivo, cuando fuera inviable la readaptación de quienes ya estuvieran en la empresa; de otro, adoptar un preceptivo periodo de adaptación y formación a fin de mantener el empleo existente. De hecho, gran parte del ajuste parece tener lugar dentro de las profesiones y no entre ellas. Es importante comprender la naturaleza de los cambiantes requisitos de la cualificación en el curso de la transformación digital, para que puedan ser adecuadamente abordados por las políticas educativas a todos los niveles. El objetivo último ha de ser colmar las lagunas actuales y garantizar la empleabilidad de los trabajadores, pues la proporción de tareas con potencial de ser automatizadas tiende a aumentar cuanto menor es el nivel de preparación de los trabajadores. Si los tecno-optimista están en lo cierto y la velocidad del cambio tecnológico se acelera, entonces los trabajadores también se verán obligados a adaptar sus competencias con mayor frecuencia. Por tanto, las medidas para aumentar la formación continua a lo largo de la vida, apoyando el aprendizaje permanente, pueden ser imprescindibles para mantener la empleabilidad.

En fin, un factor esencial viene dado por la necesaria jerarquización entre las medidas de flexibilidad externa e interna en el ordenamiento jurídico laboral, primando en todo caso las segundas a tenor del Real

Decreto-Ley 32/2021. En los casos en los que la fuerza de trabajo de la persona sustituida por un *bot* o robot siguiera subsistiendo, por mantener parte de sus funciones, acudir a la reducción de jornada y no al despido colectivo u objetivo constituye una posibilidad pretendida por la voluntad legislativa en la última reforma laboral al endurecer las causas para acometer una reestructuración empresarial e impulsar y suavizar los requisitos de la flexibilidad interna.

5. Bibliografía

- ÁLVAREZ CUESTA H. (2021), *Buenas prácticas convencionales frente a despidos por causas tecnológicas*, en *Documentación Laboral*, n. 123, pp. 789-806
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2019), *Automatización y despido objetivo (SJS/10 Las Palmas 23/9/19)*, en ignasibeltran.com, 9 octubre
- BERGSTRÖM O. (2014), *Monitoring Learning and Innovation in European Restructuring, synthesis report*, IRENE Policy Paper, n. 14
- BEUKER L., FRANSSEN M., KIROV V., NAEDENOEN F. (2019), *DIRESOC. Work Package 1: transnational analysis*, European Commission
- BLASCO PELLICER A. (2007), *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch
- BODAS MARTÍN R. (2017), *La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, en *Lan Harremanak*, n. 35, pp. 113-149
- BODAS MARTÍN R. (2016), *Las causas de despido colectivo: causas económicas*, en M. GODINO REYES (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch
- CASAS BAAMONDE M.E. (1996), *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, en *Relaciones Laborales*, n. 19, pp. 44-56
- DESDENTADO BONETE A. (2012), *Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales*, en *Actualidad Laboral*, n. 17-18
- ERCILLA GARCÍA J. (2019), *Tributación y cotización de los robots inteligentes*, en *Consell Obert*, n. 351, pp. 14-20
- ERCILLA GARCÍA J. (2018), *Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnología*, n. 47, pp. 1-34
- ERCILLA GARCÍA J. (2018), *La robotización como "causa técnica" de despido objetivo*, Aranzadi

- ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (2015), *Reflexiones preliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*, Cinca
- ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (coord.) (2015), *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*, Cinca
- ESTEBAN MIGUEL A. (2012), *Los despidos colectivos: un estudio de las causas económicas*, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 26, pp. 55-80
- EUROPEAN COMMISSION (2018), [*Study on monitoring the application of the EU Quality Framework for anticipation of change and restructuring*](#)
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. (2021), *Automatización y empleo: la "Paradoja de Polanyi" revisitada*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 1, pp. 63-93
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. (2018), *Despido colectivo*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *Tratado de despido*, Wolters Kluwer
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. (1993), *Expedientes de regulación de empleo*, Trotta
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. (dir.) (2018), *Tratado de despido*, Wolters Kluwer
- FRANSSSEN M. (2019), *Is there anything I can help you with? Modernisation through digitalisation: the case of Hotel Alban*, Lentic
- FRANSSSEN M., NAEDENOEN F., PICHULT F. (2020), [*DIRESOC. Digitalisation and restructuring: which social dialogue? Results from the transnational survey*](#), European Commission
- GARCÍA MURCIA J. (2016), *Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas o de producción*, en M. GODINO REYES (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., MERCADER UGUINA J.R. (dirs.) (2012), *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova
- GINÈS I FABRELLAS A. (2014), *El despido colectivo por causas económicas y centro de trabajo. Incongruencias en el alcance de la causa económica, la unidad de cómputo y la negociación por centros de trabajo*, en *Documentación Laboral*, n. 101, pp. 33-50
- GMYREK P., BERG J., BESCOND D. (2023), [*Generative AI and jobs: A global analysis of potential effects on job quantity and quality*](#), ILO Working Paper, n. 96
- GODINO REYES M. (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch, 2016
- GOERLICH PESET J.M. (1994), *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch
- GOOS M., ARNTZ M., ZIERAHN U., GREGORY T., CARRETERO GÓMEZ S., GONZÁLEZ VÁZQUEZ I., JONKERS K. (2019), *The impact of technological*

- innovation on the future of work*, JRC Working Paper on Labour, Education and Technology, n. 3
- JURADO SEGOVIA A. (2020), *Robotización/ automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)*, en *Labos*, n. 3, pp. 13-35
- KLENERT D., FERNÁNDEZ-MACÍAS E., ANTÓN J.-I. (2023), *Do robots really destroy jobs? Evidence from Europe*, en *Economic and Industrial Democracy*, vol. 44, n. 1, pp. 280-316
- 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 pospandemia*, en *Temas Laborales*, n. 160, pp. 151-188
- MONEREO PÉREZ J.L. (2021), *El despido colectivo por causas productivas en un centro de trabajo de una empresa multi-centros: elementos configuradores y negociación colectiva gestional o participativa*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 1, pp. 1-13
- MONEREO PÉREZ J.L. (2012), *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Tirant lo Blanch
- MONEREO PÉREZ J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS J.A. (1997), *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi
- MUROS POLO A. (2020), *El despido objetivo por causas técnicas y la automatización robótica de procesos, a debate*, en C. SOLÍS PRIETO, I. MARÍN ALONSO, M.T. IGARTUA MIRÓ (dirs.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum
- OECD (2017), *OECD Employment Outlook 2017*
- OECD (2016), [*ICTs and jobs: complements or substitutes? The effects of ICT investment on labour demand by skills and by industry in selected OECD countries*](#)
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (2012), *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova
- ROCHA F., NAEDENOEN F. (2020), [*DIRESOC. Work Package 3: Case studies. Synthesis report*](#), European Commission
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E. (2017), *El despido colectivo frente a la flexibilidad interna*, en *Revista de Derecho Social*, n. 79, pp. 37-62
- ROJO TORRECILLA E. (2019), *Sustitución de una trabajadora por un bot de gestión. Necesidad de justificar la causa de la decisión empresarial. Reflexiones a partir de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 Las Palmas de Gran Canaria de 23 de septiembre de 2019*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 1º octubre

SOLÍS PRIETO C., MARÍN ALONSO I., IGARTUA MIRÓ M.T. (dirs.) (2020), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum

TEISSIER C., NAEDENOEN F. (2020), *Digitalisation and restructuring: which social dialogue? Lessons from the DIRESOC Project*, European Commission

Crisis de la representatividad y digitalización: el papel de la negociación colectiva en materia de teletrabajo*

Sheila LÓPEZ VICO**

RESUMEN: El modelo prototípico de trabajo de carácter fordista ha pasado a ocupar un papel secundario en los países de nuestro entorno económico, viéndose este desplazado por un modelo marcado por la búsqueda de la flexibilidad, la globalización, la hipercompetitividad y la digitalización. A ello cabe añadir asimismo los efectos que la pandemia tuvo en este, entre los que se encuentra la implantación acelerada del teletrabajo y la aprobación de su norma reguladora, la Ley 10/2021 de trabajo a distancia. Esta forma de trabajo, si bien presenta indudables ventajas, pone de manifiesto nuevos retos para garantizar la adecuada protección de los trabajadores sometidos a la misma. En concreto, preocupa el efecto diluyente que esta puede tener en la identidad como grupo de los trabajadores de la empresa e irremediablemente en su fuerza colectiva. Por ello, entraremos a analizar por medio del presente estudio como se está abordando en la práctica el citado problema.

Palabras clave: Digitalización, teletrabajo, trabajo a distancia, negociación colectiva, acuerdo colectivo, convenio colectivo.

SUMARIO: 1. Planteamiento general. 2. El papel de la negociación colectiva en el marco de la Ley 10/2021. 3. Análisis convencional en materia de teletrabajo. 3.1. Resultados de carácter cuantitativo. 3.2. Resultados de carácter cualitativo. 3.2.1. Carácter voluntario del teletrabajo y reversibilidad. 3.2.2. Compensación de los gastos derivados del teletrabajo. 3.2.3. Régimen de preferencias en el acceso al teletrabajo. 3.2.4. Inventario de medios. 3.2.5. Utilización de los medios y dispositivos para fines personales. 3.2.6. Tiempo de trabajo. 3.2.7. Delimitación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizadas mediante teletrabajo. 3.2.8. Garantía de los derechos colectivos en el teletrabajo. 3.2.9. Establecimiento de una jornada mínima presencial y delimitación de la duración máxima del trabajo a distancia. 3.2.10. Otros puntos regulados en el plano convencional. 4. El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2023. 5. Conclusiones críticas. 6. Convenios colectivos analizados. 7. Bibliografía.

* Trabajo 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 2023.

** Personal Investigador Predoctoral en Formación (FPU), Universidad de Granada (España); Coordinadora de la *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* (Laborum); Colaboradora en la Gestión de las actividades de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

Crisis of Representativeness and Digitisation: the Role of Collective Bargaining in Teleworking

ABSTRACT: The prototypical Fordist model of work has taken a secondary role in the countries of our economic environment, being displaced by a model marked by the search for flexibility, globalisation, hyper-competitiveness and digitalisation. To this must also be added the effects that the pandemic has had on our work model, including the accelerated implementation of teleworking and the approval of its regulatory norm, Act No. 10/2021 on telecommuting. Although this form of work has undoubted advantages, it also presents new challenges in terms of guaranteeing adequate protection for workers who are subject to it. In particular, there is concern about the diluting effect that this form of work can have on the identity as a group of the company's workers and, irremediably, on their collective strength. For this reason, we will analyse in this study how this problem is being tackled in practice.

Key Words: Digitalisation, telework, telecommuting, collective bargaining, collective agreement, collective bargaining agreement.

1. Planteamiento general

La irrupción de la Cuarta Revolución Industrial, en la que aún seguimos inmersos, y las tendencias que la conforman, como son la digitalización, la globalización o la robotización, han impactado de manera determinante en nuestro modelo de organización empresarial. Se ha transitado del tradicional modelo fordista, caracterizado por la realización de un trabajo a tiempo completo e indefinido, de manera presencial en grandes estructuras fabriles y bajo la directa observancia y control empresarial, a un modelo de producción denominado como “posfordista”¹, en el que pasa a primar la búsqueda de altas dosis de flexibilidad que permitan a la empresa adaptarse a los cada vez más precipitados cambios que se producen en el mercado empresarial. Como consecuencia de ello, se ha abandonado el modelo de grandes fábricas o empresas, asistiéndose a una fragmentación o desintegración de las mismas que, si bien no han desaparecido, han pasado a adoptar una estructura sustancialmente diferente en aras de aumentar su flexibilidad. Para ello se ha recurrido a fórmulas como son la deslocalización, la subcontratación o la descentralización². Como ha señalado la doctrina, «la empresa, como la propia economía, deviene ingrátida e intangible y se convierte en virtual»³.

Este cambio en el mercado empresarial, ha incidido también en el propio marco de las relaciones laborales, habiéndose normalizado formas de trabajo que, en el marco inicialmente descrito, presentaban un carácter excepcional y, por tanto, un protagonismo residual en nuestro país, como ocurre a título ejemplificativo con el trabajo a distancia.

La expansión de formas de trabajo como la descrita, junto al acusado cambio acontecido en el modelo empresarial, apuntan a la necesidad de adaptar la normativa jurídico laboral a la nueva realidad a la que se dirige y que se aleja sustancialmente del modelo sobre la base del cual esta se articuló.

Pues bien, uno de los puntos donde se muestra especialmente acusada dicha necesidad de adaptación, es en el marco de la protección del derecho

¹ Sobre el cambio en el modelo de producción dominante en nuestro país véase J.L. MONEREO PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, 1996, p. 89.

² Vid. M. GORROCHATEGUI POLO, *Los retos de la norma laboral para la promoción de la acción sindical en la empresa 4.0*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 1025.

³ J. MERCADER UGUINA, *Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI digitalización y cambio tecnológico*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 63.

a la representación sindical⁴ y, por tanto, de la negociación colectiva⁵. En particular, la doctrina ha venido identificando dos grandes retos que deben ser superados para poder garantizar la adecuada protección de los derechos colectivos de los trabajadores en el marco de la digitalización:

- por un lado, se ha destacado la necesidad de ajustar nuestro sistema de representación al nuevo modelo de empresa imperante. Este modelo, se articuló tradicionalmente sobre la base de dos grandes pilares, por un lado, el número de trabajadores y por otro lado, en la noción de centro de trabajo⁶. No obstante, ambos han perdido peso a lo largo de las últimas décadas. Así, en el primero de ellos, la proliferación y expansión masiva de las TIC, la robotización, la Inteligencia artificial, etc., hacen que sea menor el número de trabajadores contratados⁷. Mientras que en el segundo, la deslocalización característica de ciertas formas de trabajo, como ocurre en el teletrabajo, también limita la operatividad de la noción de centro de trabajo produciéndose su diseminación o, incluso, su desaparición⁸, y pasando en consecuencia a ocupar un mayor peso el concepto del lugar real de trabajo⁹;
- por otro lado, se hace imperativo adoptar medidas específicas que permitan garantizar el adecuado ejercicio de los derechos colectivos. Se ha demostrado como las nuevas tecnologías si bien permiten una mayor y más ágil comunicación entre las personas, ocasionan en ciertas ocasiones un aislamiento y distanciamiento del trabajador de los centros de trabajo y de sus compañeros¹⁰. Ello incide de manera relevante desde el punto de vista de la representación colectiva, y es que no solo se produce una reducción de la solidaridad entre los

⁴ Nítidamente lo recoge J.L. MONEREO PÉREZ, *El sindicalismo y el orden democrático*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Sindicatos, trade-unions y corporaciones*, Comares, 2014, p. XV, al indicar que «los procesos de individualización de las relaciones laborales, la tercerización de la economía y los nuevos modelos de empresa [...] están operando una transformación radical y cualitativa de la morfología del conflicto laboral y la desestructuración de la unidad del trabajo».

⁵ M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 44, p. 60.

⁶ Así lo recoge M. GORROCHATEGUI POLO, *op. cit.*, pp. 1028-1029.

⁷ *Vid.* J. MERCADER UGUINA, *op. cit.*

⁸ M. GORROCHATEGUI POLO, *op. cit.*, p. 1029. En el mismo sentido, M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *op. cit.*, p. 60.

⁹ *Vid.* J. LAHERA FORTEZA, *Las transformaciones del lugar de trabajo*, en *Documentación Laboral*, 2019, n. 118, p. 18.

¹⁰ A. PASTOR MARTÍNEZ, *Trabajo a distancia y derechos colectivos en el real decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia*, en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2021, vol. 7, p. 110.

trabajadores y una dilución del sentimiento de unidad¹¹, sino que también surgen nuevas barreras a la hora de cumplir las obligaciones de información propias de la representación colectiva y de comunicación con sus representados¹².

Pues bien, estos riesgos se ven acrecentados en el marco del teletrabajo o del trabajo a distancia al haber otorgado la norma reguladora de estas formas de trabajo un peso especialmente acusado a la negociación colectiva en lo que a la concreción y desarrollo de su configuración legal se refiere.

Como consecuencia de ello, se entrará por medio del presente estudio a analizar cuál es el peso que en el marco regulador del teletrabajo se ha dado a la negociación colectiva y cómo esta ha respondido a la labor que le ha sido encomendada, no sin antes realizar la menos una sucinta referencia a la evolución y regulación legal actual de esta forma de trabajo en nuestro país.

2. El papel de la negociación colectiva en el marco de la Ley 10/2021

Como claro exponente de la digitalización del mercado laboral surge el teletrabajo. Esta forma de realización de la actividad productiva nació en el marco de la tercera revolución industrial¹³, remontándose sus primeras manifestaciones a la década de los años setenta en el plano internacional. No obstante, no será hasta varias décadas después cuando empiecen a producirse los primeros pronunciamientos tanto a nivel europeo como nacional dirigidos a normar esta forma de trabajo. En concreto, en España no fue hasta la promulgación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral cuando se produjo

¹¹ Sobre la conformación de la cultura de la clase trabajadora y el peso que en el mismo ocupa la solidaridad, véase J.L. MONEREO PÉREZ, *Simone Weil. Filosofía del Trabajo y teoría crítica social*, El Viejo Topo, 2023, p. 65.

¹² Como señala F. ANDRÉS VALLE MUÑOZ, *El derecho de los representantes de los trabajadores a usar los sistemas de comunicación electrónica en el ámbito del trabajo a distancia*, en AA.VV., *op. cit.*, p. 1075, «en nuestro derecho, la comunicación de los representantes unitarios y sindicales con los trabajadores está prevista tanto en el Estatuto de los Trabajadores (ET) como en la Ley Orgánica de Libertad sindical (LOLS) mediante unos instrumentos muy específicos y tradicionales como son el local sindical, el tablón de anuncios, o el reparto de publicidad [...], que han quedado obsoletos y que en cualquier caso presumen la presencia física del trabajador en la empresa».

¹³ En detalle sobre esta cuestión véase M.A. GÓMEZ SALADO, *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, 2021, p. 41 ss.

la transición de la tradicional noción de trabajo a domicilio o la más moderna concepción de trabajo a distancia, incorporándose una alusión (aun cuando meramente fuese en la exposición de motivos) al teletrabajo y al papel que en el mismo estaban llamadas a ocupar las TIC.

Sin embargo, el más claro impulso de esta forma de trabajo no se dio hasta el año 2020, momento en el cual, como consecuencia de la irrupción del Covid-19 y de las medidas de contención sanitaria, se produjo un incremento sin precedentes en la adopción por parte de empresarios y trabajadores de esta forma de trabajo, al ser prácticamente la única vía mediante la cual era posible continuar realizando la actividad productiva ante las fuertes medidas de contención sanitaria implementadas para combatir la pandemia.

Fruto de ello fue la promulgación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), primera ley que, de manera específica y diferenciada entraba a regular en nuestro país esta forma de trabajo y, más importante aún, a definir que debe entenderse por teletrabajo¹⁴. Así, el art. 2 LTD define el teletrabajo como una modalidad del trabajo a distancia en los siguientes términos:

Trabajo a distancia: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

Teletrabajo: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

En cuanto a su contenido, resulta suficiente una sucinta lectura del mismo para apreciar el amplio protagonismo que en esta norma se concede a la negociación colectiva. Basta para ello con fijarse en la propia exposición de motivos que, al describir el objetivo de la norma de «proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuesta a diversas necesidades» añade la necesidad para ello de acudir «a la negociación colectiva, que se considera instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios». En el mismo sentido puede verse cuando resalta posteriormente la «marcada atención al necesario papel de la negociación colectiva en el ámbito del trabajo a

¹⁴ Un análisis sobre la implementación y principal contenido de esta norma puede encontrarse en J.L. MONEREO PÉREZ, S. LÓPEZ VICO, *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19: una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Laborum, 2022.

distancia».

Este hecho se acentúa posteriormente en el contenido normativo de la ley en el que son cuantitativas y cualitativas las llamadas realizadas a la negociación colectiva para concretar, desarrollar o normar, aspectos clave en materia de teletrabajo. Veámoslo:

- el art. 5.1 LTD recoge el carácter voluntario, tanto para el empresario como para el trabajador, del teletrabajo. Ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que, en su caso, «pueda reconocer» la negociación colectiva. Posteriormente este mismo precepto vuelve a remitir a esta para la regulación del ejercicio de la reversibilidad, disponiendo que la misma «podrá ejercerse» en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en el acuerdo de trabajo a distancia;
- el art. 7 LTD regula el contenido mínimo que con carácter preceptivo debe de recoger el acuerdo de trabajo a distancia. Pues bien, pese a ello también reconoce la posibilidad de su ampliación por medio de convenio colectivo. Y en particular, en lo que respecta a la enumeración, forma y momento de pago de los gastos derivados del desarrollo de la prestación del servicio a domicilio, punto en el cual se remite “de existir”, a lo dispuesto en la negociación colectiva. Más tarde esta cuestión vuelve a reiterarse en el marco del art. 12 LTD al establecer esta la posibilidad de que se fijen mediante convenio colectivo los mecanismos para la determinación y compensación de los gastos;
- el art. 8.3 LTD dispone que se *podrán* establecer mediante convenio o acuerdo colectivo los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla el trabajo presencial puede pasar a prestarlo a distancia o viceversa y, por otro lado, un posible régimen de preferencias en el acceso al mismo, en el que se cita, entre otros, al colectivo de personas con diversidad funcional;
- el art. 11.1 LTD alude a la *posibilidad* de que se incorpore, mediante convenio colectivo, un inventario de los medios, equipos y herramientas necesarias para el teletrabajo. Y en los mismos términos lo hace el art. 13 LTD al aludir a la posible flexibilización del horario de trabajo;
- otro punto en el cual se remite a la negociación colectiva en esta norma es al regular la obligación del registro de la jornada de trabajo recogida en el art. 14 LTD;
- continúa el art. 17.3 LTD remitiendo a la negociación colectiva, también en términos potestativos, en la especificación del momento y los términos en los que podrán utilizarse los equipos informáticos

facilitados por la empresa para fines personales. Reiterándose posteriormente de nuevo esta cuestión en el art. 21 LTD;

- el art. 18.1 LTD permite que se establezcan convencionalmente los límites y precauciones necesarios para garantizar el derecho a la desconexión digital. Concretando mediante su párrafo segundo que dichos convenios *podrán* establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio del citado derecho;
- el art. 19.1 LTD recoge que, por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores, punto que, sin duda en el marco de este estudio presenta una significativa relevancia ante los problemas que, tal y como hemos señalado, surgen en lo referente al mantenimiento de la solidaridad y sentimiento de hermandad entre los trabajadores de la empresa en esta forma de trabajo.

Como puede apreciarse, las llamadas a la negociación colectiva en el marco de esta norma son asiduas¹⁵, no limitándose además a aspectos secundarios o de poco impacto en la regulación de esta forma de trabajo sino que, al contrario, se le encomienda a los agentes sociales una labor descomunal en lo que a la concreción de la normativa legal se refiere.

De manera aún más clara puede verse esta cuestión en la disposición adicional primera de la LTD, mediante la cual se establece un listado “*numerus apertus*” de materias en las que la negociación colectiva puede entrar a desarrollar o incluso a establecer una regulación diferente a la legalmente establecida:

Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular.

Los convenios o acuerdos colectivos podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al

¹⁵ Este es precisamente uno de los aspectos que en la práctica más ha venido criticando la doctrina, sosteniendo esta que las llamadas realizadas por el legislador en el marco de la ley de trabajo a distancia son «ingentes» y «casi absolutas», como señala A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Negociación colectiva y regulación del trabajo a distancia*, en AA.VV., *Teletrabajo y negociación colectiva. XXXIII Jornada de estudio sobre negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 25 y 33.

trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley a los efectos de calificar como “regular” esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.

Finalmente, cabe destacar que junto a dicha labor normativa se le encomienda también a los agentes sociales una obligación de control, ya sea mediante el establecimiento de una obligación de consulta con los mismos o de información¹⁶.

Si bien pueden extraerse indudables ventajas del importante papel que, en la concreción de esta forma de trabajo, se le ha concedido a la negociación colectiva – como es, la mayor flexibilidad a la hora de adaptar esta fórmula de trabajo a las particularidades de cada sector o empresa –, también son significativos los riesgos que de ello pueden derivarse. Téngase en cuenta que las remisiones realizadas en la norma a la negociación colectiva se hacen todo el tiempo utilizando una fórmula *potestativa*¹⁷, esto es, posibilitando que los agentes sociales entren a desarrollar la norma, pero no imponiéndoselo¹⁸ en ningún caso.

Además, cabe recordar los múltiples retos a los que en el marco de la digitalización se enfrenta la representación colectiva y que afectan de manera relevante al ejercicio por parte de estos de sus funciones y obligaciones, siendo una realidad el amplio número de trabajadores que no se encuentran protegidos por un convenio o acuerdo colectivo¹⁹.

Como consecuencia de ello, podemos encontrarnos con que habrá

¹⁶ Entre otros muchos así puede verse en los arts. 6.2, 7, 8.1, 17.3 LTD.

¹⁷ Cfr. M. LUQUE PARRA, J. PEÑA MONCHO, A. GINÉS I FABRELLAS, *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Thomson Reuters, 2021.

¹⁸ Cabe destacar que, dicha imposición no limitaría tampoco la libre actuación de los agentes colectivos puesto que en el marco de la negociación del convenio o acuerdo se incorporará finalmente únicamente aquellos aspectos que los mismos consideren necesarios, sin necesidad de incorporar todos aquellos que la ley les remite incluso cuando lo haga en términos imperativos. Al respecto *Vid.* E. MONREAL BRINGSVAERD, *La voluntariedad del trabajo a distancia y su carácter reversible*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, 2021, p. 144.

¹⁹ Así, en el año 2022, se estimó que solo un 37% de los trabajadores «trabaja con la protección de un convenio colectivo que regula sus *relaciones laborales*, especialmente las de jornada, calendario y salario, mientras el resto carece de él o tiene esos acuerdos caducados y pendientes de renovación» (E. BAYONA, *Nueve millones de asalariados trabajan sin convenio sobre su jornada y sueldo o lo tienen sin renovar*, en www.publico.es, 21 mayo 2022).

convenios que entren a regular todos o determinados aspectos que la norma les remite, otros que omitan toda alusión al teletrabajo o incluso ante la inexistencia de un convenio o acuerdo colectivo aplicable, con la manifiesta incidencia que ello puede tener en la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, especialmente en el último de los casos citados en el que la última palabra la tendrá el empresario en el marco del acuerdo individual firmado entre las partes.

3. Análisis convencional en materia de teletrabajo

Llegados a este punto, y en aras de poder aportar unas conclusiones críticas y fundamentadas sobre el papel real que la negociación colectiva ocupa en materia de teletrabajo, cabe entrar a analizar el tratamiento que desde la promulgación de la normativa legal se le está dando a esta materia en el marco convencional y, en consecuencia, si los mismos están ocupando efectivamente el relevante papel que la norma les otorga.

Para ello se han seleccionado²⁰ un total de 30 convenios publicados tras la aprobación de la normativa legal y que incorporan el término “teletrabajo” y/o “trabajo a distancia”.

Sobre la base de dichos convenios se ha entrado a examinar que aspectos de los encomendados a la negociación colectiva han sido objeto de tratamiento en el marco de los mismos y en qué términos.

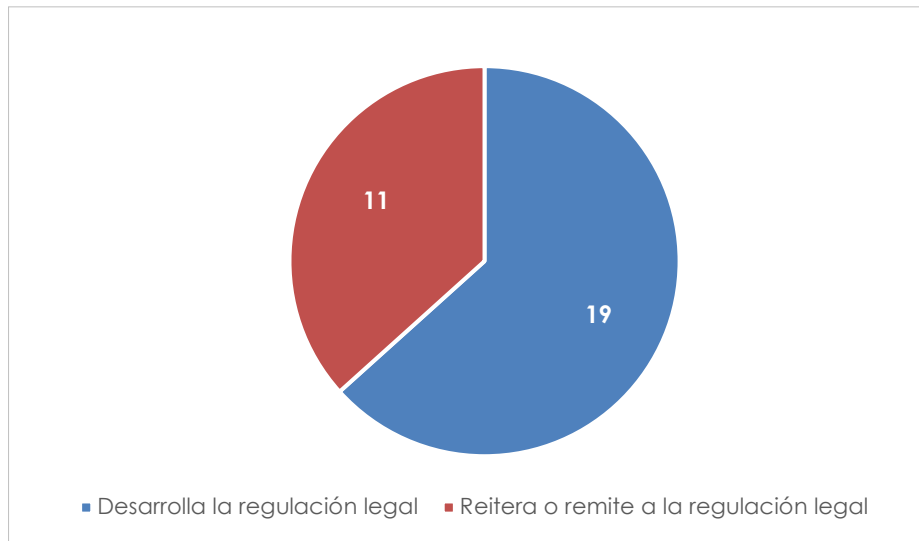
De dicho análisis pueden extraerse dos tipos de resultados, por un lado aquellos de carácter cuantitativo (basados en las cifras extraídas del estudio convencional realizado) y, por otro lado, aquellos de carácter cualitativo (basados en el tratamiento efectivamente dado a cada aspecto concreto en materia de teletrabajo por dichos convenios).

²⁰ Para su localización se ha utilizado la herramienta *Aranzadi Instituciones* proporcionada por la Universidad de Granada a todo su personal. El criterio que se ha seguido para la selección de los mismos ha sido el siguiente: se ha delimitado la búsqueda a aquellos convenios publicados a partir del año 2020, y en particular aquellos aprobados tras la aprobación del RDTD o aquellos que, aun habiendo sido publicados en una fecha anterior, han visto prorrogada su vigencia en fechas recientes. De los más de 4.000 resultados obtenidos, se ha filtrado los mismos utilizando los términos “teletrabajo” o “trabajo a distancia”, lo cual permitió delimitar el número de convenios a 580. De los mismos, se seleccionó aleatoriamente 30 convenios colectivos, ya que la finalidad de este estudio es obtener una pequeña muestra del tratamiento dado al teletrabajo en el plano convencional, no entrando en consecuencia a seleccionar los mismos en función de otros criterios como podría ser el número de veces que se incluye el término teletrabajo, la extensión de su tratamiento, etc.

3.1. Resultados de carácter cuantitativo

La primera conclusión que se ha extraído es que más de la mitad de los convenios analizados entran a desarrollar por lo menos uno de los puntos remitidos a la negociación colectiva.

Gráfico 1 – Tratamiento convencional del teletrabajo en España²¹



No obstante, cabe destacar como, aun cuando en este estudio nos hayamos ceñido a analizar aquellos convenios que recogen expresamente el teletrabajo o trabajo a distancia, existe un amplio volumen de convenios que incluso tras la promulgación de la LTD no recogen estas nuevas formas de prestación de servicios²².

En segundo término, y entrando propiamente a estudiar los aspectos concretos desarrollados en el marco convencional, las materias que con más

²¹ Se han tomado como muestra un total de 30 convenios, de los cuales 11 entraban a reiterar lo ya dispuesto en la ley o a la directa remisión a esta y 19 de los mismos desarrollaban al menos uno de los aspectos que la ley remite a la negociación colectiva.

²² Al respecto véase S. LÓPEZ VICO, *Protección de la salud y seguridad de los trabajadores en el marco de la digitalización. buenas prácticas convencionales en materia de teletrabajo*, en AA.VV., *Las transformaciones de la seguridad social ante los retos de la era digital. Por una Salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, 2023, p. 1221 ss. De manera más exhaustiva, en el marco del análisis de un total de 374 convenios, puede verse en G.M. MONTES ADALID, *Trabajo a distancia, teletrabajo y personas mayores: una aproximación jurídico-laboral*, Aranzadi, 2022.

frecuencia entran a normar los convenios colectivos en materia de teletrabajo son las siguientes.

Cuadro 1 – Aspectos del teletrabajo con mayor impacto en el plano convencional

	N. de convenios que lo tratan	% respecto al n. de convenios que desarrollan el teletrabajo	% respecto al total de convenios analizados
Reversibilidad	14	77,7%	46,7%
Compensación de gastos	11	61,1%	36,7%
Inventario de medios	10	55,6%	33,3%
Desconexión digital	12	66,7%	40%
Jornada mínima presencial	11	61,1%	36,7%

Por el contrario, los aspectos en los que se ha detectado una menor atención convencional han sido los siguientes.

Cuadro 2 – Aspectos del teletrabajo con menor impacto en el plano convencional

	N. de convenios que lo tratan	% respecto al n. de convenios que desarrollan el teletrabajo	% respecto al total de convenios analizados
Flexibilización de la jornada de trabajo	2	11,1%	6,7%
Registro de jornada	4	22,2%	13,3%
Regulación uso medios digitales de la empresa para fines personales	4	22,2%	13,3%
% inferior para calificar el teletrabajo como regular	0	0%	0%

% teletrabajo en contratos formativos diferente al legal	0	0	0
--	---	---	---

3.2. Resultados de carácter cualitativo

3.2.1. Carácter voluntario del teletrabajo y reversibilidad

En la mayor parte de los convenios analizados se reitera el principio de voluntariedad²³, concretando algunos que el acceso a esta forma de trabajo será por petición del trabajador²⁴ y bajo un determinado periodo de preaviso²⁵.

Uno de los aspectos clave en materia de teletrabajo y que mayor desarrollo encuentra entre los convenios objeto de análisis es la posibilidad de revertir la elección de pasar a prestar los servicios que se llevaban a cabo de manera presencial a distancia, siempre y cuando dicha forma de trabajo no apareciese ya recogida en la descripción inicial del puesto de trabajo²⁶. Prácticamente todos los convenios analizados fijan un plazo de preaviso que deberá de ser respetado por las partes, variando su duración dependiendo del convenio²⁷. Asimismo se exige habitualmente que el mismo sea realizado por escrito²⁸ o incluso que vaya acompañado de una

²³ Contenido tanto en la LTD como en [Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo](#).

²⁴ Véase apartado quinto del Anexo II del Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, 2022-2025, y art. 22 del III Convenio Colectivo de Lo Bueno Directo Servicio de Ventas, 2021-2025.

²⁵ Así puede verse en el art. 33 del Convenio Colectivo del grupo Naturgy, 2022-2024.

²⁶ Cfr. Art. 17.3 del Convenio Colectivo de Agfa Offset sucursal en España, para sus centros de trabajo de Barcelona y Madrid, 2022-2023; art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024; art. 28.4 del Convenio Colectivo Hermasa Canning Technology, 2021-2023, etc.

²⁷ Así hay convenios que lo fijan en cinco días naturales (art. 28.4 del Convenio Colectivo Hermasa Canning Technology, 2021-2023), en 15 días naturales (art. 49 del III Convenio Colectivo de Lo Bueno Directo Servicio de Ventas, 2021-2025), 20 días naturales (art. 19 del III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, 2020-2026) o de 30 días naturales, siendo este el más reiterado en la práctica convencional (entre otros véase art. 33 del Convenio Colectivo para los establecimientos financieros de crédito, 2023; art. 41 del XVIII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública, 2020-2024; art. 8 del Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, 2023-2026, etc.).

²⁸ Art. 13 del Convenio Colectivo de la empresa Repsol, 2020-2024, o art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024.

justificación objetiva que respalde dicha opción²⁹. Cuestión esta última que, en nuestra opinión, habría sido recomendable exigir directamente por la norma legal para evitar posibles abusos.

Finalmente, en relación a esta cuestión cabe destacar como hay convenios que recogen como excepción, al respeto de dichas formalidades, la concurrencia de una causa grave sobrevenida o de fuerza mayor³⁰, caso en el cual se prevé, dependiendo del convenio, la automática reincorporación al puesto de trabajo presencial³¹ o la reducción de los plazos de reincorporación³². Ante la relevante repercusión que esta cuestión presenta en la organización de la vida personal y profesional del trabajador consideramos que sería necesario delimitar legalmente los supuestos en los que cabe aplicar dicha excepción o, al menos, el establecimiento de un plazo razonable y no inmediato, para llevar a cabo dicha reincorporación presencial.

3.2.2. Compensación de los gastos derivados del teletrabajo

Otra cuestión a la que se ha prestado especial atención en el marco convencional ha sido a la compensación de gastos. No obstante, en este caso la ampliación del contenido de la norma legal en el marco de los acuerdos analizados se ha centrado especialmente a la determinación de su cuantía³³ y, en su caso, de los factores que afectan a su delimitación como es, por ejemplo, el número de horas que se teletrabaje³⁴. Omitiéndose por

²⁹ *Cfr.* Art. 37 del Convenio Colectivo de Bureau Veritas Inversiones, 2022-2024.

³⁰ El mayor problema reside, en nuestra opinión, en concretar cuando concurre un supuesto de dicha naturaleza ante las amplias definiciones que se recogen en el marco convencional o, como ocurre en el marco de los convenios analizados, la total ausencia de una definición de estas.

³¹ Art. 28.4 del Convenio Colectivo Hermasa Canning Technology, 2021-2023, o art. 8 del Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, 2023-2026.

³² De manera positiva se recoge en el art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024, en el cual se prevé la reincorporación en la mayor previsión posible o, en tres días hábiles cuando sea necesario para la organización de las necesidades de conciliación del trabajador.

³³ En este punto tampoco existe un criterio homogéneo habiendo convenios que establecen una cantidad fija por cada día de teletrabajo (art. 23 del Convenio Colectivo de Heineken España, 2021-2024, o art. 19 del III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, 2020-2026) mientras que otros establecen una cuantía fija mensual (art. 17 del Convenio Colectivo de Agfa Offset sucursal en España, para sus centros de trabajo de Barcelona y Madrid, 2022-2023, que lo fija en 70 €; art. 16 del Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, 2022-2025, que lo fija en 17,6 €, etc.).

³⁴ A título ejemplificativo el art. 33 del Convenio Colectivo para los establecimientos

el contrario en buena parte de los mismos la llamada que hace la ley a otros aspectos relevantes como es la enumeración de dichos gastos³⁵.

3.2.3. Régimen de preferencias en el acceso al teletrabajo

En ninguno de los convenios analizados se regula un «acceso preferente al teletrabajo» en términos estrictos, pero sí que pueden encontrarse determinadas particularidades en el acceso a este cuando concurren determinadas circunstancias como son: que concurren necesidades de conciliación³⁶, para completar jornadas de trabajo en las que se esté disfrutando de licencias remuneradas³⁷, eventos extraordinarios o climatológicos³⁸, cuidado de familiares en tratamiento oncológico o enfermedad³⁹, trabajadores con discapacidad⁴⁰, etc.

3.2.4. Inventario de medios

En el teletrabajo, los medios utilizados para llevar a cabo la actividad productiva ocupan un papel central tanto por la deslocalización de la labor productiva al domicilio o lugar elegido por el trabajador, como por ser precisamente la naturaleza de los mismos lo que permite diferenciar el teletrabajo de la más amplia noción de trabajo a distancia.

Pues bien, en lo que respecta a la dotación de dichos medios y, específicamente, a la remisión realizada en el marco del art. 11.1 LTD a la

financieros de crédito, 2023, lo fija «por día efectivamente trabajado a jornada completa o la parte proporcional al porcentaje de la jornada acordada en trabajo a distancia o teletrabajo».

³⁵ Así, únicamente cuatro de los treinta convenios analizados recogen esta cuestión, entre los que cabe destacar por su exhaustividad el anexo II del Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, 2022-2025, que alude a los gastos en consumo eléctrico, calefacción (gas/gas-oil), agua y Línea ADSL o el art. 41 del XVIII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública, 2020-2024, que alude a los gastos en «suministros, agua, utilización de espacios, etc.».

³⁶ Art. 16 del Convenio Colectivo de Kiabi España KSCE, 2023.

³⁷ Art. 15 del Convenio Colectivo para la empresa Megatech Industries Península Ibérica, 2021-2025.

³⁸ Art. 33 del Convenio Colectivo de la empresa Seguros Lagun Aro, Seguros Lagun Aro Vida y Seguros Lagun Aro 2003, 2022-2025.

³⁹ Art. 13 del Convenio Colectivo de la empresa Repsol, 2020-2024.

⁴⁰ Art. 19 del III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, 2020-2026.

negociación colectiva para el establecimiento de un inventario de los mismos, se ha apreciado un amplio tratamiento en el marco convencional entrando más de un tercio de los convenios objeto de análisis a tratar esta cuestión⁴¹. En cuanto a la forma en la cual se facilita los mismos a los trabajadores algunos de los convenios recogen la obligación del empresario de aportarlos⁴² mientras que otros prevén la posibilidad de compensar al trabajador con una determinada cuantía⁴³ cuando este adquiera los mismos o aporte sus equipos personalmente⁴⁴.

3.2.5. Utilización de los medios y dispositivos para fines personales

Ante la obligación legalmente impuesta al empresario de dotar al trabajador de los medios y herramientas necesarios para el desempeño de su actividad productiva, una de las cuestiones que surgen es si los mismos pueden ser utilizados por el trabajador también para fines personales. Pues bien, esta importante cuestión, que presenta una indudable incidencia en relación al derecho a la protección de datos y al derecho a la intimidad, no aparece casi contemplada en el marco convencional, dejándose así prácticamente vacío de contenido el llamamiento legal que en este punto se hace por la LTD.

En términos generales, no se realiza alusión alguna en los acuerdos y

⁴¹ En cuanto al contenido de dicho listado la mayor parte de los mismos coinciden, recogiendo habitualmente los siguientes elementos: Ordenador Portátil, teléfono móvil, teclado, ratón, pantalla, etc. (art. 17 del Convenio Colectivo de Agfa Offset sucursal en España, para sus centros de trabajo de Barcelona y Madrid, 2022-2023, o Convenio Colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, 2023-2024). Mientras que otros recogen un listado exhaustivo como ocurre en el art. 35 del Convenio Colectivo de la empresa Trevenque Sistemas de Información, 2023-2025, al disponer que será necesario «conexión a internet Fibra 100Mb» y «PC: ordenador de sobremesa o portátil, que cuente al menos con las siguientes características: * Procesador Intel i5 de 9th generación, o AMD Ryzen 5 serie 3 * Al menos 8GB de memoria RAM. * Pantalla con resolución FullHD 1920x1080 * Disco SSD de al menos 240GB. * Manos libres: auricular y micrófono – Teclado expandido, ratón y pantalla (en caso de no utilizarse portátil). – Cables de interconexión entre los diferentes elementos periféricos. – Mesa de trabajo, con medidas mínimas de 120 x 80 de superficie, y silla de trabajo».

⁴² Art. 33 del Convenio Colectivo del grupo Naturgy, 2022-2024, o art. 35 del Convenio Colectivo de la empresa Trevenque Sistemas de Información, 2023-2025.

⁴³ Art. 49 del Convenio Colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, 2023-2024, o art. 41 del XVIII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública, 2020-2024.

⁴⁴ Art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024, o art. 19 del III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, 2020-2026.

convenios colectivos analizados ni positiva ni negativamente al uso con fines personales de dichas herramientas. Tan solo cuatro de los convenios analizados contemplan esta cuestión, dos de ellos prohíben de manera taxativa su utilización para fines personales⁴⁵, mientras que otros dos contemplan como regla general su uso solo para fines profesionales, permitiéndose lo contrario solo de forma excepcional cuando así lo permita la empresa⁴⁶.

3.2.6. Tiempo de trabajo

Flexibilización del horario de trabajo

Desde un primer momento, ha ocupado un papel central en todos los discursos en torno al teletrabajo las oportunidades que esta forma de trabajo ofrece en aras de aumentar la flexibilidad, tanto desde la óptica del empresario como del trabajador, al permitir este «trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar»⁴⁷.

Es por ello que resulta sorprendente que tanto la norma legal como la negociación colectiva hayan prestado tan poca atención a esta cuestión. Ello en un doble sentido: tanto negativamente (ante las posibles repercusiones que ello puede tener en la salud y seguridad del trabajador ante la continua exposición de este a sus responsabilidades profesionales por medio de las TIC⁴⁸) como positivamente (en lo que respecta a las oportunidades que ofrece esta forma de trabajo tanto en lo referente a la inclusión laboral, conciliación⁴⁹, atracción del talento, etc.).

⁴⁵ Cfr. DA 6ª del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024, o art. 37 del Convenio Colectivo de Bureau Veritas Inversiones, 2022-2024.

⁴⁶ Art. 41 del XVIII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública, 2020-2024, o art. 33 del Convenio Colectivo para los establecimientos financieros de crédito 2023.

⁴⁷ Véase J. MESSENGER ET AL., *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Informe conjunto OIT-Eurofound, 2019, p. 57, el cual dispone que «Los avances de la tecnología digital han extendido el uso de TIC para permitir el trabajo en cualquier momento y en cualquier lugar. En este contexto, ha aumentado el fenómeno de teletrabajo/trabajo móvil mediante TIC (T/TICM), impulsado por la necesidad de las empresas de mayor productividad y mejor rendimiento, y de los empleados de flexibilidad espacial y temporal para conciliar las demandas laborales con sus responsabilidades familiares y personales».

⁴⁸ Al respecto véase S. LÓPEZ VICO, *El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referencia al fenómeno del teletrabajo*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 4, *passim*.

⁴⁹ Un estudio exhaustivo sobre esta cuestión puede encontrarse en M. DURÁN BERNARDINO (dir.), *Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género*,

Así, solamente dos de los convenios analizados tratan esta cuestión. Concretamente, cabe destacar el contenido del art. 23 del Convenio colectivo de Heineken España, 2021-2024, al recoger este que «mediante acuerdo con el manager, se podrá flexibilizar/desplazar una hora y media de trabajo a otra franja horaria por el empleado dentro del mismo día»⁵⁰.

Desconexión digital

En el debate ya adelantado sobre la consecución de una mayor flexibilidad en el marco de las relaciones laborales y los riesgos derivados de ello, no puede omitirse una referencia específica al derecho a la desconexión digital y al importante papel que en su desarrollo en el marco del teletrabajo ocupa la negociación colectiva.

Pues bien, cabe destacar el gran peso que esta cuestión ocupa en el marco de los convenios colectivos objeto de análisis, al menos, desde un punto de vista cuantitativo, al dedicar prácticamente todos ellos por lo menos un precepto o recoger una alusión específica a este derecho. No obstante, un análisis más exhaustivo y detallado muestran cómo solo unos pocos entran efectivamente a desarrollar lo ya dispuesto tanto en el art. 20-*bis* ET, 18 LTD y art. 88 LPDP, limitándose la mayor parte de los convenios prácticamente a recoger lo ya dispuesto en la ley⁵¹ o a realizar una declaración de intenciones sin que esta vaya acompañada de medidas efectivas que permitan garantizar el cumplimiento de este derecho⁵².

Como buenas prácticas convencionales, se han detectado las siguientes:

- la prohibición de sanciones o represalias por su ejercicio⁵³;
- el reconocimiento del derecho a no atender a los dispositivos digitales por motivos laborales fuera de su jornada de trabajo y durante el tiempo destinado a permisos, licencias, vacaciones, excedencias o reducciones de jornada⁵⁴;

Dykinson, 2022.

⁵⁰ Junto a este véase el contenido del art. 32 del Convenio Colectivo del grupo Naturgy, 2022-2024.

⁵¹ Entre otros así ocurre en el art. 21 del Convenio Colectivo de LIDL Supermercados, 2022-2026; art. 16 del Convenio Colectivo de Kiabi España KSCE, 2023; anexo II del Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, 2022-2025, etc.

⁵² *Vid.* Art. 28 del III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, 2020-2026.

⁵³ En estos términos véase art.18 del Convenio Colectivo de Agfa Offset sucursal en España, para sus centros de trabajo de Barcelona y Madrid, 2022-2023; art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024, etc.

⁵⁴ *Cfr.* art.18 del Convenio Colectivo de Agfa Offset sucursal en España, para sus centros

- el derecho a no responder a las comunicaciones de carácter laboral recibidas una vez finalizada la jornada laboral⁵⁵;
- potenciar que las comunicaciones sobre asuntos profesionales se realicen en el marco de la jornada de trabajo⁵⁶;
- elaborar de una Guía de recomendaciones sobre el uso eficiente del correo electrónico⁵⁷ y buenas prácticas para garantizar la desconexión digital;
- una adecuada planificación y organización de las convocatorias de cursos de formación o reuniones para evitar que tengan lugar fuera de la jornada de trabajo y sean conocidas con suficiente tiempo⁵⁸;
- acciones formativas e informativas al personal sobre Gestión del Tiempo y sensibilización sobre los riesgos inherentes a un inadecuado uso de las TIC⁵⁹;
- procurar que las comunicaciones se envíen exclusivamente a las personas implicadas y con el contenido imprescindible⁶⁰, etc.

En todo caso, de nuevo resulta criticable en este punto el poco desarrollo que existe de la excepción a este derecho en el caso de concurrir circunstancias extraordinarias o de fuerza mayor, siendo demasiado amplio el número de casuísticas y supuestos que pueden englobarse entre de las definiciones que de estas nociones se incorporan en el plano convencional⁶¹. Asimismo ha sido criticado por la doctrina la ausencia de

de trabajo de Barcelona y Madrid, 2022-2023; art. 13 del Convenio Colectivo de Quirón Prevención, 2021-2024.

⁵⁵ *Vid.* Anexo V del VII Convenio Colectivo del grupo Generali España, 2022-2025, o art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024.

⁵⁶ *Cfr.* Anexo V del VII Convenio Colectivo del grupo Generali España, 2022-2025.

⁵⁷ Art. 27-*bis* del Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, 2023-2026, en el que se alude a la programación de respuestas automáticas fuera del horario de trabajo, envío retardado de correos, etc.

⁵⁸ *Vid.* Anexo V del VII Convenio Colectivo del grupo Generali España, 2022-2025, o art. 34 del Convenio Colectivo de la empresa Seguros Lagun Aro, Seguros Lagun Aro Vida y Seguros Lagun Aro 2003, 2022-2025; art. 35 del Convenio Colectivo para los establecimientos financieros de crédito, 2023, etc.

⁵⁹ *Cfr.* Anexo V del VII Convenio Colectivo del grupo Generali España, 2022-2025; art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024; art. 27-*bis* del Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, 2023-2026, etc.

⁶⁰ *Cfr.* Art. 27-*bis* del Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, 2023-2026.

⁶¹ A título ejemplificativo puede verse en el art. 35 del Convenio Colectivo para los establecimientos financieros de crédito, 2023, al aludir al respecto a los «supuestos que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio, sus clientes y/o a sus accionistas, así como cualquier otro de carácter legal y/o regulatorio cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas».

medidas sancionadoras que vengan a dotar de eficacia a este derecho⁶².

Registro de jornada

En aras de evitar las posibles repercusiones negativas que en la salud y seguridad del trabajador pueden tener la hiperconexión y difuminación de las líneas que separan la vida profesional de la personal, adquiere un papel central el registro horario. Sin embargo, el análisis realizado ha mostrado como, si bien casi todos los convenios que tratan el teletrabajo aluden a la necesidad de cumplir también en esta forma de trabajo la obligación legalmente impuesta de registrar la jornada de trabajo, prácticamente ninguno entra a desarrollar dicha obligación y aquellos que lo hacen se limitan habitualmente a nombrar la herramienta o app⁶³ utilizada para ello, pero sin prever las posibles dificultades que pueden surgir en su aplicación en el teletrabajo o mecanismos destinados a garantizar su eficacia y veracidad⁶⁴.

⁶² Vid. D. REDONDO TORRES, *Seguridad y salud en el teletrabajo y regulación convencional*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2023, n. 260.

⁶³ Así puede verse en el Anexo II del Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, 2022-2025, en la que se habla de la App Nettime6, o en el art. 37 del Convenio Colectivo de la empresa Trevenque Sistemas de Información, 2023-2025.

⁶⁴ Algunos convenios tratan de establecer una regulación más desarrollada pero sin alcanzar resultados, en nuestra opinión, satisfactorios por el carácter excesivamente complejo o ambiguo en el que se lleva a cabo dicho desarrollo: véase el art. 28 del Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, 2023-2026, en el que se dispone que «cuando en la empresa se establezcan sistemas de autogestión por el trabajador del tiempo de trabajo, como es el caso [...] de teletrabajo, o de personas trabajadoras que no presten servicios en los centros físicos de las Empresas y/o Grupos de Empresa, la cuantificación de la jornada ejecutada podrá efectuarse por los mismos dando cuenta mensual a la dirección de la empresa, quien podrá constatar su certeza, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior». En este caso, no queda claro si el registro horario se llevará a cabo mediante la comunicación del inicio y final de la jornada de trabajo por el empleado al empresario o, por el contrario, mediante el uso de las herramientas y dispositivos a las que anteriormente en dicho precepto se alude al regular la obligación general de llevar a cabo un registro de jornada, recayendo además en este punto sobre el empresario un control posterior o una necesaria comunicación entre las partes para confirmar la veracidad de dicho registro. En todo caso, estos ejemplos permiten mostrar la complejidad existente en la adaptación de estas fórmulas de protección previstas inicialmente para el trabajo presencial a las nuevas formas de trabajo basadas en el uso de las herramientas digitales como es el teletrabajo. Un desarrollo más claro del deber de registro de jornada puede encontrarse en el art. 12 del Convenio Colectivo de Heineken España, 2021-2024.

3.2.7. Delimitación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizadas mediante teletrabajo

Otra cuestión que tampoco es a menudo desarrollada por los convenios colectivos en materia de teletrabajo, o no al menos de manera exhaustiva, es el elenco de funciones, tareas o puestos de trabajo que son susceptibles de acogerse a la modalidad de teletrabajo.

Así, algunos de los convenios analizados se limitan meramente a realizar una alusión general a esta cuestión recogiendo que «podrán beneficiarse de esta opción todos/as los/as empleados/as cuyas actividades, funciones y responsabilidades no exijan presencia permanente y continuada en el centro de trabajo»⁶⁵ o «para aquellas posiciones que sean teletrabajables [...] (no siéndolo) aquellas posiciones que requirieren de presencia física en oficina o en clientes de forma habitual»⁶⁶.

Otros por el contrario sí establecen un listado exhaustivo de puestos de trabajo que quedan excluidos de dicha forma de trabajo⁶⁷ o incluso, la imposibilidad de que ciertos trabajadores, como son los de nueva incorporación o en periodo de prueba, puedan teletrabajar durante un determinado periodo de tiempo⁶⁸.

3.2.8. Garantía de los derechos colectivos en el teletrabajo

Tal y como se ha señalado anteriormente, la protección y garantía de los derechos colectivos de los trabajadores adquiere nuevos tintes de complejidad en el teletrabajo y trabajo a distancia, como consecuencia del distanciamiento y aislamiento de los trabajadores respecto a sus compañeros. Es por ello que la LTD remite a la negociación colectiva la labor de establecer los mecanismos que permitan garantizar el adecuado ejercicio de estos derechos y su adaptación a las particularidades presentes en el teletrabajo.

Pese a ello, solo nueve de los convenios analizados recogen medidas, ya sea en términos generales o específicamente en el marco del teletrabajo, que permitan garantizar el adecuado ejercicio de estos derechos.

⁶⁵ Art. 15 del Convenio Colectivo para la empresa Megatech Industries Península Ibérica.

⁶⁶ Art. 37 del Convenio Colectivo de Bureau Veritas Inversiones, 2022-2024.

⁶⁷ Así puede verse en el Anexo II del Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, 2022-2025, al recoger que «no será de aplicación a los Managers, Supervisores, Coordinadores, al Departamento comercial de Key Account», etc.

⁶⁸ Cfr. Anexo II del Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, 2022-2025, o art. 22 del III Convenio Colectivo de Lo Bueno Directo Servicio de Ventas, 2021-2025.

Entre dichas medidas cabe destacar el facilitar a las secciones sindicales un espacio en la Intranet de la empresa para la distribución de propaganda y publicidad de carácter sindical⁶⁹, el posible uso del correo electrónico como medio de comunicación⁷⁰ o de cualquier otro medio telemático⁷¹, el uso de un tablón virtual como vía de información con los trabajadores⁷², la clara delimitación del centro de adscripción de los teletrabajadores para las elecciones sindicales⁷³, etc. También adolecen dichas medidas de imaginación, limitándose muchas de ellas a reiterar las ya contenidas en el art. 19 LTD.

3.2.9. Establecimiento de una jornada mínima presencial y delimitación de la duración máxima del trabajo a distancia

Otra posible limitación que, de manera indirecta, puede permitir paliar la negativa incidencia que el teletrabajo tiene en el vínculo y solidaridad entre los trabajadores, es la imposición de un determinado número de días o de una parte de la jornada de trabajo presencial.

Esta cuestión, ha sido ampliamente tratada en el ámbito convencional, siendo muy diversas las fórmulas utilizadas. Así, hay convenios que fijan un mismo día para todos los trabajadores de trabajo presencial⁷⁴, otros rotan semanalmente los días de teletrabajo y trabajo presencial⁷⁵, o que limitan los días de teletrabajo⁷⁶, etc.

⁶⁹ Art. 15 del I Convenio Colectivo de Randstad Empleo ETT, 2022-2026, o art. 35 del Convenio Colectivo de la empresa Seguros Lagun Aro, Seguros Lagun Aro Vida y Seguros Lagun Aro 2003, 2022-2025.

⁷⁰ Véase el art. 15 del I Convenio Colectivo de Randstad Empleo ETT, 2022-2026, en el cual se establecen una serie de límites para evitar un uso abusivo de dicha vía de comunicación como es limitar su uso a «un correo mensual más 2 extraordinarios anuales» o el enviarlos «a partir de las 14 horas para no colapsar la recepción y emisión de los buzones de correo». Esta posibilidad también se recoge, entre otros, en el art. 97 del Convenio Colectivo de Quirón Prevención, 2021-2024, o en el art. 44 del VII Convenio Colectivo del grupo Generali España, 2022-2025.

⁷¹ *Vid.* art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024.

⁷² Art. 97 del Convenio Colectivo de Quirón Prevención, 2021-2024.

⁷³ *Cfr.* art. 41 del XVIII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública, 2020-2024.

⁷⁴ Art. 35 del Convenio Colectivo de la empresa Seguros Lagun Aro, Seguros Lagun Aro Vid y Seguros Lagun Aro 2003, 2022-2025.

⁷⁵ Art. 37 del Convenio Colectivo de Bureau Veritas Inversiones, 2022-2024.

⁷⁶ Art. 15 de Convenio Colectivo para la empresa Megatech Industries Península Ibérica, 2021-2025.

3.2.10. Otros puntos regulados en el plano convencional

Junto a las remisiones directas realizadas por la LTD a la negociación colectiva, esta puede entrar a recoger cualquier otra cuestión adicional que estime oportuna como consecuencia de la cláusula de cierre abierta contenida en la DA primera de la LTD.

En el marco convencional analizado, cabría citar en este punto, entre otras cuestiones: la regulación de una obligación de dotación de medios y/o compensación de gastos a los trabajadores que no alcancen un porcentaje de teletrabajo del 30%⁷⁷ o en el teletrabajo por circunstancias imprevisibles o extraordinarias⁷⁸; la obligación de acudir en determinados supuestos al centro de trabajo para la prestación de servicios⁷⁹, el procedimiento a seguir en caso de averías técnicas⁸⁰, el teletrabajo desde una segunda residencia⁸¹, etc.

4. El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2023

Como puede apreciarse, partiendo de la situación de partida, se ha avanzado significativamente en el tratamiento convencional en materia de teletrabajo⁸². No obstante, siguen siendo escasos los convenios que efectivamente entran a desarrollar la normativa ya plasmada en la norma legal y por tanto, relevantes las dudas interpretativas y prácticas que surgen ante la expansión de esta forma de trabajo en nuestro país.

No obstante, cabe tener en cuenta el marco en el cual se ha producido tanto la expansión del teletrabajo como la promulgación de su norma, y es que, tal y como ya adelantamos, esta forma de trabajo ha visto ligado su

⁷⁷ Art. 17 del Convenio Colectivo de Agfa Offset sucursal en España, para sus centros de trabajo de Barcelona y Madrid, 2022-2023; art. 32 del Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024; art. 33 del Convenio Colectivo para los establecimientos financieros de crédito 2023, etc.

⁷⁸ *Vid.* art. 28.4 del Convenio Colectivo Hermasa Canning Technology, 2021-2023.

⁷⁹ *Cfr.* art. 15 del Convenio Colectivo para la empresa Megatech Industries Península Ibérica, 2021-2025; art. 16 del Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, 2022-2025, etc.

⁸⁰ Art. 37 del Convenio Colectivo de Bureau Veritas Inversiones, 2022-2024; art. 30 del Convenio Colectivo de la empresa Trevenque Sistemas de Información, 2023-2025, etc.

⁸¹ *Vid.* art. 13 del Convenio Colectivo de la empresa Repsol, 2020-2024.

⁸² Para dicha comparación véase L. MELLA MÉNDEZ, *Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2016, n. 6, *passim*.

protagonismo, tanto en el plano legal como empresarial, a la pandemia del Covid-19, como consecuencia de ello no resulta extraño que sean diversos los puntos débiles de su regulación.

Sin embargo, las expectativas, al menos desde el punto de vista de su tratamiento convencional, son alentadoras, siendo previsible que cada vez sean más los convenios que entren a regular esta materia, al haber sido expresamente contemplado este como uno de los objetivos a alcanzar en el marco del [V acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva del año 2023 \(V AENC\)](#). Concretamente, en los siguientes términos «pretendemos desarrollar en la negociación colectiva todos los elementos que el acuerdo sobre nueva normativa de trabajo a distancia – o teletrabajo – [...] remite a dicha negociación»⁸³. Aspectos que posteriormente son recogidos de manera expresa e individualizada en el décimo capítulo de dicho acuerdo destinado específicamente al teletrabajo. El problema que sin embargo existe en este punto es que, al ser tan numerosos los contenidos que la norma remite a la negociación colectiva, no entra el acuerdo (a diferencia de lo que ocurre en otros apartados del mismo) a destacar aquellos puntos o aspectos a los que debe de prestarse una especial atención en el cumplimiento de dicho llamamiento o posibles medidas para su garantía. Como consecuencia de ello se corre el riesgo de que dicho aumento en el tratamiento convencional del teletrabajo sea meramente cuantitativo.

De manera individualizada, pero indudablemente vinculado a esta materia, se dedica el capítulo onceavo a la desconexión digital, recogiendo en este punto el acuerdo algunas orientaciones sobre posibles criterios y medidas a considerar en el tratamiento convencional de esta materia, como es, el reconocimiento de la ausencia de responsabilidad del empresario en caso de la voluntaria conexión del trabajador; del derecho a no responder cuando la comunicación o mensaje se da fuera de la jornada laboral (salvo cuando concurren circunstancias excepcionales de fuerza mayor justificadas), la ausencia de posibles represalias o sanciones por su ejercicio, la realización de acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas, etc.⁸⁴. Y, como medidas específicas a implementar recoge el acuerdo, por un lado, la programación de respuestas automáticas durante los periodos de descanso o ausencias justificadas y el envío retardado de los mensajes de modo que los mismos

⁸³ [V AENC](#), p. 14.

⁸⁴ Como puede apreciarse, medidas que ya aparecen recogidas en la negociación colectiva sobre la base del estudio realizado. Por lo tanto, poco aporta en este punto al acuerdo, habiendo resultado más interesante en este punto incorporar posibles sanciones en caso de incumplir dichas medidas.

le lleguen al trabajador en su jornada laboral⁸⁵.

Otro punto de este acuerdo en el que se alude a aspectos relevantes en materia de teletrabajo es en el marco del capítulo VIII, al resaltar la necesidad de avanzar en lo referente a la evaluación de riesgos en los puestos de trabajo a distancia o teletrabajo, y en concreto, en la gestión preventiva de los riesgos psicosociales, impulsando programas de prevención del estrés laboral e incorporando programas formativos e informativos sobre los riesgos del uso de las TIC⁸⁶.

5. Conclusiones críticas

La digitalización del mercado de trabajo y la expansión de nuevas formas de organización de la actividad productiva, como es el teletrabajo o el trabajo a distancia, plantean nuevos interrogantes en el marco de la representación de los trabajadores y la garantía de los derechos colectivos legal y constitucionalmente reconocidos a estos.

La deslocalización de la actividad productiva, el aislamiento de los trabajadores, la pérdida de peso de la noción de centro de trabajo, la reducción de la contratación, etc., son muchos de los retos a los que la regulación legal debe de aportar una solución para evitar que estas nuevas formas de trabajo se conviertan en una vía de huida de las garantías legalmente reconocidas en el marco de nuestra normativa laboral.

Así, por medio de la promulgación de la LTD en el año 2021, se abrió una vía para afrontar muchos de dichos problemas en el marco del teletrabajo y del trabajo a distancia, sin embargo, la fórmula elegida para ello por el legislador ha generado, si cabe, aún más interrogantes, al haber hecho un uso abusivo de la fórmula de remisión a otras normas ya existentes en nuestro país o, en lo que en este caso nos interesa, a la negociación colectiva.

Habiendo transcurrido más de tres años desde la promulgación del RDTD, nos planteábamos al inicio del estudio en qué medida la negociación colectiva había asumido la función que la había sido encomendada. Pues bien, los datos – tanto cuantitativos como cualitativos – obtenidos ponen de manifiesto como se ha avanzado significativamente en esta materia en comparación con la situación existente antes de la irrupción del Covid-19. No obstante, siguen siendo numerosas las materias que quedan desatendidas por la negociación colectiva o en las que se realiza un tratamiento insuficiente. Así, sigue sin entrarse convencionalmente a

⁸⁵ Véase el [V AENC](#), pp. 40-41.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 32-33.

regular la flexibilidad horaria en el teletrabajo, a delimitar de manera clara el centro de trabajo, a delimitar los gastos susceptibles de compensación, etc.

Con la promulgación del [V AENC](#) se prevé que aumentará el número de convenios que entren a regular esta materia, no obstante, la poca concreción también dada por dicho acuerdo a la materia del teletrabajo permite prever que, aun así, no se colmarán las dudas interpretativas que siguen existiendo en esta materia y que dificultan la protección de la salud y seguridad del teletrabajador.

Esta situación se ve además agravada por la falta de modernización de los presupuestos en torno a los que en nuestro país se articula la formación y ejercicio de la representación colectiva y que, en el peor de los casos, puede conducir a la ausencia de una representación de los trabajadores en el marco de muchas empresas.

Todo ello pone de manifiesto como, si bien la negociación colectiva constituye sin duda alguna la vía idónea para adaptar la regulación legal en materia de teletrabajo a las particularidades presentes en cada empresa o sector, ello no desplaza la necesidad de que exista una normativa legal de contenido mínimo que permita garantizar efectivamente la protección de los trabajadores sujetos a esta particular forma de trabajo.

En todo caso, sobre la base del análisis realizado, cabe subrayar una serie de puntos a los cuales los agentes sociales deben de prestar, en nuestra opinión, especial atención en el marco de la negociación colectiva, así como también una serie de recomendaciones que en dicho proceso pueden ser útiles al fin de garantizar una mayor protección de los teletrabajadores y reducir las múltiples dudas que surgen en la aplicación de estas formas de trabajo:

1. en materia de reversibilidad, resulta clave concretar el procedimiento y requisitos formales para su ejercicio por parte de los trabajadores, no siendo suficiente con establecer un plazo de preaviso. En el mismo sentido, consideramos especialmente relevante el introducir una cláusula en virtud de la cual dicha reversión deba acompañarse de una justificación objetiva, ya sea realizada por el empresario o por los trabajadores. Por último, y ante la incidencia que esta cuestión presenta en materia de conciliación recomendamos fijar un plazo mínimo que deba de ser respetado en el ejercicio de dicha reversión cuando la misma sea llevada a cabo por la empresa, especialmente en aquellos casos en los que se base en una causa grave o de fuerza mayor;
2. en la compensación de gastos, debe de introducirse expresamente una enumeración detallada de los que se consideran compensables por la empresa, ya que ello reducirá significativamente los múltiples

- interrogantes que en la práctica surgen en torno a esta cuestión;
3. ante el especial protagonismo que el teletrabajo está cobrando en el debate sobre las vías de prolongación de la vida laboral y postergación de la jubilación, resulta recomendable plantearse introducir una cláusula de acceso preferente al colectivo de trabajadores de edad avanzada, así como de otros posibles colectivos como es el de las personas con diversidad funcional, personas con problemas en materia de conciliación, etc. Por supuesto, sin omitir las debidas garantías que en dicho proceso deben de adoptarse para que esta no se convierta en una vía para la discriminación e invisibilización de determinados colectivos de trabajadores;
 4. especialmente importante resulta que en el marco convencional se recoja de manera expresa si es posible el uso de los medios y dispositivos digitales aportados por la empresa para fines personales o no y, en caso afirmativo, los límites que deben de ser respetados;
 5. la flexibilidad es una de las principales ventajas del teletrabajo, sin embargo la misma no se está potenciando en el marco convencional. Es por ello que debería ofrecerse a los trabajadores – siempre y cuando la actividad de la empresa lo permita – el flexibilizar su jornada de trabajo. Lo cual además resulta beneficioso para otros derechos como es el de conciliación. En este sentido, no basta con regular la flexibilidad horaria en términos generales – como se hace en la mayor parte de convenios analizados – ya que las particularidades presentes en el teletrabajo exigen un tratamiento específico en el marco del mismo;
 6. resulta necesario concretar la forma en la que se lleva a cabo el registro de jornada en el marco del teletrabajo, no bastando con aludir a dicha obligación. Así, debe de concretarse la vía en la que se llevará a cabo, como se garantizará su efectividad en el marco del teletrabajo, las consecuencias en caso de que no se registre el fin de la jornada, etc.;
 7. asimismo, ante el importante volumen de teletrabajadores ocasional existentes en nuestro país, recomendamos que la negociación colectiva entre a concretar las medidas de protección que en su caso resultarán aplicables a los mismos (dotación de medios, compensación de gastos, formación, etc.);
 8. por último, ante la relevancia que una avería técnica puede suponer en esta forma de trabajo, se debería de fijar expresamente y de manera detallada el proceso que debe de seguirse en dicho caso: persona de contacto, posibles vías alternativas de realización de la

actividad productiva, posibilidad de acudir al centro de trabajo, etc.

6. Convenios colectivos analizados

1. II Convenio Colectivo grupo de empresa “la Pedresina”, 2022-2024
2. VII Convenio Colectivo del grupo Generali España, 2022-2025
3. XX Convenio Colectivo de la empresa SEAT S.A., 2022-2026
4. Convenio Colectivo para la empresa Mercedes Benz España S.A.U., 2021-2026
5. XVIII Convenio Colectivo de Ford España, 2022-2026
6. I Convenio Colectivo de Randstad Empleo ETT S.A.U., 2022-2026
7. Convenio Colectivo de Artra Servicios Corporativos S.L.U., 2022-2024
8. Convenio Colectivo de Frit Ravich S.L., 2022
9. Convenio Colectivo de Kiabi España KSCE S.A., 2023
10. Convenio Colectivo de LIDL Supermercados S.A.U., 2022-2026
11. Convenio Colectivo de Quirón Prevención S.L.U., 2021-2024
12. Convenio Colectivo de Agfa Offset BV sucursal en España, para sus centros de trabajo de Barcelona y Madrid, 2022-2023
13. Convenio Colectivo para la empresa Megatech Industries Península Ibérica S.L.U., 2021-2025
14. Convenio Colectivo de la empresa Seguros Lagun Aro S.A., Seguros Lagun Aro Vida S.A. y Seguros Lagun Aro 2003 A.I.E., 2022-2025
15. Convenio Colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia S.L.U., 2022-2025
16. Convenio Colectivo de la empresa BP Oil España S.A.U., 2021-2023
17. Convenio Colectivo de la empresa Cajasur Banco, 2022-2024
18. Convenio Colectivo de la empresa Trevenque Sistemas de Información S.L., 2023-2025
19. Convenio Colectivo Hermasa Canning Technology S.A., 2021-2023
20. III Convenio Colectivo de Lo Bueno Directo Servicio de Ventas S.L.U., 2021-2025
21. Convenio Colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, 2023-2024
22. Convenio Colectivo para los establecimientos financieros de crédito, 2023

23. XVIII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública, 2020-2024
24. Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, 2023-2026
25. III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, 2020-2026
26. Convenio Colectivo de Heineken España S.A., 2021-2024
27. Convenio Colectivo de Bureau Veritas Inversiones S.L., 2022-2024
28. Convenio Colectivo de la empresa Repsol S.A., 2020-2024
29. Convenio Colectivo de la empresa Philips Ibérica S.A.U., 2021-2023
30. Convenio Colectivo del grupo Naturgy, 2022-2024

7. Bibliografía

- ANDRÉS VALLE MUÑOZ F. (2022), *El derecho de los representantes de los trabajadores a usar los sistemas de comunicación electrónica en el ámbito del trabajo a distancia*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- BAYONA E. (2022), *Nueve millones de asalariados trabajan sin convenio sobre su jornada y sueldo o lo tienen sin renovar*, en www.publico.es, 21 mayo
- DE LA PUEBLA PINILLA A. (2022), *Negociación colectiva y regulación del trabajo a distancia*, en en AA.VV., *Teletrabajo y negociación colectiva. XXXIII Jornada de estudio sobre negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- DURÁN BERNARDINO M. (dir.) (2022), *Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género*, Dykinson
- FERNÁNDEZ COLLADOS M.B. (2020), *La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital*, en *Lan Harremanak*, n. 44, pp. 56-78
- GÓMEZ SALADO M.A. (2021), *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi
- GORROCHATÉGUI POLO M. (2022), *Los retos de la norma laboral para la promoción de la acción sindical en la empresa 4.0*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social

- LAHERA FORTEZA J. (2019), *Las transformaciones del lugar de trabajo*, en *Documentación Laboral*, n. 118, pp. 13-25
- LÓPEZ VICO S. (2023), *Protección de la salud y seguridad de los trabajadores en el marco de la digitalización. buenas prácticas convencionales en materia de teletrabajo*, en AA.VV., *Las transformaciones de la seguridad social ante los retos de la era digital. Por una Salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum
- LÓPEZ VICO S. (2022), *El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referencia al fenómeno del teletrabajo*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 4, pp. 123-143
- LUQUE PARRA M., PEÑA MONCHO J., GINÉS I FABRELLAS A. (2021), *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Thomson Reuters
- MELLA MÉNDEZ L. (2016), *Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 6, pp. 106-134
- MERCADER UGUINA J. (2020), *Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI digitalización y cambio tecnológico*, en *Trabajo y Derecho*, n. 63, pp. 1-21
- MESSENGER J., VARGAS LLAVE O., GSCHWIND L., BOEHMER S., VERMEYLEN G., WILKENS M. (2019), *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Informe conjunto OIT-Eurofound
- MONEREO PÉREZ J.L. (2023), *Simone Weil. Filosofía del Trabajo y teoría crítica social*, El Viejo Topo
- MONEREO PÉREZ J.L. (2014), *El sindicalismo y el orden democrático*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Sindicatos, trade-unions y corporaciones*, Comares
- MONEREO PÉREZ J.L. (1996), *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ VICO S. (2022), *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19: una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Laborum
- MONREAL BRINGSVAERD E. (2021), *La voluntariedad del trabajo a distancia y su carácter reversible*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer
- MONTES ADALID G.M. (2022), *Trabajo a distancia, teletrabajo y personas mayores: una aproximación jurídico-laboral*, Aranzadi
- PASTOR MARTÍNEZ A. (2021), *Trabajo a distancia y derechos colectivos en el real decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia*, en *Annuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 7, pp. 101-121

REDONDO TORRES D. (2023), *Seguridad y salud en el teletrabajo y regulación convencional*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 260, pp. 111-144

Impactos de la gestión laboral algorítmica en las relaciones colectivas de trabajo

Ana GARCÍA*

RESUMEN: Las ventajas y beneficios empresariales de la inteligencia artificial y los algoritmos han marcado la expansión de la Industria 4.0, que ha encontrado en la gestión laboral algorítmica una estrategia óptima para la supervivencia de las empresas ante la competitividad global. Sin embargo, este avance tecnológico tiene un impacto significativo en los derechos colectivos de las personas trabajadoras, planteando grandes desafíos para el Derecho del Trabajo. Los cambios en las relaciones laborales y en el mercado de trabajo son evidentes, ya que la automatización y la digitalización reconfiguran la fuerza laboral, pero cuando la tecnología está exclusivamente al servicio del poder empresarial puede tener graves consecuencias en la libertad sindical. Por ello, es fundamental abordar estas cuestiones para garantizar que la inteligencia artificial y los algoritmos no solo no vulneren los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, sino que éstas y sus representantes participen en la gobernanza de la transición digital.

Palabras clave: Industria 4.0; inteligencia artificial; gestión laboral algorítmica, derechos colectivos, transición digital.

SUMARIO: 1. El poder “de” la tecnología y “detrás” de la tecnología en la Industria 4.0. 2. La gestión laboral “inteligente”: datos, algoritmos e inteligencia artificial. 3. ¿Cuál es el problema? La vulnerabilidad de las personas trabajadoras. 4. Impactos de la gestión laboral algorítmica en las relaciones colectivas en el trabajo. 4.1. Tensión entre el plano individual y el plano colectivo. 4.2. La deslaboralización y virtualización de la prestación de trabajo. 4.3. La difícil sindicalización ante los cambios en el empleo. 4.4. La ausencia de participación en la empresa y el desequilibrio de poderes. 4.5. El aumento del poder empresarial. 5. Última reflexión: la compatibilidad del “humanismo tecnológico” y el trabajo decente. 6. Bibliografía.

* Personal investigador en formación (Junta de Castilla y León), Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social, Universidad de Salamanca (España).

Impacts of Algorithmic Labour Management on Collective Labour Relations

ABSTRACT: The advantages and benefits of artificial intelligence and algorithms have marked the expansion of Industry 4.0, which has found in algorithmic labour management an optimal strategy for the survival of companies in the face of global competitiveness. However, this technological advance has a significant impact on the collective rights of working people, posing major challenges for labour law. Changes in labour relations and the labour market are evident as automation and digitization reshape the workforce, but when technology is exclusively at the service of corporate power it can have serious consequences on freedom of association. It is therefore essential to address these issues to ensure that artificial intelligence and algorithms do not infringe on the fundamental rights of working people and that, in addition, workers and their representatives are involved in the governance of the digital transition.

Key Words: Industry 4.0; artificial intelligence; algorithmic labour management, collective rights, digital transition.

1. El poder “de” la tecnología y “detrás” de la tecnología en la Industria 4.0

En *Tecnópolis*, Neil Postman proponía que «el modo de utilizar cualquier tecnología viene en gran medida determinado por la propia tecnología»¹ y que «integrado en cada herramienta tecnológica hay un sesgo ideológico»², una predisposición de usos, unas posibilidades de construir unos futuros y no otros. Así, desde la corriente determinista de la tecnología, los efectos negativos de su uso en el ámbito laboral serían una consecuencia necesaria e inevitable. Sin embargo, en un intento de aproximarse de una manera más justa a este fenómeno, parece adecuado complementar este enfoque unidireccional con la influencia que las fuerzas socioeconómicas tienen en la tecnología³, cuyo desarrollo adquiere un carácter notablemente comercial cuando se direcciona hacia la satisfacción de deseos e intereses de grupos privilegiados⁴.

La Industria 4.0⁵ del presente tiene como protagonistas a la robótica, la supercomputación, los sistemas de inteligencia artificial y los algoritmos, el Internet de las cosas o la ciberseguridad. Pero esta revolución industrial no solo se trata de una sucesión de artilugios tecnológicos novedosos, sino también de un nuevo paradigma, nuevas formas de relacionar sistemas y de un nuevo sentido común⁶. Los datos, transformados en información y conocimiento, son considerados los nuevos intangibles⁷ de las empresas al servicio de un propósito fundamental: coordinar operaciones para facilitar una producción adaptable a las demandas de los consumidores y demás exigencias derivadas de la competitividad, en el tiempo más breve y de la

¹ Vid. N. POSTMAN, *Tecnópolis. La rendición de la cultura a la tecnología* (1992), El Salmón, 2018, p. 24.

² *Ibidem*, p. 32.

³ Vid. R. HEILBRONER, *Do Machines Make History?*, en M. ROE SMITH, L. MARX (eds.), *Does Technology Drive History? The Dilemma of Technological Determinism*, MIT Press, 1996, p. 59.

⁴ Vid. F. AGUILAR GORDÓN, *Reflexiones filosóficas sobre la tecnología y sus nuevos escenarios*, en *Sophia*, 2011, n. 11.

⁵ El término elegido para denominar a un marco común de esta cuarta versión de la industria fue empleado por primera vez en un proyecto alemán para referirse a aquella «organización de los procesos de producción basada en la tecnología y en dispositivos que se comunican entre ellos de forma autónoma a lo largo de la cadena de valor». Vid. J. SMIT, S. KREUTZER, C. MOELLER, M. CARLBERG, *Industry 4.0*, European Parliament, 2016, p. 22.

⁶ Vid. C. PÉREZ, *Revoluciones tecnológicas y capital financiero: la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza*, Siglo XXI, 2005.

⁷ Se ha clasificado a ese conocimiento como un nuevo intangible por tratarse de un activo del que las empresas extraen un beneficio económico y competitivo y que supone una gran ventaja empresarial. Vid. UGT, *Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales*, Análisis y Contextos, 2021, n. 20.

manera más eficiente posible, con la finalidad última de obtener (más) beneficios económicos.

Por el momento la presencia de la tecnología digital en la industria europea es baja⁸. Sin embargo, los datos deben contextualizarse teniendo en cuenta que aún nos encontramos en un periodo de transición, en un modelo híbrido que combina empresas analógicas supervivientes con empresas inteligentes emergentes. Ciertamente, nos encontramos en un contexto socioeconómico en el que la globalización y los fenómenos asociados a ella empujan cada vez más hacia una inevitable digitalización masiva de la realidad – también de las empresas – puesto que gran parte de los bienes y servicios que hoy se producen en el mundo se hace a través de multinacionales cada vez más tecnologizadas. De hecho, se ha señalado una evidente retroalimentación⁹ entre digitalización y globalización, ya que la primera «es más profunda en la medida en que se desarrolla en un escenario de economía globalizada, del mismo modo que la globalización se extiende con más fuerza en la medida en que se desarrolla dentro de un contexto de digitalización de la economía»¹⁰.

Pero no solo son las exigencias de la competitividad empresarial, sino que hay todo un conjunto de políticas e instituciones orientadas desde hace años a la digitalización. Desde tímidos estudios incipientes encargados por organismos europeos para poner de manifiesto el potencial de la economía digital en la presencia – y poder – de Europa en el mapa mundial (en 2016 la Comisión puso en marcha la iniciativa *Digitalización de la industria europea*), hasta las últimas propuestas regulativas. Entre ellas, la *Ley de Inteligencia Artificial*¹¹, la cual se presenta como un marco de confianza, garantista y

⁸ La inteligencia artificial tiene en general un bajo nivel de adopción en las empresas de Europa, y España no es una excepción. El 7% de las empresas españolas usan inteligencia artificial, frente al 6% de media de la UE27. Los países más avanzados en este tipo de tecnologías son Irlanda con una 20% de adopción, Malta, con un 15%, Finlandia (10%) y Dinamarca (9%). *Vid.* OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y LA SOCIEDAD, [Indicadores de uso de Inteligencia Artificial en las empresas españolas](#), Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2021.

⁹ *Vid.* J.M. MORENO DÍAZ, [La difícil concreción de los derechos colectivos en entornos laborales digitalizados](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2022, n. 1.

¹⁰ *Vid.* J. CRUZ VILLALÓN, *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, p. 16.

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen Normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, 21 abril 2021, COM(2021)206 final. El 9 de diciembre de 2023, después de lo que se ha denominado una jornada maratoniada de negociaciones, el Consejo y el Parlamento llegaron a un acuerdo provisional, por lo que la Ley de Inteligencia Artificial entra en su fase final.

homogéneo para el uso de la inteligencia artificial en los países de la Unión Europea, aunque al mismo tiempo también es vista como una «plataforma de lanzamiento para que las empresas emergentes y los investigadores de la Unión Europea lideren la carrera mundial de esta tecnología»¹². Además, también han sido recientemente publicadas las *Orientaciones de la Comisión a los Estados miembros relativas a la elaboración de las hojas de ruta estratégicas nacionales para la Década Digital*, con la finalidad de establecer la estructura y los elementos comunes para las hojas de ruta nacionales. Por lo que la presión (desde el ámbito público y el privado) hacia la digitalización es evidente.

Sin embargo, son muy numerosas las advertencias de que esta transformación digital, aparentemente cargada de desarrollo económico y progreso, trae consigo también importantes efectos negativos sobre el mercado de trabajo, las condiciones laborales y los derechos de las personas trabajadoras, en cuya vertiente colectiva se centrarán las siguientes páginas.

2. La gestión laboral “inteligente”: datos, algoritmos e inteligencia artificial

En este contexto industrial, el modelo representativo – aunque todavía no hegemónico – es la “fábrica inteligente” o “*smart factory*”, que se caracteriza por una gran interconexión entre máquinas automatizadas, redes de comunicaciones y mejora del intercambio de información, tecnologías avanzadas de procesamientos de datos, robótica compleja, autodiagnóstico de situaciones y una mayor eficiencia en la gestión de recursos naturales y humanos¹³. Un conjunto de inventos e innovaciones digitales que a su vez constituyen la base de la gestión laboral algorítmica.

Un dato digital se puede definir como aquella información sobre algo concreto que permite su identificación y conocimiento representada mediante un símbolo o secuencia en soporte digital. En la actualidad se han señalado a los datos como el nuevo oro del siglo XXI, sobre los que se asienta el modelo de empresa *smart factory*, en la que el procesamiento y transmisión de información se convierte en fuente fundamental de la

¹² Más aún, de esta propuesta regulativa se dice que su objetivo real es «desarrollar un marco jurídico que ayude a la Unión Europea a posicionarse como líder mundial en IA, restrinja lo menos posible el desarrollo del sector y proporcione el máximo apoyo a las empresas de inteligencia artificial que operan en la Unión Europea». Vid. A. PONCE DEL CASTILLO, *The AI Act: deregulation in disguise*, en www.socialurope.eu, 11 diciembre 2023.

¹³ Vid. S. BARONA VILAR, *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart justice*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 58.

productividad y de poder gracias a las nuevas condiciones tecnológicas. Por ello, la carrera por tener cada vez más poder mediante la información exige cada vez más datos, de tal forma que se prefieren “más datos” a “mejores datos”, buscando datificar todo lo que esté “bajo el sol”¹⁴.

Entendiendo la centralidad de los datos para la transformación digital se comprende mejor por qué la inteligencia artificial está llamada a ser la tecnología protagonista de la Cuarta Revolución Industrial: por su promesa de explotarlos y extraer valor de ellos¹⁵ para generar el conocimiento que permita tomar “mejores” decisiones en términos empresariales. Aunque solo en los últimos años ha comenzado a tener una presencia prácticamente ubicua en cualquier análisis sobre el desarrollo tecnológico, la inteligencia artificial tiene más de medio siglo de historia. Se trata de un término sobre el que no hay consenso en cuanto a su definición¹⁶, aunque se señala su origen en la Conferencia sobre Inteligencia Artificial celebrada en el Dartmouth College, en 1956. No obstante, al menos conceptualmente, es posible encontrar una coincidencia entre las diferentes propuestas, desde las más filosóficas a las más puramente técnicas: es un intento artificial de imitar la inteligencia humana o el despliegue de inteligencia en sustrato artificial¹⁷.

Desde un enfoque jurídico, el artículo 3 de la propuesta europea de Ley de Inteligencia Artificial la define como «software desarrollado con una o varias de las técnicas y enfoques enumerados en el anexo I [¹⁸] y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por el ser humano, generar resultados como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúan». Algunos de esos enfoques utilizan algoritmos que, en una sencilla abstracción, serían un conjunto de instrucciones u operaciones matemáticas en soporte computacional orientados a obtener un cálculo o un resultado, bajo la premisa teórica de obtener respuestas objetivadas frente a las estimaciones puramente intuitivas¹⁹. Se defiende incluso que «lo mejor» de los algoritmos es que «son hiperlógicos y extrapolan o extraen conclusiones para

¹⁴ Vid. I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo*, en ignasibeltran.com, 17 enero 2022.

¹⁵ Vid. P. GARCÍA MEXÍA, *Claves de inteligencia artificial y derecho*, La Ley, 2022, p. 28.

¹⁶ Vid. S. SAMOILI ET AL., *AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, JRC Technical Report, EUR 30117 EN, 2020.

¹⁷ Vid. P. GARCÍA MEXÍA, F. PÉREZ BES (eds.), *Artificial intelligence and the Law*, La Ley, 2021, p. 22.

¹⁸ El Anexo I contiene tres enfoques: aprendizaje automático, basado en la lógica y en el conocimiento y enfoque estadístico.

¹⁹ Vid. J. BAZ RODRÍGUEZ, *Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la IA en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 89, p. 2.

maximizar la eficiencia»²⁰. Pero hay voces que señalan que no deberíamos menospreciar las advertencias sobre que «llevar las matemáticas y la computación a los asuntos humanos, desordenados y cargados de valores no nos lleva necesariamente a la objetividad»²¹.

No obstante, como se ha mencionado *ut supra*, en la gestión de la empresa no se han introducido simplemente nuevos elementos de producción tecnológicos, sino que, con apoyo en las innovaciones digitales, han evolucionado la organización interna y las estrategias empresariales para alinearse con las nuevas exigencias de competitividad y progreso que determina la globalización. La evolución científica de la organización del trabajo digital tiene un nuevo modelo en expansión: la gestión laboral algorítmica²² o *algorithmic management*²³, es decir, la dirección o gestión de la fuerza laboral a través de algoritmos y datos que permiten seleccionar, dirigir, monitorizar y vigilar e incluso disciplinar a las personas trabajadoras²⁴. En definitiva, aplicar la inteligencia artificial a la gestión del factor trabajo²⁵, o más bien al factor humano.

3. ¿Cuál es el problema? La vulnerabilidad de las personas trabajadoras

Este fenómeno no deja de ser una estrategia de organización de la empresa legítima en el marco del derecho a la libertad de empresa recogida en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 38 de la Constitución Española. Se trata de la garantía del inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial con la libertad para

²⁰ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos y Derecho del Trabajo*, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2019, n. 52, p. 64.

²¹ Vid. Z. TUFEKCI, [La inteligencia artificial hace que la moral humana sea más importante](#), en [mujeresconciencia.com](#), 23 abril 2017.

²² Vid. A. GINÈS I FABRELLAS, *La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos*, y J.R. MERCADER UGUINA, *La gestión laboral a través de algoritmos*, ambos en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias. Alicante, 25 y 26 de mayo de 2022*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

²³ Vid. A. MATEESCU, A. NGUYEN, *Algorithmic Management in the workplace*, Data & Society Research Institute, 2019, p. 3.

²⁴ Vid. A. TODOLÍ SIGNES, *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, 2023, p. 27.

²⁵ Vid. J.A. BAZ TEJEDOR, *Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible*, en J. BAZ RODRÍGUEZ (dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial y Big data*, Wolters Kluwer, 2021.

definir los objetivos y dirigir y planificar la actividad empresarial²⁶ para alcanzar el fin último de toda empresa: la obtención de beneficios. De hecho, la innovación tecnológica en la producción y organización del trabajo es una realidad consustancial²⁷ al devenir de las relaciones laborales ya que históricamente el capital se ha servido del desarrollo tecnológico para adaptar la empresa a las mejores circunstancias de inversión, organización y competitividad²⁸.

Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto e incondicionado, sino que debe conciliarse con otros bienes jurídicos en los que puede tener repercusión y que son también dignos de protección. El problema es que esta estrategia de gestión laboral está basada en una tecnología muy potente cuyo uso sin limitaciones puede provocar, y de hecho está provocando, graves perjuicios para las personas trabajadoras por afectar a sus derechos, individuales y colectivos. En efecto, como consecuencia de los impactos negativos de este modelo de gestión empresarial se ha propuesto la denominación de “precariado digital”²⁹ para referirse de manera conjunta a las situaciones de “precariedad” y de “proletariado”, ahora agravadas por el impacto de la tecnología digital. Es decir, a la problemática tradicional que afecta a la clase trabajadora se suman nuevos fenómenos derivados de la digitalización que contribuyen a agravar su situación sistemática de vulnerabilidad.

Así, se ha identificado que la Industria 4.0 «se ha centrado en la digitalización y las tecnologías impulsadas por la inteligencia artificial para aumentar la eficiencia y la flexibilidad de la producción»³⁰. Consciente de ello, la Comisión Europea ha propuesto la “Industria 5.0”³⁰: un marco interpretativo de referencia basado en un paradigma tecnológico centrado en las personas a través del uso de la nueva tecnología que defiende una interacción más intensa entre lo tecnológico y lo humano, hablando de *humanismo tecnológico* o *visión antropocentrista* de la tecnología. En consecuencia,

²⁶ STC 96/2013, de 23 de abril, con cita de la STC 225/1993, de 8 de julio, y de la STC 96/2002, de 25 de abril.

²⁷ Vid. A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Aranzadi, 2021, p. 58.

²⁸ Vid. E. LANZADERA ARENCIBIA, A. DE LAS HERAS GARCÍA, *El smart working como fórmula innovadora en la gestión empresarial: entre la libertad de empresa digital y los derechos laborales*, en C. MOLINA NAVARRETE, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (dirs.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, 2021.

²⁹ Vid. C. MOLINA NAVARRETE, *Personas y rendimientos en la Revolución Industrial 4.0 y en la sociedad inteligente 5.0. ¿Hacia una sociedad del e-trabajo con dos almas?*, en C. MOLINA NAVARRETE, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (dirs.), *op. cit.*

³⁰ M. BREQUE, L. DE NUL, A. PETRIDIS, *Industry 5.0: towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, European Commission, 2021, p. 8.

la Unión Europea propone una visión de la inteligencia artificial no como un fin en sí mismo, «sino un medio prometedor para favorecer la prosperidad humana y mejorar el bienestar individual y social y el bien común, además de traer consigo progreso e innovación»³¹, cuyo objetivo debe ser el de «mejorar las capacidades de las personas, no sustituirlas»³². Pero, de ser cierto, ¿se refieren solo a la persona individual o contemplan a las personas trabajadoras en su acción colectiva?

¿Cómo sobrevive el Derecho colectivo del Trabajo en estos nuevos escenarios hipertecnologizados? ¿Qué va a ocurrir con las personas trabajadoras en las empresas? ¿Cómo van a afectar a las relaciones sociales en el centro de trabajo? ¿Y a la agregación de intereses colectivos? ¿Y a la defensa de los derechos laborales? ¿Y al contenido de los propios derechos? El supuesto humanismo de la tecnología en la Industria 5.0 ¿podría suponer una huida de lo colectivo?³³

4. Impactos de la gestión laboral algorítmica en las relaciones colectivas en el trabajo

En sintonía con una visión de la inteligencia artificial como una “superestructura” que da forma a la sociedad y cuyo impacto se produce «a una escala más colectiva que individual»³⁴, son ya numerosos los trabajos que ponen de manifiesto los cambios del escenario laboral tradicional: el desvanecimiento de la empresa física, la laxitud de los parámetros de lugar y tiempo en la relación laboral que determinan las coordenadas de la actividad colectiva, la creciente individualización de la actividad laboral, la heterogeneidad y dispersión de los diversos colectivos³⁵ y, con especial intensidad, el aumento del poder empresarial³⁶.

³¹ GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *Directrices éticas para una IA fiable*, Comisión Europea, 2019, p. 5.

³² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, 8 abril 2019, COM(2019)168 final, p. 3.

³³ En el mismo sentido, S. BINI, *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, 2021, p. 132.

³⁴ Vid. L. JAUME-PALASI, *Les societats en l'era de l'automatització: L'impacte de la intel·ligència artificial en les societats*, en *Idees*, 2020, n. 48.

³⁵ Vid. F. NAVARRO NIETO, *Representación y acción sindical en la economía digital*, en J.M. GÓMEZ MUÑOZ (dir.), *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, 2021, p. 21.

³⁶ Vid. A. TODOLÍ SIGNES, *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, cit.; C. SÁEZ LARA, *Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2022, n. 2.

4.1. Tensión entre el plano individual y el plano colectivo

En la sociedad del trabajo clásico lo colectivo gozaba de un gran protagonismo en la medida que la debilidad de las personas empleadas solo podía reequilibrarse mediante la autonomía colectiva. Esto era posible porque las personas trabajadoras tenían una tipología similar y sus intereses eran susceptibles de ser sintetizados, sobre todo porque el interés primordial era el salario. Sin embargo, los cambios en el mercado de trabajo y en las condiciones laborales de la economía digital desdibujan la homogeneidad de la clase trabajadora, desplazan la atención única en el factor retributivo y se caracterizan por promover una mayor individualización de las relaciones de trabajo³⁷. Así surge una paradoja moderna: a medida que las relaciones de trabajo se han ido haciendo más complejas surgen más conflictos que pueden renovar la necesidad de la defensa colectiva, pero en unas condiciones sociales más difíciles para la acción sindical.

Por ello se señala la tensión entre el plano individual y colectivo, entre el trabajador y la plantilla, propiciada por la tecnología en general y acentuada por la gestión laboral algorítmica. Por un lado, se considera la analítica de personas o *people analytics* una herramienta muy potente para la empresa por su gran capacidad de análisis y corto espacio de respuesta³⁸. Esta técnica permite la detección de perfiles concretos en la plantilla para posteriormente tomar decisiones sobre contratación, promoción, organización o despido. Pero, este análisis minucioso y detallado aporta una información tan sutil y personal que puede llevar a una mayor relevancia jurídica de lo pactado en su contrato de trabajo o de lo decidido por la empresa de forma individual, potenciando la negociación directa entre empresa y persona trabajadora³⁹ y, por tanto, sorteando así a la negociación colectiva.

Por otro lado, los “bots conversacionales” o “*chatbots*” son cada vez más comunes en las empresas como canal de comunicación con la plantilla. Entre sus funcionalidades, destacan: la resolución de dudas sobre políticas de empresa, la resolución de solicitudes de vacaciones o cambios de horario

³⁷ Vid. C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*

³⁸ Vid. P. RIVAS VALLEJO, *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, 2020, p. 137.

³⁹ Vid. INSTITUTO CUATRECASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH, *Proyecto Technos. Informe general. El impacto de las tecnologías disruptivas en la gestión de los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, La Ley, 2019, p. 30.

o el traslado de comunicaciones importantes a las personas empleadas, siendo capaz de ofrecer respuestas personalizadas, en cualquier momento del día e incluso en diferentes idiomas, lo que se traduce en un ahorro de tiempo y costes de personal en Recursos Humanos. Sin embargo, ello también implica definir la relación entre la dirección de la empresa y la plantilla de manera individualizada, en detrimento de la capacidad de intervención de la representación legal de la plantilla y de la participación de las personas trabajadoras en la empresa.

En este punto se señala que no es lo mismo individualización de las relaciones laborales que personalización, pues mientras que esta última promueve un trato que tenga en cuenta las peculiaridades personales, la individualización busca diluir las salvaguardas y defensas colectivas de las personas trabajadoras para compensar su situación de desigualdad que tienen respecto del empresario⁴⁰. Pero, ¿caso la línea que separa ambos efectos no será demasiado fina que puedan darse ambos a la vez?

4.2. La deslaboralización y la virtualización de la prestación de trabajo

La gestión laboral a través de algoritmos ha llegado a configurar la prestación del trabajo de tal modo que se ha puesto en duda la calificación de la relación jurídica, especialmente en el ámbito de la economía de plataformas de reparto. Sin profundizar en la abundante controversia que gira en torno a la laboralidad de esta actividad debido a su complejidad y amplia casuística, la principal dificultad consiste en identificar qué relación existe entre la plataforma y los colaboradores de la misma: prestación de servicios por cuenta ajena o por cuenta propia. A pesar de la pionera regulación española introducida en el Estatuto de los Trabajadores mediante la conocida como Ley Rider⁴¹ que introduce la presunción de laboralidad del trabajo en plataformas de reparto, la calificación de la relación sigue dependiendo de la casuística y características del modelo de negocio de cada plataforma de reparto. Por lo tanto, sigue existiendo la posibilidad de que se califique como trabajo autónomo, lo que supone en el ordenamiento español (como en muchos otros) la no aplicación de la

⁴⁰ *Ibidem*, p. 171.

⁴¹ 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 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. En concreto, introduce una DA 23ª que recoge la presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

protección que el Estatuto de los Trabajadores otorga y la dificultad o prácticamente imposibilidad de ejercer los derechos colectivos⁴².

Por otro lado, la tecnología digital potencia la «evanescencia de la empresa como espacio físico»⁴³, ya que tanto la prestación del trabajo como el ejercicio del poder de dirección se pueden realizar haciendo uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, de manera que tanto el elemento de territorialidad como el de proximidad física del prestador de servicios desaparece⁴⁴. En consecuencia, se van reduciendo las relaciones sociales en el lugar de trabajo, sustrato material para el ejercicio de la acción sindical tradicional, la cual requiere presencialidad y contacto entre las personas trabajadoras para poder crear nexos y lazos de solidaridad.

Por un lado, la transmisión de noticias de interés sindical y el flujo de información entre sindicato y afiliados de manera presencial permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y pluralismo sindicales y constituye un elemento básico del derecho de libertad sindical⁴⁵. Sin embargo, ante la dispersión y la virtualización del trabajo se requieren nuevas estrategias de acción sindical con base digital para poder conectar a las personas trabajadoras entre ellas y con sus representantes. Conscientes de ello, las organizaciones sindicales han comenzado a intentar desarrollar una especie de “ciberacción sindical”⁴⁶ utilizando, además de los canales de comunicación corporativos de las empresas, las redes sociales para la difusión de información, asesoramiento y comunicación con los trabajadores de las plataformas como Precarity War de Comisiones Obreras o Tu Respuesta Sindical de la Unión General de Trabajadores.

Por otro lado, no solo se trata de la comunicación, sino también de la propia configuración de la representación legal de las personas empleadas, que en España se realiza mediante las denominadas “elecciones sindicales” o elecciones a órganos de representación unitaria de los trabajadores. ¿Cómo realizar este proceso en empresas sin sede física? Sin cobertura jurídica expresa por el momento, el recurso al voto telemático⁴⁷ ha sido la

⁴² Puesto que el ordenamiento jurídico español no reconoce a los trabajadores por cuenta propia el derecho a fundar sindicatos o el derecho a huelga, aunque si pueden afiliarse a las organizaciones sindicales legalmente constituidas (art. 3.1, LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y art. 19.1, Ley 20/2017, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo).

⁴³ *Vid.* F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴ *Vid.* E. ROJO TORRECILLA, *Cambios en el mundo del trabajo. El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital y la adaptación sindical*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 3 junio 2019.

⁴⁵ STS 2073/2021, de 11 de mayo.

⁴⁶ *Vid.* E. ROJO TORRECILLA, *op. cit.*

⁴⁷ Voto telemático, a distancia, digital o “e-voting” son las denominaciones que ha recibido

solución implementada por algunas organizaciones sindicales, no sin controversia a su alrededor⁴⁸. En consecuencia, la «deslaboralización que están llevando consigo los actuales procesos productivos y las nuevas formas de trabajo, unido a la virtualización de las mismas, dificulta cada vez más el ejercicio de los derechos colectivos»⁴⁹ que necesitan una adecuada comunicación entre personas trabajadoras y su representación⁵⁰.

La actividad sindical es una actividad humana, susceptible de digitalizar, pero no de automatizar. No se puede automatizar una huelga, ni un comité de empresa, ni una manifestación. Se pueden añadir elementos tecnológicos a la acción sindical para enriquecerla, pero no se puede sustituir ni *algoritmizar* porque es una actividad esencialmente humana.

4.3. La difícil sindicalización ante los cambios en el empleo

Es un hecho genérico e incontrovertido (podrá discutirse la cuantificación de la destrucción, creación o transformación del empleo, pero no el hecho en sí) que las nuevas empresas digitales requieren una menor mano de obra en comparación con las empresas tradicionales, generando incluso mayores beneficios con un menor número de trabajadores. Consecuentemente, ello tiene un impacto directo en el equilibrio de poderes de las partes de la relación laboral cuando al reducir la masa laboral de la empresa «se reduce el poder de negociación derivado de la alta sustituibilidad de una persona trabajadora por otra»⁵¹. En general, el trabajo en la economía digital se caracteriza por tratarse de empleo débil y por su precariedad sistémica: «dos señas de identidad de un mercado de trabajo incierto»⁵². Entonces ¿cómo sindicalizar a estos colectivos?

la modalidad de voto en la que el votante no tiene que desplazarse a ningún lugar concreto puesto que puede ejercer su derecho al voto simplemente conectándose a la red con un dispositivo digital, ordenador, teléfono móvil o tablet.

⁴⁸ Vid. E. ROJO TORRECILLA, *Elecciones a representantes del personal y límites al voto telemático. Notas a la importante sentencia de la AN de 12 de noviembre (y previo repaso a sentencias y futuras normas de indudable interés laboral)*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 18 diciembre 2022; J.M. GOERLICH PESET, *La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria (sentencia 165/2022, de 12 de diciembre)*, en www.elforodelabos.es, 9 febrero 2023; J.B. VIVERO SERRANO, *El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 14.

⁴⁹ Vid. J.M. MORENO DÍAZ, *op. cit.*

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ Vid. A. TODOLÍ SIGNES, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, cit., p. 2.

⁵² Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Reflexiones sobre los efectos de la simultánea creación, destrucción*

Es un lugar común, al reflexionar sobre el impacto de la tecnología en la destrucción/creación de empleo, identificar una primera fase en la sustitución de trabajadores por sistemas de inteligencia artificial definida por la destrucción de empleo, seguida por otra fase en la que se genera más empleo en los sectores productivos relacionados con la tecnología. Sin embargo, se trata de un cambio que el mercado de trabajo tarda en superar y al que el sindicalismo se tiene que adaptar.

Por todo ello, se ha señalado que las nuevas formas de organización basadas en la tecnología complican la movilización del colectivo laboral, individualizando cada vez más las relaciones de trabajo y dificultando la conciencia de sí mismo⁵³.

4.4. La ausencia de participación en la empresa y el desequilibrio de poderes

Los riesgos potenciales de la inteligencia artificial y los algoritmos en la esfera laboral son objeto de advertencia tanto de la propuesta de Reglamento de inteligencia artificial como del proyecto de Directiva de plataformas. Por un lado, consideran de alto riesgo los sistemas de inteligencia artificial que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores, la contratación y selección del personal, la asignación de tareas o la evaluación de las personas, por la potencial afectación a futuras perspectivas laborales⁵⁴. Por otro lado, señalan especialmente los peligros de la opacidad algorítmica o el desequilibrio en el acceso a la información, para lo que proponen una transparencia basada en el derecho de información de las personas trabajadoras y de su representación colectiva⁵⁵.

No obstante, un análisis detallado de las referencias a la participación de las personas trabajadoras en la propuesta de Reglamento revela un mayor peso de la posición individual de las personas trabajadoras como sujetos de derechos y no su intervención de manera colectiva. De hecho, se propone regular mediante códigos de conducta, en su caso, sin referencia a la negociación colectiva ni al diálogo social, mientras que en otras ocasiones

y transformación del empleo en la era digital, en C. MOLINA NAVARRETE, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (dirs.), *op. cit.*

⁵³ *Vid.* J.M. DÍAZ RODRÍGUEZ, *La innovación tecnológica en la acción sindical ante las nuevas realidades empresariales*, en W. SANGUINETI RAYMOND, J.B. VIVERO SERRANO (dirs.), *La construcción del derecho del trabajo en las redes empresariales*, Comares, 2019.

⁵⁴ COM(2021)206 final, cit., Anexo III.

⁵⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, 9 diciembre 2021, COM(2021)762 final.

parece dar por sentado que si los sistemas de inteligencia artificial cumplen los requisitos de procedimiento estarán entonces permitidos, sin necesidad de salvaguarda alguna que recaiga en la representación de los trabajadores. Por este motivo, se ha señalado que «el Reglamento corre el riesgo de funcionar como un techo en lugar de como un suelo en el ámbito laboral»⁵⁶. Al contrario, sí se encuentra en la propuesta de Directiva una llamada al diálogo social sobre los sistemas de gestión algorítmica introduciendo derechos colectivos en materia de información y consulta sobre los cambios sustanciales relacionados con el uso de sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones.

En España, la regulación que se ha dado a esta cuestión no ha colmado las expectativas al respecto. La modificación realizada por la Ley Rider introduce en el artículo 64.4.d ET el derecho a ser informado específicamente del uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Sin embargo, no recoge el derecho a la consulta, lo que se ha considerado que deja fuera la posibilidad de una participación directa en las decisiones sobre cómo implementar los algoritmos en la empresa.

De hecho, hay voces que señalan que antes de esta reforma ya era posible defender con base en este precepto el derecho a la consulta en cuestión de algoritmos, pues encajaba en el artículo 64.5.f ET que recogía la obligación de consulta «sobre todas las 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»⁵⁷. Incluso, en este mismo sentido, se ha llegado a señalar que esta configuración jurídica del derecho de información sobre la utilización de algoritmos sin un complementario derecho de consulta chocaría con la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, ya que esta, en su artículo 4.2.c recoge el derecho de información y consulta sobre «decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo» como indudablemente ocurre con el recurso a la gestión algorítmica de la relación laboral⁵⁸.

Por lo tanto, el derecho de información algorítmica no implica un derecho a ser consultado⁵⁹, aunque sí sería posible introducir esa exigencia

⁵⁶ Vid. V. DE STEFANO, *Algorithmic management and collective bargaining*, ETUI, 2021, p. 11.

⁵⁷ Vid. J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 85.

⁵⁸ Vid. J. BAZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*

⁵⁹ Sí existe obligación de negociar cuando el algoritmo es utilizado en el marco de un despido colectivo (art. 51 ET), en el periodo de consultas previo, aunque no exige llegar a

vía convencional. Sin embargo, la realidad es que esta no es una cuestión que esté siendo abordada en la negociación colectiva, de manera que la técnica legislativa de trasladar la responsabilidad a la autonomía colectiva no está colmando la ausencia de legislación específica al respecto ni está contribuyendo a gobernar la transición a la digitalización de las empresas.

4.5. El aumento del poder empresarial

Esta aproximación al impacto de la gestión laboral algorítmica sobre los derechos colectivos no puede prescindir de la identificación de una alineación de poderes tecnológicos y empresariales. Cuando el lucro es la finalidad principal de las actividades tecnológicas, el resultado inevitable es considerar a las personas como instrumentos, objetos o mercancías⁶⁰. Por esta razón, no se trata solo de proteger exclusivamente de la intimidad de los datos, sino de observar el aumento de prerrogativas de gestión a través de la tecnología⁶¹ y en las consecuencias que sobre las personas trabajadoras conlleva.

Así, se señala a la gestión laboral algorítmica como la última estrategia empresarial para expresar aún más el poder de dirección al permitirle un ejercicio más rápido y eficaz en términos de eficiencia económica de sus poderes y libertades. La extracción y procesamiento de datos de la plantilla se utiliza para evaluar su desempeño, su capacidad profesional y facilitar el control disciplinario. Ello supone un aumento de las facultades de dirección y gestión empresariales y su ejercicio con mayor intensidad, lo que debilita aún más la posición de la persona trabajadora como titular de derechos fundamentales⁶² y acentúa la desigualdad entre las partes de la relación laboral, pues la inteligencia artificial está exclusivamente al servicio de los propietarios de las empresas, no de las personas empleadas⁶³.

un acuerdo; también es obligatorio en el marco de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.1 ET), de la movilidad geográfica (art. 40.2 ET) o de un ERTE (art. 47.3 ET).

⁶⁰ Vid. F. AGUILAR GORDÓN, *op. cit.*

⁶¹ Vid. V. DE STEFANO, *op. cit.*, p.6.

⁶² Vid. S. OLARTE ENCABO, *La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 119.

⁶³ Vid. N. CARR, *Atrapados. Cómo las máquinas se apoderan de nuestras vidas*, Taurus, 2014, p. 35.

5. Última reflexión: la compatibilidad del “humanismo tecnológico” y el trabajo decente

Resulta paradójico que la Unión Europea defienda la idea de que «todo ser humano posee un *valor intrínseco* (sic) que jamás se debe menoscabar» y que en el contexto de la inteligencia artificial «implica que todas las personas han de ser tratadas con el debido respeto que merecen como *sujetos morales* (sic), y no como simples *objetos* (sic) que se pueden filtrar, ordenar, puntuar, dirigir, condicionar o manipular»⁶⁴, cuando es precisamente eso, filtrar, ordenar, puntuar, dirigir, condicionar o manipular, las funciones que los algoritmos están desarrollando en el contexto de la gestión algorítmica en el ámbito laboral. Lo que significa la «decencia social en la era de la digitalización y de la inteligencia artificial» requiere una reflexión profunda, máxime cuando el hombre tiende a diluirse en un mundo de datos e informaciones que resulta cada vez de más difícil control⁶⁵.

Por lo tanto, en el marco de un programa político internacional organizado en torno a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el trabajo decente y el humanismo tecnológico de la Industria 5.0, no observar desde el Derecho del Trabajo cómo la inteligencia artificial así implementada irrumpe en la vida laboral y privada de las personas trabajadoras y socaba aún más su posición frente a la dirección de la empresa sería una incoherencia (más) del sistema.

En el debate académico relativo al «binomio inteligencia artificial y trabajo», se contraponen las «ventajas para las empresas y los riesgos para los derechos de las personas trabajadoras»⁶⁶, lo que a su vez supone una confrontación entre la libertad de empresa y el ejercicio de los derechos colectivos como expresión de la libertad sindical. Sin embargo, observando el aumento del poder empresarial, la acentuación de la desigualdad entre las partes de la relación laboral⁶⁷, la progresiva «depauperación de los derechos de los trabajadores» y la «evanescencia de los derechos colectivos»⁶⁸, el Derecho del Trabajo debe formularse como un dique de contención de la digitalización masiva de la realidad y consolidarse como el principal impulsor del trabajo decente, que no constituye un obstáculo a la iniciativa

⁶⁴ Vid. GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁵ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 157.

⁶⁶ Vid. C. SÁEZ LARA, *op. cit.*

⁶⁷ Vid. A. BAYLOS GRAU, *La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2022, n. 1, pp. 95-113.

⁶⁸ Vid. J.M. MORENO DÍAZ, *op. cit.*

empresarial, sino que aporta un factor social a dicha iniciativa⁶⁹. De lo contrario, el avance en el desarrollo tecnológico sin garantías laborales en su aplicación empresarial será el retroceso en el progreso social⁷⁰.

6. Bibliografía

- AGUILAR GORDÓN F. (2011), *Reflexiones filosóficas sobre la tecnología y sus nuevos escenarios*, en *Sophia*, n. 11, pp. 123-172
- BARONA VILAR S. (2021), *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart justice*, Tirant lo Blanch
- BAYLOS GRAU A. (2022), *La larga 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
- BAZ RODRÍGUEZ J. (2022), *Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la IA en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva*, en *Trabajo y Derecho*, n. 89
- BAZ TEJEDOR J.A. (2021), *Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible*, en J. BAZ RODRÍGUEZ (dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial y Big data*, Wolters Kluwer
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2022), [*La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo*](#), en ignasibeltran.com, 17 enero
- BINI S. (2021), *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo
- BREQUE M., DE NUL L., PETRIDIS A. (2021), *Industry 5.0: towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, European Commission
- CARR N. (2014), *Atrapados. Cómo las máquinas se apoderan de nuestras vidas*, Taurus
- CRUZ VILLALÓN J. (2017), *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Temas Laborales*, n. 138, pp. 13-47
- INSTITUTO CUATRECASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH (2019), *Proyecto Technos. Informe general. El impacto de las tecnologías disruptivas en la gestión de los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, La Ley
- DE STEFANO V. (2021), *Algorithmic management and collective bargaining*, ETUI
- DÍAZ RODRÍGUEZ J.M. (2019), *La innovación tecnológica en la acción sindical ante las nuevas realidades empresariales*, en W. SANGUINETI RAYMOND, J.B. VIVERO

⁶⁹ Vid. J. SOMAVIA, *The Meaning of Decent Work: a Struggle for Human Dignity*, ILO, 2013.

⁷⁰ Vid. A. GARCÍA, *La gobernanza de una transición justa a la industria 4.0 en dos momentos: el derecho de información de los trabajadores y la respuesta sindical*, en D.T. KAHALE CARRILLO (dir.), *Congreso Internacional "Retos interdisciplinares en el entorno de la industria 4.0"*, Universidad Politécnica de Cartagena, 2021.

- SERRANO (dirs.), *La construcción del derecho del trabajo en las redes empresariales*, Comares
- GARCÍA A. (2021), *La gobernanza de una transición justa a la industria 4.0 en dos momentos: el derecho de información de los trabajadores y la respuesta sindical*, en D.T. KAHALE CARRILLO (dir.), *Congreso Internacional “Retos interdisciplinares en el entorno de la industria 4.0”*, Universidad Politécnica de Cartagena
- GARCÍA MEXÍA P. (2022), *Claves de inteligencia artificial y derecho*, La Ley
- GARCÍA MEXÍA P., PÉREZ BES F. (eds.) (2021), *Artificial intelligence and the Law*, La Ley
- GINÈS I FABRELLAS A. (2022), *La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias. Alicante, 25 y 26 de mayo de 2022*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- GOERLICH PESET J.M. (2023), [La Audiencia Nacional contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria \(sentencia 165/2022, de 12 de diciembre\)](http://www.elforodelabos.es), en www.elforodelabos.es, 9 febrero
- GÓMEZ MUÑOZ J.M. (dir.), *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo
- GORELLI HERNÁNDEZ J. (2022), *Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información*, en *Trabajo y Derecho*, n. 85
- GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (2019), *Directrices éticas para una IA fiable*, Comisión Europea
- HEILBRONER R. (1996), *Do Machines Make History?*, en M. ROE SMITH, L. MARX (eds.), *Does Technology Drive History? The Dilemma of Technological Determinism*, MIT Press
- JAUME-PALASI L. (2020), *Les societats en l'era de l'automatització: L'impacte de la intel·ligència artificial en les societats*, en *Idees*, n. 48, pp. 1-11
- LANZADERA ARENCIBIA E., DE LAS HERAS GARCÍA A. (2021), *El smart working como fórmula innovadora en la gestión empresarial: entre la libertad de empresa digital y los derechos laborales*, en C. MOLINA NAVARRETE, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (dirs.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi
- MATEESCU A., NGUYEN A. (2019), *Algorithmic Management in the workplace*, Data & Society Research Institute
- MERCADER UGUINA J.R. (2022), *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch

- MERCADER UGUINA J.R. (2022), *La gestión laboral a través de algoritmos*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias. Alicante, 25 y 26 de mayo de 2022*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- MERCADER UGUINA J.R. (2021), *Reflexiones sobre los efectos de la simultánea creación, destrucción y transformación del empleo en la era digital*, en C. MOLINA NAVARRETE, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (dirs.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi
- MERCADER UGUINA J.R. (2019), *Algoritmos y Derecho del Trabajo*, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 52, pp. 63-70
- MOLINA NAVARRETE C. (2021), *Personas y rendimientos en la Revolución Industrial 4.0 y en la sociedad inteligente 5.0. ¿Hacia una sociedad del e-trabajo con dos almas?*, en C. MOLINA NAVARRETE, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (dirs.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi
- MORENO DÍAZ J.M. (2022), *La difícil concreción de los derechos colectivos en entornos laborales digitalizados*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, pp. 152-171
- NAVARRO NIETO F. (2021), *Representación y acción sindical en la economía digital*, en J.M. GÓMEZ MUÑOZ (dir.), *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo
- OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y LA SOCIEDAD (2021), *Indicadores de uso de Inteligencia Artificial en las empresas españolas*, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital
- OLARTE ENCABO S. (2020), *La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación*, en *Documentación Laboral*, n. 119, pp. 79-98
- PÉREZ C. (2005), *Revoluciones tecnológicas y capital financiero: la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza*, Siglo XXI
- PONCE DEL CASTILLO A. (2023), *The AI Act: deregulation in disguise*, en www.socialeurope.eu, 11 diciembre
- POSTMAN N. (2018), *Tecnópolis. La rendición de la cultura a la tecnología*, El Salmón
- RIVAS VALLEJO P. (2020), *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi
- ROJO TORRECILLA E. (2022), *Elecciones a representantes del personal y límites al voto telemático. Notas a la importante sentencia de la AN de 12 de noviembre (y previo repaso a sentencias y futuras normas de indudable interés laboral)*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 18 diciembre

- ROJO TORRECILLA E. (2019), *Cambios en el mundo del trabajo. El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital y la adaptación sindical*, en www.eduardorojo-torrecilla.es, 3 junio
- SÁEZ LARA C. (2022), *Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 2, pp. 283-300
- SAMOILI S., LÓPEZ-COBO M., GÓMEZ E., DE PRATO G., MARTÍNEZ-PLUMED F., DELIPETREV B. (2020), *AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, JRC Technical Report, EUR 30117 EN
- SMIT J., KREUTZER S., MOELLER C., CARLBERG M. (2016), *Industry 4.0*, European Parliament
- SOMAVIA J. (2013), *The Meaning of Decent Work: a Struggle for Human Dignity*, ILO
- TODOLÍ SIGNES A. (2023), *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi
- TODOLÍ SIGNES A. (2021), *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Aranzadi
- TUFEKCI Z. (2017), *La inteligencia artificial hace que la moral humana sea más importante*, en mujeresconciencia.com, 23 abril
- UGT (2021), *Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales*, Análisis y Contextos, n. 20
- VIVERO SERRANO J.B. (2016), *El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa*, en *Trabajo y Derecho*, n. 14, pp. 113-116

Jurisprudencia

- STC 96/2013, de 23 de abril
- STC 96/2002, de 25 de abril
- STC 225/1993, de 8 de julio
- STS 2073/2021, de 11 de mayo

Normativa

- 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 Real Decreto Legislativo

2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, en *BOE*, 29 septiembre 2021, n. 233

Normativa Europea

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, 8 abril 2019, COM(2019)168 final

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, 9 diciembre 2021, COM(2021)762 final

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen Normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, 21 abril 2021, COM(2021)206 final

Nuevas tecnologías, trabajo y colectivos vulnerables: un enfoque de género*

Marina FERNÁNDEZ RAMÍREZ**

RESUMEN: La igualdad de oportunidades en el trabajo constituye un derecho fundamental y esencial para que todas las personas puedan acceder al mundo laboral en igualdad de condiciones, desarrollar plenamente su potencial y beneficiarse de su esfuerzo en función de sus méritos. Esa igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se vulnera en el momento en que cualquier trabajador o aspirante a un empleo es discriminado. Actualmente, existe una tendencia creciente a integrar en las legislaciones laborales los cuatro grupos de principios y derechos fundamentales en el trabajo, entre los cuales figuran los relativos a la eliminación de discriminación y a la igualdad en el lugar de trabajo. En esta senda avanza la reciente normativa española en materia de igualdad de trato y no discriminación, siendo nuestro propósito analizar si su formulación es abiertamente voluntarista o presenta visos de consolidarse mediante soluciones eficaces a este grave problema.

Palabras clave: Igualdad, discriminación, entorno laboral, nuevas tendencias.

SUMARIO: 1. Cuestiones preliminares. 2. Colectivos especialmente proclives a la discriminación para el empleo. 3. Particular vulnerabilidad cualitativa y cuantitativa de la mujer: una perspectiva interseccional. 3.1. Mujeres jóvenes. 3.2. Mujeres maduras y paradas de larga duración. 3.3. Mujeres con discapacidad. 3.4. Empleadas de hogar. 3.5. Mujeres migrantes. 3.6. Mujeres pertenecientes al colectivo LGTBI. 4. Presupuestos para un viraje inclusivo de la digitalización laboral. 4.1. Tránsito a una formación tecnológica capacitante.

* Esta obra se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación: Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía (PAIDI SEJ-347), “Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social”; Proyecto Autonómico de I+D+i *Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital*, financiado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea con fondos FEDER, (Ref. UMA18-FEDERJA-028); Proyecto Autonómico de I+D+i *Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico* (Ref. P18-RT-2585); Proyecto de Investigación *Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores* (Ref. D5-2022_06); Proyecto de Investigación *Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital* (Ref. PID2021-124031NB-C44).

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

4.2. Perfiles académicos pendientes de conquista femenina. 5. Conclusiones críticas. 6. Bibliografía.

New Technologies, Work and Vulnerable Groups: a Gender Approach

ABSTRACT: Equal opportunity at work is a fundamental and essential right for all people to have equal access to the world of work, to develop their full potential and to benefit from their efforts on the basis of their merits. Equal opportunities for women and men are violated when a worker or job applicant is discriminated against. There is now a growing trend towards integrating into labour legislation the four groups of fundamental rights at work, including those relating to the elimination of discrimination and equality in the workplace. The recent Spanish legislation on equal treatment and non-discrimination is progressing along this path, and our purpose is to analyse whether its formulation is openly voluntarist or shows signs of being consolidated through effective solutions to this serious problem.

Key Words: Equality, discrimination, working environment, new trends.

1. Cuestiones preliminares

El concepto de discriminación, en la actualidad, no se limita ya a la consideración individual de la ilicitud o arbitrariedad de diferencias de trato por razón de sus motivos, sino que parte de una consideración colectiva de fenómenos sociales que crean víctimas discriminadas, por el hecho de ser miembros de un determinado grupo o categoría de personas o por sus elecciones personales¹.

Constituyen los denominados “colectivos vulnerables” y las diferencias pueden ser meramente físicas, como sucede con el género o el origen étnico, la incidencia de alguna enfermedad o incapacidad, o culturales, como la religión, la ideología o la nacionalidad². Común denominador es que, en cualquiera de los supuestos, los afectados sufren duros agravios que se traducen en imposibilidad de acceso al empleo, salarios más bajos, horarios abusivos, ataques personales, menores opciones de promoción profesional o vejaciones y exclusiones en su ámbito de trabajo.

Sin embargo, de entre las causas de discriminación existentes, la sufrida por las mujeres es la más antigua, persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio y con una singular manifestación peyorativa en las relaciones laborales. Debe tenerse en cuenta que, históricamente, la práctica laboral se viene construyendo en base a un modelo de neutralidad en cuanto al género, de tal forma que estas cuestiones se abordan desde el punto de vista de un trabajador abstracto cuyo referente implícito es la normalidad del trabajo masculino³ (androcentrismo).

Aunque confundido a menudo con el término sexo, el concepto género hace referencia a la construcción social de lo que se considera ser mujer u hombre⁴. Creado desde la sociología y la antropología, designa la forma en que las diferentes sociedades y culturas interpretan el sexo biológico. Así, mientras el sexo biológico está determinado por características genéticas, «el género es una identidad adquirida y aprendida que varía ampliamente intra e interculturalmente. El género es relacional ya que no se refiere exclusivamente a las mujeres o a los hombres, sino a las relaciones entre

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Los contornos de la discriminación*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5, p. 20.

² J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *Prohibición de discriminación*, en *Temas Laborales*, 2018, n. 145.

³ A. MORENO SARDÁ, *Más allá del género: aportaciones no-androcéntricas a la construcción de un humanismo plural*, en C. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (coord.), *Género y currículo: aportaciones del género al estudio y práctica del currículo*, Akal, 2006.

⁴ G. RISBERG, E.E. JOHANSSON, K. HAMBERG, *A theoretical model for analysing gender bias in medicine*, en *International Journal for Equity in Health*, 2009, vol. 8, artículo n. 28, p. 8.

ambos»⁵.

La construcción social del género, como definición de las mujeres y los hombres, implica, pues, relaciones desiguales de poder y discriminación que se manifiestan en todas y cada una de las esferas de la vida, desde las más íntimas hasta las más públicas. Así, el género, determina la relación con el trabajo, realidad ésta que ha propiciado el diseño de políticas sistemáticamente contumaces basadas en una falsa homogeneidad de la población trabajadora.

La realidad laboral actual de España, presidida por una clara desigualdad estructural de género, nos muestra un panorama desalentador en el que los índices de actividad, empleo y desempleo, así como las condiciones laborales, son peores en las mujeres cuando las comparamos con los hombres. Pero, además, no es la brecha de empleo lo único que reprime la igualdad de género; la división sexual del trabajo genera una polarización del empleo y una feminización de sectores, jugando un papel crucial en la distribución de los tipos de empleo, por el que ellas tienden a tener trabajos de peor calidad que ellos y a ocupar sectores menos productivos con peores sueldos⁶.

Pensemos que no se trata sólo de tener acceso a un trabajo, sino que el acceso al mismo sea dentro de lo que se considera un trabajo decente, formal y con todas las garantías legales que aseguren a las mujeres autonomía económica, reconocimiento de sus derechos laborales y protección social. El mero aumento de la participación femenina en la fuerza laboral no incrementa *per se* la igualdad de género en el trabajo, de modo que es necesario reducir la segregación laboral basada en el género⁷.

Se constata, además, precariedad laboral y/o la dificultad de acceso a puestos directivos, siendo culpables la brecha de género, la temporalidad, la parcialidad y el techo de cristal. Lugar destacado ocupa la brecha salarial pues, pese a que la normativa sanciona gravemente a las empresas que lleven a cabo políticas retributivas discriminatorias, nuestro país se situó en 2021 en el 20,9%, si bien, en 2023, la brecha retributiva ha descendido a un

⁵ M.E. CASAS BAAMONDE, *Igualdad y no discriminación por sexo y género: el lenguaje de los derechos*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, n. 22, p. 34 ss.; I.C. JARAMILLO, *La crítica feminista al derecho*, en R. WEST, *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre, 2000, p. 28 ss.

⁶ Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2022](#), 2022, p. 4.

⁷ M. IBÁÑEZ PASCUAL, *La división sexual del trabajo y las razones de la segregación ocupacional*, en M. IBÁÑEZ PASCUAL (dir.), *Mujeres en mundos de hombres: La segregación ocupacional a través del estudio de casos*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2017.

18,72% (5.175 €) en el cómputo anual⁸. Además, los sesgos de género propician que ellas sigan asumiendo el rol de cuidadoras, acentuado durante la pandemia, desbocando sus ya enormes tasas de temporalidad, parcialidad, excedencias y paro. Por si no fuese suficiente, esta realidad va acompañada en ocasiones por una de las manifestaciones de discriminación y violencia por razón de sexo más extendida y más invisibilizada – dada su compleja identificación –, como es el acoso sexual y el acoso por razón de sexo⁹.

A lo descrito, se suma la eclosión de la era digital en su versión negativa. El enfoque tradicional del trabajo como modelo a seguir, atendiendo a los nuevos escenarios introducidos por la revolución tecnológica y la industria 4.0, se ha agotado para cualquier trabajador y, a mayor abundamiento, para la mujer trabajadora. El trabajo, su contenido, su organización y su diseño, así como su normativa y su protección, están experimentando grandes transformaciones que exigen, para su adaptación, cambios de gran envergadura, culturales y, sobre todo, formativos.

Hoy, desarrollar un sistema integrado de recualificación que permita mantener a la población adulta formada y actualizada a lo largo de toda su vida, se ha convertido en una exigencia de primer orden¹⁰; pese a ello, la participación de la mujer en procesos formativos para el empleo sigue siendo inferior a la de los hombres¹¹. La brecha digital continúa teniendo rostro femenino cuando se profundiza en la tipología de excluidos digitales de modo que, todavía, más del 60% de las personas desconectadas son mujeres. Este escenario implica para ellas un riesgo exponencial de exclusión digital y laboral, considerando, además, la posible concurrencia simultánea o sucesiva en el mismo sujeto de otras variables habituales de exclusión, geográficas, culturales, generacionales, de discapacidad, o de género.

La ONU considera que no solo el ámbito de derechos se ve afectado, sino que la inclusión de la mujer y la igualdad de género son fundamentales para el desarrollo sostenible; de ahí que empoderarla sea una herramienta efectiva para promover el desarrollo económico a nivel mundial, convirtiéndose en uno de los principales objetivos a alcanzar en las agendas

⁸ Cfr. INSTITUTO DE LAS MUJERES, *Desigualdad retributiva entre mujeres y hombres*, IV Boletín de Igualdad en el Empleo, 2023.

⁹ Vid. CCOO, *Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*, Ministerio de Igualdad, 2021, p. 5.

¹⁰ M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Formación en competencias digitales y empleabilidad. Dos coordenadas inescindibles*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del 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.

¹¹ Cfr. FUNDAE, *Mujer y formación para el empleo*, Cuaderno de Trabajo, 2023, n. 2, p. 4 ss.

políticas. Y es que, la igualdad de género, no es solo una cuestión de diversidad y justicia social, sino que también es una condición previa para lograr los objetivos en materia de empleo, competitividad y cohesión social. Igualmente, el Derecho de la Unión Europea ha sido un factor decisivo para clarificar y hacer evolucionar el concepto de discriminación y su alcance, especialmente, en los lugares de trabajo; basta ver la redacción del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (CDFUE), pieza clave en el andamiaje normativo sobre discriminación.

Aunque lentamente, en esta línea avanza nuestro país en donde la igualdad de género y la formación profesional, se han convertido en dos de los grandes ejes del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 2021 (PNRTR)¹²; ambos representan desafíos urgentes que tiene planteado impulsar España para el empleo del siglo XXI. El primero, a través de medidas transversales orientadas a elevar la tasa de empleo femenino, a mejorar, fortalecer y reorganizar el sistema de cuidados de larga duración, a elevar el potencial educativo, la igualdad de oportunidades y a reducir la brecha digital. El segundo, mediante la puesta en marcha de un sistema de recualificación, eficaz y verdaderamente integral, un incremento significativo de la financiación y una mejor coordinación entre las instituciones educativas del sector público y el sector privado¹³.

Bajo tales premisas, la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, derivada del compromiso recogido en el PNRTR, constituye, hasta el momento, el último eslabón de una larga cadena de política del Derecho destinada a dar cobertura a la legítima pretensión de ser tratado por igual en cualquier momento y lugar.

Precisamente, el objetivo de este estudio es realizar una aproximación teórico-crítica al contenido actual de la discriminación para el empleo, analizando, en primer lugar, la definición de colectivos vulnerables e identificando a los grupos que presentan una especial proclividad a la segregación. A continuación, nos detendremos en la mujer, de manera expresa, no sólo por su condición de colectivo vulnerable, sino dada la especial incidencia que, sobre ella, tienen los vectores de diversidad presentes en la discriminación laboral; enfocaremos el análisis del fenómeno discriminatorio femenino desde una perspectiva interseccional y

¹² [Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.](#)

¹³ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Formando para un mundo que ya no existe: la urgente necesidad de alfabetización digital para el empleo*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, n. 95.

en el marco de la doctrina científica, jurisprudencial (interna y multinivel) y la normativa legal existente. Por último, centraremos el estudio en el impacto que la digitalización está teniendo sobre el empleo de la mujer, abordando dos medidas clave para combatir su exclusión digital y laboral. Terminaremos con una serie de conclusiones críticas finales.

2. Colectivos especialmente proclives a la discriminación para el empleo

No existe un concepto jurídico-positivo sobre clasificación de grupos especialmente vulnerables a la discriminación, ni una lista que los enumere con carácter exhaustivo¹⁴, con lo que la mención a estos grupos se ha venido haciendo de manera genérica y en atención a contextos no exclusivamente laborales. El concepto de vulnerabilidad se aplica a aquellos sectores o grupos de la población que, por su condición de edad, sexo, estado civil, origen étnico o cualquier otro se encuentran en condición de riesgo, impidiendo su incorporación a la vida productiva, el desarrollo y acceso a mejores condiciones de bienestar. Y si bien es verdad que la prohibición de discriminación debe impregnar todos los ámbitos de la política estatal, también es cierto que determinados colectivos de personas encuentran severos obstáculos sociales y jurídicos en el acceso al mercado de trabajo, así como en el mantenimiento de su vinculación profesional¹⁵.

Conviene tener presente que el trabajo se erige, de un lado, como elemento central para la cohesión social y la construcción de la seguridad de la existencia de las personas, y, de otro, como el marco en el que se despliega la desigualdad de manera más intensa, provocando una clara situación de asimetría y generando tratamientos no equitativos y desiguales de clase, de género, étnicos y culturales. A ello responde que sea en el concreto ámbito del empleo donde, tanto las estructuras normativas internacionales¹⁶ como nuestros poderes públicos, han decidido clasificar a

¹⁴ L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico-social*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 404, p. 112.

¹⁵ F.M. MARIÑO MENÉNDEZ, *Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo*, en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ, C. FERNÁNDEZ LIESA (dirs.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 19-21.

¹⁶ Desde la UE, la antigua Estrategia Europea de Empleo de 1997 fue uno de los primeros instrumentos que empezó a percibir la discriminación de ciertos colectivos vulnerables y comenzó a enfocar sus planteamientos desde la lucha contra la discriminación de los mismos; asimismo, el Convenio OIT n. 190 de 2019, sobre la violencia y el acoso, sí que se refiere literalmente a los grupos vulnerables, aunque sin aportar concepto, ni indicar

grupos claramente identificables, en tanto que comparten determinadas características, y denominarlos “colectivos vulnerables” o “colectivos desfavorecidos”.

Concretamente, la Ley de Empleo (LEM) en sus últimas regulaciones¹⁷, aparte de definirlos como destinatarios “prioritarios” de las políticas activas de empleo, ha oficializado “legalmente” la siguiente enumeración: personas con discapacidad, trabajadores mayores de 45 años, trabajadores jóvenes, desempleados de larga duración, personas que se encuentran en situación de exclusión social, mujeres o inmigrantes (art. 30 LEM). Pese a la existencia de esta clasificación (que podríamos definir como clásica), debemos advertir de la posibilidad de incluir a otros grupos que tendrían cabida dentro de la categoría de colectivos vulnerables, por cuanto que también presentan similares dificultades de inserción laboral, pero que pueden compartir características distintas como, por ejemplo, el colectivo LGTBI, expresidarios, personas con síndromes de dependencia, víctimas de cualquier tipo de violencia, etc.

Por su parte, la reciente Ley 15/2022, reconoce el derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal, de modo que su artículo 2 prescribe:

Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Aun haciendo expresas regulaciones de la discriminación en el ámbito laboral, la Ley no incluye en su texto mención alguna a grupos vulnerables. Por ello, lo más significativo a estos efectos es la previsión de establecer un principio general de transversalidad (art. 4.3) y el mandato de interpretar las normas de modo que se maximice la eficacia de la protección de los grupos vulnerables (art. 7), que se alejan del paradigma individualista para conectar con la dimensión social del concepto de discriminación¹⁸.

En síntesis, cabe decir que no existe una lista cerrada de grupos

cuáles son (art. 7).

¹⁷ RDL 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

¹⁸ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque*, en www.aedtss.com, 18 julio 2022.

vulnerables en el ordenamiento jurídico globalmente considerado¹⁹ y, posiblemente, lo deseable es que así sea, dado que los factores de vulnerabilidad son cambiantes en función de las circunstancias socioeconómicas de cada territorio y período histórico; sin embargo, esto no supone un obstáculo desde el prisma de su tutela. De hecho, la lista del artículo 21.1 CDFUE no es, pues, un *numerus clausus*, sino una lista abierta – que no se agota en sus propios términos – sino que admite la acumulación o inclusión de nuevos estereotipos y prejuicios, puesto que está precedida por la locución “en particular”.

Pensemos que, tras las declaraciones de derechos humanos de ámbito universal, cuando se pone el foco en esa universalidad, afloran como grupos vulnerables, colectivos de personas con dificultades específicas derivadas de sus características grupales, para ejercer esos derechos a los que se ha dotado de ámbito subjetivo de aplicación universal. No es suficiente, pues, con que todas las personas sean titulares de derechos humanos universales, sino que se requiere que puedan ejercerlos en condiciones de igualdad²⁰.

3. Particular vulnerabilidad cualitativa y cuantitativa de la mujer: una perspectiva interseccional

La participación equilibrada entre hombres y mujeres en los diferentes espacios de la vida social, lo cual incluye el ejercicio de una profesión, es fundamental para alcanzar una transformación de todos aquellos procesos que requieren ajustes coherentes con la igualdad, el goce de derechos y el ejercicio de las libertades. Sin embargo, la realidad aún no es esa. Desde algunos enfoques se piensa que basta con una participación igualitaria de hombres y mujeres para garantizar una presencia cualitativa de ambos géneros, pero una cuota numérica no es suficiente. Una presencia cualitativa de la mujer requiere que ésta tenga la capacidad de representar efectivamente la pluralidad de visiones en el debate, sobre todo, en los espacios de toma de decisiones relativos a cambios estructurales en la sociedad.

Históricamente, de entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo y la más extendida en el espacio, a la par que la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cuantitativa y la más primaria, por cuanto

¹⁹ P. TRINIDAD NÚÑEZ, *La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2012, n. 4, p. 128.

²⁰ *Ibidem*, p. 127.

que tiene la capacidad de sumar otras causas postergadoras con singular manifestación peyorativa en las relaciones laborales: acceso al empleo (procedimientos de reclutamiento y selección), ejecución del contrato de trabajo (clasificación profesional, promoción y formación profesional o retribución) y extinción de la relación laboral (señaladamente en los casos de despido)²¹. Las mujeres saben que ser madres las penaliza, por ello, se deben enfrentar a la difícil decisión de elegir entre tener hijos o ascender en su carrera. En concreto, el mercado laboral castiga a las mujeres que deciden ser madres con una reducción del 11,4% de sus ingresos durante el primer año tras el nacimiento de sus hijos, una caída que llega al 33% al cabo de una década²².

Lo expuesto supone tanto una diferencia de trato (sexo) como una diferencia de estado (género) derivada de la subordinación de las mujeres con respecto a los hombres a causa de prejuicios de género. A la luz de esta realidad tan adversa, una de las principales preocupaciones legislativas ha sido la de crear un estándar mundial de tutela partiendo de la premisa realista de que la verdadera discriminación que sufren las mujeres es estructural y no puntual. Es más, la forma de discriminación laboral más grave en España es la que distingue entre hombres y mujeres, de ahí que se hayan tomado medidas legislativas muy severas basadas en el principio de igualdad *ex* artículo 14 CE²³. Además, en tanto que la integración gradual de la perspectiva de género en todos los ámbitos de actuación supone un cambio muy determinante en nuestra sociedad, la inicial atención a la discriminación por razón de sexo y la relevancia de su tratamiento normativo y jurisprudencial, ya no sólo interno, sino, multinivel, no ha sido superado por ninguna otra²⁴.

Pero la formulación y desarrollo de esta figura jurídica responde a la necesidad básica de eliminar las desigualdades tomando en consideración que, en la mujer, tienen un efecto, además, pluridiscriminatorio. Ello exige

²¹ F. VALDÉS DAL-RE, *Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación*, en F. VALDÉS DAL-RE, B. QUINTANILLA NAVARRO (dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 30.

²² Según recoge el informe *The Child Penalty in Spain* del Banco de España, publicado en mayo de 2021.

²³ Como señala el TC: «la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo».

²⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 4, p. 13.

integrar la perspectiva interseccional en el tratamiento de la discriminación por género, esto es, la interacción simultánea de varias diferencias humanas según género, raza/etnia, clase, religión, orientación sexual, edad, capacidad, ciudadanía, identidad nacional, contexto geopolítico o condiciones de salud, por cuanto que sitúa a la mujer en el plano de la discriminación múltiple y la máxima vulnerabilidad social y laboral.

Aquí, la intervención del TJUE ha sido determinante sentando doctrina en cuestiones varias como, por ejemplo, discriminación indirecta por razón de género²⁵ y sexo, y discriminación salarial²⁶. Recordemos que la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos en relación con las condiciones de empleo y de trabajo, despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado.

Mientras tanto, en el ámbito interno, el punto de partida de nuestros tribunales a la hora de construir una doctrina sobre discriminación directa o indirecta en las relaciones laborales, ha sido establecer una clara diferenciación entre el Pº de Igualdad²⁷ y la prohibición de discriminación²⁸, para después proceder a categorizar uno y otro tipo de discriminación²⁹. Entre los supuestos típicos de discriminación laboral directa se encuentran los de salarios diferentes, despidos por embarazo, diferentes contratos, tratamientos desfavorables en el desarrollo de la relación laboral por embarazo o maternidad³⁰, negativa al disfrute de las vacaciones tras la maternidad por superarse el periodo anual máximo previsto legalmente³¹;

²⁵ STJUE 17 junio 1998, asunto C-243/95, *Hilly y Stapleton c. The Revenue*.

²⁶ STJUE 27 mayo 2004, asunto C-285/02, *Edeltraud Elsner-Lakeberg c. Land Nordrhein-Westfalen*; STJUE 26 junio 2001, asunto C-381/99, *Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*; STJUE 6 diciembre 2007, asunto C-300/06, *Ursula Voß c. Land Berlin*; STJUE 28 julio 2016, asunto C-423/15, *Nils-Johannes Kratzer y R+V c. Allgemeine Versicherung AG*.

²⁷ SAN 198/2018, de 18 de diciembre.

²⁸ STS 14 mayo 2014; STC 62/2008; STC 17 mayo 2000 (rec. 4500/2000); STC 23 septiembre 2003 (rec. 786/2002); STC 9 marzo 2005 (rec. 31/2004); STC 7 julio 2005 (rec. 101/2004); STC 8 mayo 2006 (rec. 179/2004); STC 21 diciembre 2007 (rec. 1/2007); STC 14 enero 2008 (rec. 143/2008); STC 11 noviembre 2008 (rec. 120/2007); STC 12 abril 2011 (rec. 136/2010); STC 19 abril 2011 (rec. 16/2009); STC 18 julio 2011 (rec. 133/2010).

²⁹ STC 240/1999, de 20 de diciembre.

³⁰ STC 161/2004, de 4 de octubre; STC 182/2005, de 4 de julio.

³¹ STC 324/2006, de 20 de noviembre.

cambios de puesto injustificados³²; o no renovación de un contrato temporal por estar embarazada la trabajadora³³.

Todo ello significa, en suma, que ser mujer representa una agravante cualificada que multiplica *per se* las dificultades a las que se enfrentan los hombres que quieren acceder al mercado de trabajo y/o mantenerse dentro. En este complejo escenario concurren tres puntales, cuya actuación conjunta es determinante para encontrar soluciones. En primer lugar, las empresas, por su papel para lograr la igualdad salarial, pero no sólo³⁴. En segundo lugar, la negociación colectiva, en tanto que herramienta óptima para luchar contra la discriminación y transversalizar el Pº de Igualdad, en el sentido de los artículos 85.1 ET y 45.1 de la Ley 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIMH), y/o en el marco de la negociación de los planes de igualdad.

Con todo, el dato preocupante llega tras el análisis de los procesos de negociación y de los convenios colectivos que derivan de los mismos³⁵, por cuanto que indican que en la propia negociación colectiva existen discriminaciones, como reflejo de la sociedad machista en la que tiene lugar. En este sentido, las principales carencias son escasa participación femenina en las mesas de negociación, falta de formación de las personas que negocian, relegación de la igualdad como un tema menor frente a otros temas como el salario, y prejuicios y estereotipos de género³⁶. Por último, y, en tercer lugar, las políticas públicas en materia laboral mediante la implementación de medidas efectivas que equilibren la balanza.

3.1. Mujeres jóvenes

Si bien podría pensarse que la edad no es un vector novedoso ni original, sí nos va a permitir identificar los grupos poblacionales en

³² STSJ Cataluña 3440/2022, de 13 de junio.

³³ STC 173/1994, de 7 de junio; STC 17/2003, de 30 de enero; STC 175/2005, de 4 de julio; STC 74/2008, de 23 de junio.

³⁴ Vid. FORÉTICA, *El rol empresarial e la brecha de género. Claves de la contribución empresarial a la igualdad*, 2019, pp. 27-33.

³⁵ A. GARRIGUES GIMÉNEZ, *La quimera de la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo: inercias, resistencias e impermeabilidad de la negociación colectiva a la quiebra de los roles de género en la clasificación profesional (a modo de presentación)*, en A. GARRIGUES GIMÉNEZ (coord.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva un análisis multi e intersectorial*, Reus, 2017.

³⁶ Vid. RED DIE, "La igualdad de género en la negociación colectiva". *Informe de la VIII Jornada técnica de la Red de empresas con distintivo "Igualdad en la Empresa" Red DIE. Sevilla, 3 de diciembre de 2018*, 2018, p. 5.

situación de mayor vulnerabilidad a la hora de conseguir su integración en un mercado de trabajo globalizado, cambiante y, por ende, cada vez más exigente. Este factor puede afectar tanto a personas jóvenes como a mayores. Los primeros, por la falta de experiencia; los segundos, porque resultan más costosos para las empresas³⁷. Y, aunque la discriminación por edad ha estado vinculada tradicionalmente con las personas mayores, la tendencia contraria, que afecta a los más jóvenes, suele ser una práctica más aceptada.

En concreto, los jóvenes son víctimas de un modelo de flexibilidad laboral que conlleva precarización con efectos devastadores que los marginan y excluyen del empleo. Su importancia es extrema dado que su trayectoria laboral es muy sensible al ciclo económico y, por tanto, son los más expuestos a los efectos adversos del mercado de trabajo. La situación ha empeorado con el paso de los años y podemos decir que hoy es crítica³⁸.

Los datos hablan por sí solos. Entre los años 2008 y 2019, España ha experimentado un descenso drástico de su población joven (personas de hasta 25 años)³⁹, y, hoy día, en el país hay 3,8 millones de jóvenes entre 19 y 24 años, de los cuales un 55% tiene problemas laborales severos. Expresado, en otros términos, el contexto económico y laboral puede propiciar el constante proceso discriminatorio de un joven desde su inicio hasta su plena integración en el mercado de trabajo, especialmente, si es mujer, cuando se está inmerso en un escenario caracterizado por:

- *altas tasas de paro*. En 2021, la tasa de paro de los hombres menores de 25 años (34,1) es la más alta de todos los países de la UE-27 y superior al doble de la media de UE-27 (16,5). La de las mujeres es de 35,6 y ocupa el segundo lugar más alto, por debajo de Grecia (40,9) y más del doble de la media de UE-27 (16,7). Con todo, la tasa de paro juvenil en España para los jóvenes de 16 a 24 años⁴⁰, referidos al primer trimestre de 2022, disminuye en 0,5 puntos, hasta 30,2%, pero vuelve a subir en 2023⁴¹;
- *caída generalizada del poder adquisitivo de este colectivo*. Según los datos del INE el ajuste salarial durante la crisis se ha concentrado entre la

³⁷ M. AGÍS DASILVA, *Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo*, en M.B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ, J. CABEZA PEREIRO (coords.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, 2019.

³⁸ OIT, *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2013. Una generación en peligro*, 2013.

³⁹ Vid. MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, [Informe Jóvenes y mercado de trabajo](#), Informe Jóvenes, 2019, n. 20, p. 3.

⁴⁰ Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Informe Jóvenes y mercado de trabajo](#), Informe Jóvenes, 2022, n. 35, p. 10.

⁴¹ Vid. OBSERVATORIO DE LA JUVENTUD EN ESPAÑA, [Cifras Jóvenes. Paro registrado. Avance resultados. Jóvenes 16-24 años](#), 2023.

población joven, de modo que uno de cada tres jóvenes en España cobra menos de los 14.000 euros de salario mínimo de convenio⁴². En las mujeres, cuatro de cada diez percibieron un sueldo inferior a 1.230,9 euros, frente a dos de cada diez varones, y en los jóvenes menores de 25 años el porcentaje que cobra menos de 1.230,9 euros al mes alcanza el 66,2%;

- *brecha salarial por edad y por sexo*. En concreto, los menores de 25 años cobran la mitad que el resto de asalariados, con un sueldo medio que ronda los 11.568 euros⁴³. Y, asimismo, según los últimos datos publicados por el INE⁴⁴, en el rango de 25 a 34 años, la brecha salarial entre mujeres y hombres es de 4,6%;
- *alta temporalidad*. En el cuarto trimestre de 2023, la tasa de temporalidad entre los jóvenes de 16 a 24 años se sitúa en el 44,8%, lo que supone una variación con el trimestre anterior de -6,2 puntos y -5,9 puntos en términos interanuales. En el último año ha aumentado en 2,5 puntos, respecto a 2019. En el caso de los jóvenes de hasta 24 años con contrato temporal, el nivel de involuntariedad en España (44,2%) es muy elevado en comparación con la Eurozona (16,5%) de acuerdo con los últimos datos de Eurostat disponibles para el conjunto de la UE, relativos a 2022. En el periodo 2007/2022 la tasa de temporalidad involuntaria disminuyó 13,6 puntos en España y 12,1 puntos en la Eurozona⁴⁵.

Ello justifica que haya un interés y una tendencia jurídico-legal en precisar subjetiva y sectorializadamente por colectivos las políticas activas de empleo y sus destinatarios principales⁴⁶; se viene a concretar así la propensión por la que la política activa de empleo ha evolucionado y pasado de tener un carácter general e indiferenciado a otro concreto y selectivo por grupos atendiendo a las dificultades de su empleabilidad e inclusión en el mercado de trabajo⁴⁷. Podría decirse que en España vivimos en una sociedad que acepta implícitamente una exclusión social enfocada hacia el

⁴² Cfr. CCOO, *Informe #GeneraciónMÓVIL. Una radiografía de la juventud y 10 ejes de trabajo*, 2018.

⁴³ Vid. UGT, *Análisis de la precariedad en el empleo juvenil*, 2017, p. 14 ss.

⁴⁴ INE, *Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora*, en www.ine.es, 23 febrero 2021.

⁴⁵ Vid. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Informe Jóvenes y mercado de trabajo. 2023 T 4*, Informe Jóvenes, 2024, n. 40, pp. 19-20.

⁴⁶ S. OLARTE ENCABO, *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivación de las políticas activas de empleo*, Aranzadi, 2008, pp. 19-20.

⁴⁷ O. MOLINA HERMOSILLA, C. MOLINA NAVARRETE, *Más acá y más allá del trabajo: comentario a la Ley 56/2003, de Empleo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2004, n. 251, pp. 42-43.

colectivo juvenil. Los déficits de empleos para los jóvenes se originan en factores de oferta (déficit de pertinencia de la educación) y demanda (las regulaciones laborales discriminan a los jóvenes). Por ello, las propuestas de políticas deben tender a corregir de manera coherente e integral las deficiencias en ambas dimensiones.

3.2. Mujeres maduras y paradas de larga duración

Desde la vertiente discriminatoria que tiene su causa en la edad, pueden identificarse tres colectivos: los jóvenes, las personas de mayor edad (próximas o en edad de jubilación) y los que podríamos llamar expulsados del mercado laboral: parados de muy larga duración mayores de 45 años⁴⁸.

Crece, por tanto, la preocupación por la discriminación de los trabajadores maduros en cuanto que su edad supone un factor de exclusión social⁴⁹, con dos claras vertientes a considerar. Por una parte, la percepción de la mayor edad en el perfil del trabajador se ha valorado negativamente en nuestra sociedad occidental, con muchísimos prejuicios y estereotipos, tanto desde el punto de vista de la empresa, como también desde el punto de vista del trabajador que espera su salida a una edad no muy avanzada y con una renta suficiente. Por otra, la evolución demográfica, dado que, según un informe de Eurostat, en el año 2060 un tercio de la población europea la conformarán personas mayores de 65 años, de las cuales, un elevado porcentaje no tendrá formación alguna en nuevas tecnologías.

La edad es pues un factor transversal, que sirve de referente para clasificar a los trabajadores en grupos de acuerdo a sus necesidades, y para identificar a colectivos vulnerables, entre los que se encuentran los trabajadores mayores (55-65 años). Vulnerabilidad que, en este caso, viene dada, históricamente, por el tipo de paro (larga duración) y el trato discriminatorio que han sufrido, y, recientemente, por su situación de aislamiento en la burbuja tecnológica que los aleja, todavía más, de una posibilidad de integración social, abriendo una clara brecha digital generacional⁵⁰. De modo que la problemática del paro de larga duración, el edadismo, el estigma de la sobrecualificación o la falsa creencia de que el profesional maduro tiene más dificultades para relacionarse con la

⁴⁸ M.L. RODRÍGUEZ COPÉ, *Medidas de políticas de empleo dirigidas a colectivos específicos en la etapa de recuperación económica? La inclusión activa como paradigma*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 137, p. 132.

⁴⁹ J. CABEZA PEREIRO, *Trabajo de mayores y discriminación por edad*, en *esta Revista*, 2022, n. 3.

⁵⁰ J.M. ROLDÁN CONESA, *Trabajadores maduros la era digital y la edad como motivos de discriminación social y laboral*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5.

tecnología, constituyen lastres demasiado pesados para un colectivo que se siente prematuramente apartado del mercado laboral de manera injusta, y que en la actualidad representa un cuarto de la cifra total de desempleados en España (25,16%).

La “brecha generacional” proyecta así sus efectos de forma importante sobre el mercado de trabajo, teniendo en cuenta el avance de internet en los procesos de búsqueda de empleo, lo que hace del factor tecnológico vinculado a la edad una vía de discriminación y de desventaja social y laboral⁵¹. De hecho, más de un tercio de los candidatos a nivel mundial (34%) cree que la discriminación por edad es uno de sus mayores desafíos de su carrera.

No es necesario decir que la brecha de género también está presente aquí y, en estas edades, las mujeres son las que más dificultades tienen para reincorporarse al mercado de trabajo. Ellas superan en un 26% a los hombres en la misma situación. En el primer trimestre de 2023 había 113.200 mujeres de 50 a 54 años paradas de larga duración, frente a 73.900 hombres en las mismas condiciones⁵². Los factores que más las penalizan para encontrar empleo son la edad, la falta de cualificación y asumir el cuidado de hijos y familiares.

Dado que estos factores tendrán a corto y medio plazo, distintas consecuencias tanto a nivel prestacional, asistencial, en materia de empleo, pero, sobre todo, en la proliferación de situaciones discriminatorias, surge la necesidad de superar los estereotipos que dan lugar a una concepción peyorativa de la edad basada, fundamentalmente, en la reducción de las capacidades físicas y mentales de estos trabajadores, razón por la que el envejecimiento activo constituye una parte esencial de la Estrategia Europa 2020⁵³, cuyo éxito depende en gran medida de que se permita que las personas mayores contribuyan plenamente tanto dentro como fuera del mercado laboral.

⁵¹ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Las nuevas tecnologías y la incidencia en el empleo de los mayores*, en S. PERÁN QUESADA ET AL. (dirs.), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Bomarzo, 2022, p. 563.

⁵² Cfr. FUNDACIÓN ADECCO, *X Informe tu edad es un tesoro: Mayores de 55 años en el mundo laboral*, 2018, pp. 3-4.

⁵³ Comunicación de la Comisión EUROPA 2020. *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, 3 marzo 2010, COM(2010)2020 final.

3.3. Mujeres con discapacidad

La mayoría de las preocupaciones en materia de derechos humanos relativas a las personas con discapacidad (PCD) han estado históricamente conectadas a la discriminación, tanto directa como indirecta y a la exclusión en casi todas las áreas de la vida, ya sea a causa de los prejuicios sociales, los problemas estructurales de la sociedad, o por sus propias deficiencias.

Según estimaciones de la OIT, las PCD representan aproximadamente mil millones de personas, un 15% de la población mundial. Alrededor del 80% están en edad de trabajar⁵⁴ y, para ellas, la forma más habitual de discriminación consiste en la negación de oportunidades, tanto en el mercado de trabajo como en el ámbito de la educación y la formación. Las tasas de desempleo para este colectivo alcanzan el 80% o porcentajes superiores en numerosos países en desarrollo y, además, cuando acceden a un trabajo, suelen verse atrapados en empleos con bajos ingresos, poco cualificados, con una protección social escasa o nula, o que incluso directamente no sean contratados. Laboralmente, pues, el impacto que sufren las PCD es doble y las variables que contribuyen a esta realidad, son múltiples. El tipo de discapacidad, el grado, el género, la pluridiscapacidad, o la inversión en capital humano influyen en la probabilidad de participar en el mercado de trabajo, ya sea de forma negativa o positiva⁵⁵.

Se demuestra, en síntesis, que el mercado laboral es sexuado (pensado para los hombres) y, además, “capacista” (pensado para los capaces)⁵⁶.

Actualmente, avanzamos hacia un modelo normativo de la discapacidad que se presenta como un nuevo paradigma de igualdad de oportunidades para las PCD. Precisamente, en el marco de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020⁵⁷, se ha diseñado un plan de acción para abordar las distintas situaciones de estas personas, que se centra en la supresión de barreras con el objetivo general de facilitar que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de la participación en la economía y la sociedad europeas, especialmente, a través del mercado único.

No obstante, y pese a que en los últimos años la legislación nacional y las políticas españolas han avanzado en tres ámbitos de suma importancia para las PCD como son, la situación de dependencia, la accesibilidad

⁵⁴ OIT, *Estrategia y plan de acción para la inclusión de la discapacidad 2014-2017*, 2015.

⁵⁵ V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, B. CUETO IGLESIAS, *El trabajo de las personas con discapacidad ante la crisis*, en *Revista Internacional de Organizaciones*, 2013, n. 11, p. 6.

⁵⁶ L. SCUDIERI, L. GUAGLIANONE, R. ESCUDERO, C. CRESPO PURAS (comps.), *Inclusión socio-laboral de las mujeres con discapacidad*, Universidad Complutense de Madrid, 2019, p. 6.

⁵⁷ COM(2010)636 final.

universal y el empleo, es palpable el estancamiento del espacio social que ocupa este colectivo:

- niveles elevados de pobreza y exclusión derivados de situaciones prolongadas de desempleo, especialmente de los jóvenes que ni estudian ni trabajan, lo cual incrementa el riesgo de exclusión;
- falta de programas específicos para un nuevo perfil de personas que, sin estar todavía en riesgo de exclusión social, carecen de recursos económicos suficientes para hacer frente a los gastos cotidianos y no cuentan con las suficientes habilidades para afrontar su nueva situación;
- elevada incidencia del desempleo, el trabajo informal y la precariedad laboral en personas con baja formación y en grupos de población con mayor riesgo de exclusión especialmente PCD (pero también inmigrantes, población gitana, y personas trabajadoras mayores), con especial incidencia en las mujeres;
- déficits en la planificación de las políticas sociales, duplicidades entre administraciones, así como escasa coordinación con otros sectores de importancia estratégica para la lucha contra la pobreza y la inclusión activa, como empleo, vivienda y educación⁵⁸.

3.4. Empleadas de hogar

En España la proporción de trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena es más o menos similar; en cambio, esta proporción difiere en gran medida en el colectivo de los empleados de hogar, puesto que las mujeres representan más del 95% de este colectivo. En consecuencia, se trata de un colectivo altamente feminizado y precarizado. Hay alrededor de 420.000 empleadas del hogar dadas de alta en la Seguridad Social, a las que hay que sumar al menos otras 165.000 que se estima trabajan sin contrato, en la economía sumergida y sin ningún derecho, son mayoritariamente extranjeras y muchas en situación irregular.

Nacionales o extranjeras, no existe ningún tipo de protección frente a la autoridad laboral, al realizarse el trabajo en domicilio privado. Cotizar, en este caso, no exime a las trabajadoras del hogar de otros problemas, como los bajos salarios que suelen estar por debajo del SMI o la sujeción a un régimen con las mismas obligaciones que el resto de personas trabajadoras, pero sin los mismos derechos. No gozan, en igualdad de condiciones, de

⁵⁸ Vid. *Análisis DAFO y Diagnóstico de necesidades. Objetivo Temático 9. Promover la inclusión social, luchar contra la pobreza y cualquier forma de discriminación*, 2014, p. 3.

derechos básicos, tales como las vacaciones, la prevención de los riesgos laborales que permita asegurar su salud y seguridad en el empleo, o la posibilidad de recibir subvenciones, ayudas o indemnizaciones cuando acaban en su puesto de trabajo.

Más del 90% de las empleadas del hogar son mujeres; y la mayoría, extranjeras. Pero si nos fijamos en las que están dadas de alta en la Seguridad Social, las españolas representan algo más de la mitad; concretamente, el 56%. Ello significa que la precariedad recae con más intensidad en las mujeres de origen inmigrante. Su perfil es joven y, si nos detenemos en las que tienen contrato, observamos que su tasa de temporalidad roza el 65%. Aproximadamente, unas 630.000 empleadas domésticas cuidaron de todos en tiempos de pandemia, cuando la sociedad no podía permitirse prescindir de los cuidados.

Las trabajadoras domésticas no han cotizado por desempleo dado el carácter especial de su relación laboral. Así lo recoge, expresamente, la Ley General de la Seguridad Social en el apartado cuarto del artículo 251: «La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo». Sin embargo, el TJUE⁵⁹ ha concluido que la actual regulación del Sistema Especial para Empleados de Hogar español es discriminatoria por razón de sexo. Los magistrados europeos concluyen que la negativa del sistema legal en España, que rechaza al acceso al desempleo a estas casi 400.000 mujeres, va en contra de la Directiva europea de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social⁶⁰.

El TJUE observa que, con arreglo a la normativa española, todos los trabajadores por cuenta ajena sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, en el que está integrado el Sistema Especial para Empleados de Hogar, tienen derecho en principio a las prestaciones por desempleo. Se trata del único sector sin acceso a esta protección social básica, que las empuja a un numerosísimo grupo de mujeres a la precariedad y la pobreza. En consecuencia, la normativa nacional perjudicaría especialmente a las trabajadoras y entrañaría por tanto una discriminación indirecta por razón de sexo contraria a la Directiva, a menos que responda a un objetivo legítimo de política social y sea adecuada y necesaria para alcanzar dicho objetivo.

Once años después de su publicación, el Congreso ha ratificado el Convenio OIT n. 189 sobre trabajo decente las trabajadoras y trabajadores

⁵⁹ STJUE 24 febrero 2022, asunto C-389/20, *CJ c. Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*.

⁶⁰ Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

domésticos, que equipara derechos laborales básicos del empleo doméstico con los del resto de trabajadores. La trascendencia de la ratificación de este Convenio es crucial, puesto que además de obligar al Estado a brindar condiciones de trabajo dignas para un sector concreto, reconoce la importancia de la contribución del trabajo doméstico a la economía mundial.

En rigor, su ratificación comienza con la aprobación del Real Decreto-Ley, de 6 de septiembre, de 2022, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar que trasvasa parte del contenido del Convenio. El texto, que constituye una norma histórica por cuanto que busca terminar con la discriminación que sufren muchas mujeres, ha sido elaborado en contacto con las organizaciones sindicales y las plataformas de las empleadas de hogar que reivindican esta norma desde hace décadas⁶¹.

Obviamente, la exclusión de la acción protectora al desempleo junto al hecho de que las empleadas del hogar tampoco pudieran cotizar por el Fondo de Garantía Salarial – viéndose excluidas de la posibilidad de recuperar sus salarios en supuestos de impago e indemnizaciones cuando el/la empleador/a resultaba insolvente – han resultado siempre especialmente llamativas desde un punto de vista interseccional, de género y de derechos humanos, en un sector afectado por enormes limitaciones para la Inspección de Trabajo al constituir el propio domicilio familiar de empleadoras/es.

El nuevo marco regulatorio intenta corregir y acabar con la infravaloración histórica de un trabajo desempeñado mayoritariamente por mujeres, que ha contribuido a la perpetuación de estereotipos y al agravamiento de la brecha de género. Se resuelve, por tanto, la equiparación con las personas trabajadoras por cuenta ajena tanto en el ámbito del sistema extintivo de la relación laboral como en el de la prestación por desempleo.

También se garantizará la protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora, esencial no solo para asegurar la equiparación de condiciones que exige la normativa antidiscriminatoria de la UE y el Convenio OIT n. 189, sino también para garantizar el derecho constitucional a la salud que corresponde a todas las personas. Igualmente, se proporciona cobertura en el ámbito de la garantía salarial a las personas

⁶¹ M.G. QUINTERO LIMA, *Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras*, en *IUSLabor*, 2022, n. 3.

trabajadoras del servicio doméstico, en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras (art. 2 RDL)⁶².

3.5. Mujeres migrantes

Los migrantes en busca de empleo suelen sufrir con especial dureza las recesiones económicas por razones diversas. Se les utiliza como un “amortiguador cíclico”, de modo que, suelen ser los últimos en ser contratados y los primeros en ser despedidos, al tiempo que, por lo general, sus vínculos laborales no están sujetos a normas, son precarios y se producen en sectores o actividades escasamente reguladas⁶³.

Con frecuencia, hacen frente a una desigualdad de condiciones laborales, en particular, en materia de salarios, acceso al empleo y formación, condiciones de trabajo, seguridad social y derechos sindicales. Incluso, en ciertas naciones la diferencia salarial según el origen puede rebasar el 40%, además de que el 27% de los migrantes tiene contratos temporales y el 15% trabaja a tiempo parcial⁶⁴.

Para el caso específico de las trabajadoras migrantes, son las divisorias sociales de género, clase, origen nacional, raza, etnicidad o religión, así como la condición jurídica de extranjeras, las que inciden directamente en su vida cotidiana e influyen de manera determinante en su acceso a derechos y oportunidades, así como a las situaciones de privilegio o de exclusión que se derivan⁶⁵. Afrontan doble discriminación y ganan una media del 21% menos. Además, un alto porcentaje de este grupo de mujeres se concentra en el sector del empleo doméstico, notable por su precariedad y que, en ocasiones, lleva a las trabajadoras a situaciones de abuso y maltrato. Y, recientemente, la crisis generada por la pandemia no sólo puso de manifiesto las desigualdades estructurales que existen en el sector laboral, sino que incluso contribuyó a exacerbar la brecha entre los trabajadores locales y los migrantes.

De manera tradicional, ha sido la OIT la que se ha encargado de la elaboración, adopción y supervisión de las normas internacionales de

⁶² Que reforma el art. 33.2 ET.

⁶³ Cfr. *Migración, derechos humanos y gobernanza*, Manual para Parlamentarios, 2015, n. 24, p. 29.

⁶⁴ ONU, [Los trabajadores migrantes ganan en promedio un 13% menos que los nacionales](https://news.un.org/es), en news.un.org/es, 14 diciembre 2020.

⁶⁵ L. OSO CASAS, S. PARELLA RUBIO, *Inmigración, género y Mercado de trabajo: una panorámica de la investigación sobre la inserción Laboral de las mujeres inmigrantes en España*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2012, n. 1, p. 14.

trabajo con relación a estos trabajadores⁶⁶. Asimismo, conviene recordar lo recogido por el CESE, en su dictamen de septiembre de 2006, cuando subrayaba lo siguiente⁶⁷:

El empleo constituye una parte fundamental del proceso de integración, porque el empleo en condiciones decentes es la clave para la autosuficiencia económica de los inmigrantes, y favorece las relaciones sociales y el conocimiento mutuo con la sociedad de acogida (§ 8.2).

Finalmente, en cuanto a las condiciones de trabajo, el artículo 16 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante de 1977 exige que los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfruten de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales.

Según datos del gobierno, en España tenemos cerca de medio millón de inmigrantes irregulares que proceden de América Latina, y el mercado laboral español necesita que estos trabajadores de fuera de la UE trabajen de forma regular, ordenada y segura. De otro modo, el riesgo que se corre de no corregir normativamente esta realidad, es el de convertir en legal un estatus permanente de precariedad/temporalidad de estos trabajadores, creando un segmento de trabajo subsidiario y paralelo del autóctono.

Bajo esta premisa, se ha actualizado recientemente la normativa de extranjería⁶⁸, al objeto de facilitar la contratación en países de origen y regularizar la situación de quienes ya están en España. El reto, ahora, es poner en marcha lo que recoge la letra escrita, porque en la gestión migratoria española una de las grandes debilidades sigue siendo las prácticas burocráticas que complican, sin necesidad, la vida de los inmigrantes y coadyuvan a la consolidación de escenarios discriminatorios.

3.6. Mujeres pertenecientes al colectivo LGTBI

Como toda discriminación, la sufrida por las personas LGTBI es resultado de prejuicios sociales que conducen a la estigmatización del

⁶⁶ Convenio n. 97 de 1949, sobre los trabajadores migrantes (revisado), Convenio n. 111 de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación), Convenio n. 143 de 1975, sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), y todas las Recomendaciones que les son complementarias.

⁶⁷ Cfr. P. LÓPEZ PICH, *La política de integración de la Unión Europea*, en *Migraciones*, 2014, n. 22.

⁶⁸ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

correspondiente colectivo, colocándolo en una situación de desventaja social y, por ende, jurídica⁶⁹.

La discriminación es múltiple en base a las circunstancias y la forma en la que se produce, pero se pone especialmente de manifiesto en los entornos laborales de modo que, a pesar de la existencia de disposiciones que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual en el lugar de trabajo, las personas LGTBI tienen más dificultades para promocionarse laboralmente. En concreto, el 7% afirma haber sufrido consecuencias laborales negativas (no ascender, no conseguir un aumento de sueldo, etc.) por ser LGTBI y el 2% perdió su trabajo por la misma razón⁷⁰. Además, padecen el hostigamiento del entorno de trabajo lo que hace que, normalmente, oculten su orientación sexual⁷¹.

Para las mujeres lesbianas, al igual que las trans y las bisexuales, la situación es aún más grave, más dura. Para Amnistía Internacional, la prevalencia en la sociedad del sexismo y la homofobia hacen que las mujeres bisexuales y las lesbianas sean más vulnerables a la violencia, dada su doble condición de mujer y por tener una orientación sexual distinta a la socialmente considerada “normal”. Además, y por la misma razón, siguen siendo menos visibles en el entorno laboral que los hombres del colectivo; en el caso de las mujeres trans lesbianas⁷², por su identidad de género. Mujeres invisibilizadas que han sufrido discriminación en su entorno laboral o educativo, y otras que han ocultado su identidad lésbica con el objetivo de evitar el rechazo. Así, un 60% de las mujeres lesbianas invisibilizadas han sufrido discriminación en el ámbito laboral, mientras que un 58,8% de las mujeres que trabajan en un entorno laboral homófobo no han revelado ser lesbianas⁷³.

El techo de cristal de estas mujeres, que les impide llegar a posiciones directivas en las empresas, es conocido y se cuantifica. Si en las cúpulas de

⁶⁹ J.M. MORALES ORTEGA, *Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: Un análisis jurídico laboral*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2022, n. 1, p. 221.

⁷⁰ Vid. J.I. PICHARDO GALÁN (coord.), *Guía ADIM LGBT+. Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, Universidad Complutense de Madrid, 2019, p. 9 ss.; C. RUIZ CÓRDOBA, *La situación actual del Colectivo LGTBI en España. Un análisis legislativo de los derechos reconocidos y la protección de víctimas de discriminación por orientación sexual y/o identidad o expresión de género*, en *Ehquidad*, 2021, n. 16, p. 145.

⁷¹ OIT, [La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT](#), 2015, p. 2.

⁷² B. BOHÓRQUEZ ESPINEL, M. CASTRO LÓPEZ, *Discriminación de mujeres Trans en el ámbito laboral*, en *Poliantea*, 2021, n. 29, pp. 31-39.

⁷³ Cfr. UGT, *Hacia centros de trabajo inclusivos. Discriminación de las personas trans y LGTBI en el ámbito laboral en España en 2023. Retos y soluciones. II Edición del Estudio sobre las personas LGTBI en el Empleo en España*, 2023.

las empresas hay personas del colectivo LGTBI, especialmente lesbianas, es porque lo ocultan. Por ello, sólo el 28% de los jóvenes (hombres o mujeres) que llega a un entorno laboral desvela su orientación sexual; prefieren no decirlo para no ver truncada su carrera profesional. El porcentaje es inferior al de la media de trabajadores que está en el 38%; el 62% restante prefiere no revelar cuál es su orientación sexual. Asimismo, se constata que casi el 60% de los *millennials* LGBTI que hace pública su orientación sexual vuelve a ocultarla cuando inicia su carrera profesional. Se trata de un comportamiento debido, en gran medida, al rechazo y a las actitudes poco inclusivas muy frecuentes aún en el puesto de trabajo⁷⁴.

Con todo, y como se ha referido *supra*, dentro del colectivo LGTBI, las mujeres lesbianas tienen su propia realidad laboral discriminatoria, en buena parte provocada porque «han sido incluidas en el grupo de los hombres gays, produciendo que no solo se hayan invisibilizado las violaciones de los derechos de estas mujeres, sino que haya impedido analizar cómo en ellas confluyen los abusos derivados de cuestiones de género u orientación sexual y cómo enfrentan formas específicas de persecución frente a la de los hombres homosexuales»⁷⁵. Cada una de las identidades es discriminada de distinta manera, y lo que descubrimos en el trabajo es que, más que por orientación sexual, se discrimina por identidad de género. Si bien alrededor del 60% de las lesbianas se descubren como tales en su ámbito personal, solo el 35% se atreve a hacerlo también en el ámbito laboral. Y, según datos relativos a la discriminación laboral percibida, el mayor porcentaje es el de las mujeres lesbianas (15%), seguidas de personas bisexuales (13%), siendo los hombres gays los que presentan menores porcentajes (8%). Aunque, definitivamente, en el lado más vulnerable están las mujeres trans, pues, 1 de cada 3 se ha sentido discriminada en su trabajo⁷⁶. Cuatro de cada diez personas trans aseguran que han sido rechazadas en entrevistas por ello⁷⁷.

A mayor abundamiento, la búsqueda de soluciones para atajar esta situación exigiría realizar un censo de la población de mujeres LGTBI lo que, no solo en España, sino en cualquier país, es casi misión imposible. De igual forma, cualquier investigador que desee realizar un estudio demográfico se encontrará con dificultades diversas, de las que podemos subrayar dos: problemas metodológicos, o lo que es lo mismo, cómo, cuándo y dónde realizar los muestreos, y, sobre todo, el miedo a la

⁷⁴ Cfr. Ó. MUÑOZ (dir.), *La diversidad LGBT en el contexto laboral en España*, Mpátika, 2019.

⁷⁵ J.I. PICHARDO GALÁN, *Mujeres lesbianas y derechos humanos*, en V. MAQUIEIRA D'ANGELO (coord.), *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Universitat de València, 2010, p. 379.

⁷⁶ Cfr. Ó. MUÑOZ (dir.), *op. cit.*

⁷⁷ Así lo pone de manifiesto el informe UGT, *Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTB en el ámbito laboral en España*, 2020, p. 16 ss.

estigmatización que podría llevar a las encuestadas a falsear las respuestas.

Las últimas décadas han supuesto un avance en los derechos y la protección legal de las personas LGTBI⁷⁸. En este sentido, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación directa o indirecta por motivos de orientación sexual, religión o convicciones, edad y discapacidad en el ámbito del empleo, la ocupación y áreas relacionadas, como la formación profesional y la afiliación en una organización de trabajadores o de empresarios. Cabe citar el proyecto PRIDE (OIT) que lleva a cabo investigaciones sobre la discriminación de personas trabajadoras lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) en todo el mundo y pone de relieve las buenas prácticas que promueven una inclusión significativa⁷⁹. Asimismo, la Red Empresarial española por la Diversidad y la Inclusión LGBTI (REDI).

En cuanto a la legislación española, ciertamente somos uno de los referentes a nivel mundial de derechos LGTBI, no solo por lo que se refiere al matrimonio igualitario o la adopción (reforma Código Civil 2005), sino contra cualquier tipo de discriminación como bien recoge el artículo 14 CE, artículo 510 apartado 2 del Código Penal o el 22 en referencia a los delitos de odio, el artículo 4 ET, o el artículo 14 del Estatuto del Empleado Público.

Pese a los logros, no podemos decir que los prejuicios y la discriminación contra la comunidad LGTBI estén erradicados, ni que la igualdad real se haya conseguido.

Recientemente, un nuevo paso de calado ha sido la aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI. El texto establece los principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas específicas frente a cualquier forma de discriminación. Además, la Disposición final 14ª modifica once artículos del ET. La Exposición de Motivos indica que la reforma consiste en introducir la cláusula de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual y características sexuales. Con el mismo fin, la Disposición final 15ª modifica el TR de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

⁷⁸ M.T. VELASCO PORTERO, *Libertad de expresión y prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153, pp. 237-244; Y. CANO GALÁN, *Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2019.

⁷⁹ Vid. OIT, [*La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT*](#), cit.

Incluye entre las posibles causas de discriminación de los trabajadores por cuenta ajena la “orientación e identidad sexual”, la “expresión de género” y las “características sexuales”. Impone a las empresas de más de 50 trabajadores la obligación de contar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la ley, con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que introduzca un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. No obstante, y una vez más, se erige fundamental el papel de la empresa y del sindicato, negociando protocolos que detecten y corrijan estas situaciones, incluyendo medidas en los convenios colectivos y planes de formación y concienciación dentro de las empresas que hagan que esos espacios que son hostiles o se perciben así, sean espacios seguros.

4. Presupuestos para un viraje inclusivo de la digitalización laboral

El acceso de la mujer al trabajo fuera del hogar y a los estudios superiores es el fenómeno social más significativo del mundo del trabajo actual que ha transformado las estructuras sociales, de trabajo y jurídicas a nivel mundial⁸⁰. Esta mayor participación de la mujer ha evolucionado desde la tolerancia a la promoción por parte de los Estados, a través de la cual se busca resolver la injusticia de sistemas de trabajo que niegan la igualdad de oportunidades a la mujer.

A su vez, el tránsito a una era tecnológica y las cambiantes necesidades de habilidades en la actual economía digital han generado nuevas oportunidades, pero también nuevos desafíos a las mujeres que desean ingresar o mantenerse en el mercado de trabajo. No puede ignorarse el papel fundamental de la tecnología y la innovación como aceleradores de la igualdad de género, pero, en esa medida, tampoco hay duda en cuanto a que el uso de las tecnologías, la conectividad, la alfabetización digital, la educación, el aprendizaje de nuevas competencias y destrezas, así como los procesos de reciclaje profesional, son *conditio sine qua non* para lograr el desafío de una igualdad real.

Ahora bien, en líneas generales, las mujeres tienen más difícil que los hombres no solo el acceso al mercado de trabajo, sino también a una formación que las capacite profesionalmente⁸¹. Esta situación se intensifica

⁸⁰ M. ALONSO OLEA, *El trabajo de la mujer en el derecho español*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1995, n. 72.

⁸¹ FUNDAE, *op. cit.*, pp. 3-4.

cuando se trata de mujeres en dificultad social (inmigrantes, mayores de 45 años, víctimas de violencia de género, entornos sociales desestructurados, etc.). Para todas ellas, la imposibilidad o dificultad de acceso a un empleo frustra de raíz el tener o recuperar su autonomía personal y su independencia. Además, en muchos casos, a la falta de formación o capacitación profesional se añaden barreras psicológicas como un deterioro de la autoestima y la confianza en sí mismas, la infravaloración de las propias capacidades y posibilidades y la percepción de incapacidad para hacer frente a la situación⁸².

Recientemente, Naciones Unidas, en el marco de 67ª sesión de la Comisión sobre el Estatus Jurídico y Social de la Mujer (CSW67), ha hecho un llamamiento a reflexionar sobre una de las brechas que se puso en mayor evidencia durante la pandemia por la Covid-19: la brecha digital de género. Esta brecha incluye no sólo la diferencia entre hombres y mujeres en el acceso a internet y uso de dispositivos digitales como teléfonos, ordenadores o tablets, sino también, en la producción y acceso a contenidos, así como en las habilidades tecnológicas con las que contamos para ello. La Comisión expresó, también, su preocupación por los escasos avances en la reducción de la brecha de género en el acceso y el uso de las tecnologías. En suma, la balanza se inclina en negativo para las mujeres y puede empeorar si se tienen en cuenta otras variables como el lugar de nacimiento, la edad, la orientación sexual, el color, etc.

En España, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, reconoce en la exposición de motivos «la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados»; sin embargo, su articulado no contiene ninguna mención expresa que abarque la igualdad de trato y no discriminación frente a las inteligencias artificiales en su ámbito subjetivo⁸³. La exclusión digital que experimentan millones de mujeres y niñas tienen un impacto económico y social en sus vidas y en el desarrollo de nuestras sociedades, y su inclusión sin una mirada de género solo replicará las desigualdades presentes fuera de la virtualidad.

⁸² Cfr. M. GUTIÉRREZ, *Sesgos de género en los algoritmos: un círculo perverso de discriminación en línea y en la vida real*, en www.eldiario.es, 7 febrero 2021.

⁸³ J.I. PÉREZ LÓPEZ, *Inteligencia artificial y contratación laboral*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 7.

4.1. La necesaria formación tecnológica capacitante

Según los últimos estudios e informes⁸⁴, el desajuste entre las competencias generadas por el sistema educativo (formación excesivamente especializada, basada en el aprendizaje memorístico y la competencia entre distintos campos del saber) y las necesidades del mercado de trabajo (capacidad de generar ideas nuevas y resolver problemas no predecibles, pensamiento crítico y complementariedad entre distintos campos del saber) constituye uno de los principales problemas de la economía española. Esto se agrava por la continua pérdida de talento femenino, más flexible y colaborativo que, o bien no accede a estos puestos, o cuando lo hace abandona después de un tiempo por las condiciones que se encuentra en los sectores productivos vinculados a estos puestos⁸⁵.

Solo una adecuada formación educativa permite a las personas adquirir habilidades para la construcción de valoraciones críticas sobre el mundo que las rodea, siendo éste un requisito elemental para la formación de opiniones propias y desarrollar la capacidad de exponerlas. Pese a ello, el nivel de analfabetismo femenino a nivel mundial sigue siendo mucho más alto que el de los hombres⁸⁶. La [Ficha Informativa n. 38](#) del Instituto de Estadística de la Unesco de septiembre del año 2016, emitida por el 50 aniversario del Día Internacional de la Alfabetización, señala que si bien la alfabetización ha sido una prioridad en la agenda de desarrollo durante las últimas décadas, los datos más recientes de esta Organización⁸⁷ demuestran que 127 millones de niñas en edad de cursar educación primaria y secundaria no asisten a la escuela; y 758 millones de adultos aún carecen de competencias básicas de lectura y escritura, de los cuales las dos terceras partes son mujeres, es decir, 479 millones.

Este muro educativo invisible que discrimina y arrincona a gran parte de la sociedad, incrementa ahora su tamaño por efecto del analfabetismo digital. Así, la brecha tecnológica constituye una forma de pobreza y exclusión sociolaboral que priva a una parte de la ciudadanía, especialmente, mujeres, de recursos esenciales para desarrollarse y generar riqueza. Sobre

⁸⁴ Cfr. S. DE LA RICA, L. GORJÓN, A. VEGA, *Empleos y competencias del futuro en España*, COTEC, 2022.

⁸⁵ 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, p. 19.

⁸⁶ INSTITUTO DE ESTADÍSTICA DE LA UNESCO, *50^{mo} Aniversario del Día Internacional de la Alfabetización: Las tasas de alfabetización están en aumento pero millones de personas siguen siendo analfabetas*, Ficha Informativa del UIS, 2016, n. 38.

⁸⁷ Cfr. UNESCO, *Qué debemos saber acerca del informe mundial de la UNESCO sobre el abandono escolar por parte de los niños*, en www.unesco.org, 7 abril 2022.

todo, tratándose de una brecha cuyo cierre exige poseer conocimientos técnicos y competencias digitales a un cierto nivel, no accesibles para muchos, ya sea por razones económicas o adaptativas.

Es cierto que, en los últimos diez años, las mujeres han aumentado el uso de Internet, pasando de un 51,9% en 2008 a un 85,6% en 2018 reduciendo la diferencia entre hombres y mujeres de 8,1 puntos a 1 punto. Pero, la inclusión digital no consiste únicamente en el acceso a internet o los ingresos perdidos por falta de conocimientos digitales, también es el espacio digital que tienen las mujeres para expresarse y ejercer una ciudadanía activa. No podemos hablar de una transformación digital que sea inclusiva, si desde el inicio las mujeres están fuera de juego.

Mercado de trabajo, género y formación profesional (FP) constituyen un trinomio indisoluble en el que los cambios en uno inciden en los otros, y en el que los avances en la construcción del conocimiento en cada campo, interpela a los otros en un recíproco enriquecimiento⁸⁸. Sin embargo, la participación de la mujer en la formación programada por las empresas sigue siendo menor a la de los hombres⁸⁹; y en relación a los grandes sectores de actividad la formación se corresponde, en líneas generales, con la distribución del empleo femenino, es decir, con las actividades del sector terciario⁹⁰.

Por su parte, en el ámbito de la FP, solo un 43% de estudiantes de ciclos formativos son mujeres. La brecha de género se mantiene aquí, pues si bien las chicas son mayoría⁹¹, se decantan por grados de educación y cuidados, por encima de las profesiones tecnológicas, aunque tengan más empleabilidad, de modo que sólo un 16% elige informática. El ciclo más demandado por las estudiantes es el de TS en Educación Infantil, donde ellas representan el 96% del total. A éste le sigue el ciclo de Técnico de Farmacia y Parafarmacia (87% de alumnado femenino), Cuidados Auxiliares de Enfermería (86% de mujeres), e Higiene Bucodental (84%).

En fin, el Gobierno ha convertido la FP en uno de los grandes ejes del PNRTR, de modo que, la modernización de las políticas activas de empleo, el desarrollo de los sistemas de formación continua de trabajadores, la acreditación de competencias laborales y el Plan Nacional de Competencias Digitales, serán cruciales para dotar a la sociedad española de instrumentos

⁸⁸ Vid. UNESCO, *Perspectiva de género en la formación profesional: el camino hacia la transversalidad e institucionalidad*, 2011, p. 2.

⁸⁹ Cfr. FUNDAE, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 11.

⁹¹ Un 47,7% del total en Grado Superior y un 43,7% en Grado Medio, según el informe elaborado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL, *Igualdad en Cifras MEFP 2021. Aulas por la igualdad*, 2021.

con los que pertrecharse frente a los retos de esta nueva era. Simultáneamente, la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación no solo supone una palanca para combatir la segregación, sino que se entrelaza con las políticas formativas. Muchos de estos cambios ya han empezado a acometerse, con lo cual toca, ahora, estar atentos a eventuales fisuras, incertidumbres y vacíos que puedan plantear.

4.2. Perfiles académicos pendientes de conquista femenina

Los vínculos con el mercado han sido históricamente diferentes para hombres y mujeres, con consecuencias directas en sus preferencias, elecciones y comportamientos⁹², de modo que la conformación de la brecha de género se aprecia en la elección de estudios y materias por parte de chicos y chicas desde la educación secundaria post-obligatoria.

Bien es verdad que los niveles educativos de las mujeres españolas alcanzan cotas de formación profesional más altas que los hombres, de modo que, el 54,4% de las mujeres de entre 25 y 34 años tienen estudios superiores, porcentaje que supera en 11,3 puntos el de los hombres⁹³. La brecha de género en tasa de empleo es reducida entre personas con niveles formativos altos (inferior a 2 puntos), supera los 11 puntos en los niveles medios y los 18 puntos en los niveles bajos⁹⁴. Sin embargo, en 2019, según datos de la Unesco⁹⁵ se estimó que las mujeres ocupan apenas un 29% de los puestos de I+D científicos en el mundo y que son un 25% menos propensas que los varones a utilizar la tecnología digital para usos básicos, en trabajos de investigación y desarrollo en todo el mundo.

Asimismo, los estereotipos de género refuerzan la idea de que ciertos ámbitos de conocimiento son más propios de hombres y, aunque más del 50% de los estudiantes universitarios son mujeres⁹⁶, si centramos el análisis por estudios, la balanza se desequilibra. Por un lado, las carreras de ciencias sociales y de la salud están feminizadas. Por otro, existe una escasa presencia

⁹² L. BENERÍA, *Markets, Globalization, and Gender*, en L. BENERÍA, *Gender, Development, and Globalization*, Routledge, 2003, p. 74.

⁹³ Cfr. los datos recogidos en la estadística del MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL, *Igualdad en Cifras MEF 2022. Aulas por la igualdad*, 2022.

⁹⁴ Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁵ C. COLLETT, G. NEFF, L. GOUVEA GOMES, *Los efectos de la IA en la vida laboral de las mujeres*, Unesco, 2022.

⁹⁶ UNESCO, *#SuEducaciónNuestroFuturo#RompeElSesgo. Cuestionar los sesgos y estereotipos de género en la educación y a través de ella*, 2022.

de mujeres en áreas científicas como la física y las ingenierías. Precisamente, el Secretario General de Naciones Unidas ha destacado este hecho, señalando que «las mujeres representan hoy menos de una tercera parte de la masa laboral en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, representando ellas la mitad de la población».

Las actividades relacionadas con los perfiles STEM (*Science, Technology, Engineering & Mathematics*), son directamente responsables del trabajo del 6% del empleo total y de más del 10% del PIB español. Sin embargo, en nuestro tejido empresarial se estima un déficit importante de profesionales, cuyo número de matriculados ha caído un 28% entre 2010 y 2017. El número es más reducido aún, tratándose de mujeres, con una ocupación por debajo del 20%. De hecho, solo un 28% del alumnado universitario que estudia carreras STEM en España son mujeres⁹⁷.

Esto implica que la falta de vocaciones en estas especialidades es más acusada entre las chicas. Esta brecha de género que comienza ya en etapas muy tempranas⁹⁸, será aún más profunda en relación con las oportunidades laborales que puedan tener las mujeres en las futuras profesiones en estos campos⁹⁹. Solo un 16,3% de los adolescentes españoles de 15 años contempla dedicarse a estas áreas cuando sean adultos. De este porcentaje, el 4,2% corresponde a chicas; y el 12,1% restante, a chicos.

En España, según datos obtenidos del Sistema Integrado de Información Universitaria (SIU), del Ministerio de Universidades, se observa, para todos los grados universitarios científico-tecnológicos, una marcada brecha de género en términos de acceso a los estudios universitarios. El acceso de las mujeres a estos estudios, que se mide a partir de las matriculaciones efectuadas, es menor en comparación con estudios de otras ramas. Así, las carreras más elegidas por las mujeres son claramente de ámbitos ajenos a las STEM; en educación, el 78% del total son mujeres; en Ciencias de la salud y servicios sociales, el 72%; en Ciencias sociales, el 63%; y en artes y humanidades, el 61%¹⁰⁰.

Asimismo, y según el Libro Blanco de las mujeres en el ámbito tecnológico de 2019, solo el 16% de los profesionales en el ámbito de las STEM son mujeres, y muy pocas adolescentes, sólo el 0,7%, están

⁹⁷ Vid. M. SÁINZ, L. ARROYO, C. CASTAÑO, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁸ En Bachillerato, las alumnas son mayoría en Arte (72 %) y en Ciencias Sociales y Humanidades (58%) y son minoría en Ciencias (47,5%). Cfr. MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL, *Igualdad en Cifras MEF 2022. Aulas por la igualdad*, cit.

⁹⁹ L. BIAN, S.-J. LESLIE, A. CIMPAN, *Gender stereotypes about intellectual ability emerge early and influence children's interests*, en *Science*, 2017, vol. 355, n. 6323.

¹⁰⁰ C. COLLETT, G. NEFF, L. GOUVEA GOMES, *op. cit.*

interesadas en estudiar un grado relacionado con las tecnologías digitales¹⁰¹.

Es claro que, para garantizar el cambio, hay que promocionar y fomentar una educación inclusiva en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas, tecnología de la información y las comunicaciones y alfabetización digital. Distintas administraciones – estatales, europeas e internacionales – invierten esfuerzos en atraer a las mujeres a este ámbito. Por ejemplo, a escala europea, la iniciativa *Women in Science* se enmarca en la estrategia de la UE para lograr la igualdad de género en la investigación y la innovación¹⁰². Instituciones internacionales como la Unesco persiguen también la consecución de este objetivo¹⁰³.

En España, la Fundación Isonomía¹⁰⁴ imparte cursos en tecnologías de la información y la comunicación para mujeres, además de llevar a cabo investigación y campañas de difusión en este sentido. Pero, los últimos datos disponibles del sistema universitario español sobre matriculación de grados, abandono de los estudios, rendimiento académico (porcentaje de asignaturas aprobadas respecto a las matriculadas) y resultados obtenidos (nota media del expediente académico) muestran diferencias de género en todos los indicadores¹⁰⁵.

También siguen existiendo brechas de género en distintos ámbitos del sistema de I+D+I. En concreto, las mujeres en estudios de máster en Ingeniería y Arquitectura representan el 32%. En estudios de doctorado la cifra desciende a un 20% en Informática e Ingeniería, y es del 32,8% en Industria y Construcción lo que confirma una importante infrarrepresentación de las mujeres en ámbitos STEM.

Una vez incorporadas al mercado laboral, la participación de las mujeres en el ámbito de la innovación refleja diferencias importantes respecto a los hombres. En 2020, el 28,9% del personal interno en I+D en empresas eran mujeres. Por su parte, solo un 24% del empleo creado por las ayudas del Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) ha sido para mujeres en 2020.

¹⁰¹ Cfr. M. USART, S. SÁNCHEZ-CANUT, B. LORES, [El ámbito de las STEM no atrae el talento femenino](#), en [elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org](#), 1º julio 2022.

¹⁰² Adoptada el 15 octubre 2014 (SOC/502-EESC-2014-0625).

¹⁰³ UNESCO, *Women in Science*, Hoja informativa, 2019, n. 55, FS/2019/SCI/55.

¹⁰⁴ Entidad sin ánimo de lucro de ámbito estatal, dependiente de la Universidad Jaume I de Castellón, cuyo fin principal consiste en promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como de otros colectivos social, económica, laboral, educativa y culturalmente desfavorecidos o susceptibles de sufrir discriminación, en todos los ámbitos de la vida de las personas.

¹⁰⁵ Cfr. MINISTERIO DE UNIVERSIDADES, *Datos y cifras del Sistema Universitario Español. Publicación 2021-2022*, 2022.

5. Conclusiones críticas

La situación laboral actual de las mujeres se torna compleja. Si bien ha habido avances y estrategias para mejorar la empleabilidad femenina, aún es patente la predominancia de roles de género y estereotipos sociales que generan una barrera para la correcta inserción laboral de la mujer. La exclusión digital que experimentan millones de mujeres y niñas tienen un impacto económico y social en sus vidas y en el desarrollo de nuestras sociedades, y su inclusión sin una mirada de género solo replicará las desigualdades presentes fuera de la virtualidad.

No se puede trabajar la inclusión a retales o de forma dispersa y disgregada, la inclusión es solo una y se debe atender a todas sus dimensiones. Y, aunque cada dimensión presenta retos y demandas específicas, existen numerosas sinergias entre ellas y una gran variedad de lecciones aprendidas en la inclusión laboral de cada uno de estos colectivos que se pueden aplicar transversalmente. Ello supone que, cuando se trabaja alguno de estos vectores de diversidad existentes, se está al mismo tiempo trabajando el resto, por lo que se genera un efecto multiplicador.

Claramente, es necesario un aumento significativo de las inversiones de los sectores público y privado para reducir la brecha digital, promoviendo ecosistemas de innovación más inclusivos y una tecnología e innovación sensibles a las cuestiones de género; crear políticas digitales con perspectiva de género, de forma que se eliminen las barreras que impiden el acceso tecnológico a mujeres y niñas; incorporar una perspectiva de género en el diseño de las tecnologías emergentes y adoptar normativas que garanticen la lucha contra los nuevos riesgos, los estereotipos de género y las violaciones de la privacidad de los datos. Asimismo, para garantizar el cambio, lo anterior debe completarse con una educación inclusiva en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas, tecnología de la información y las comunicaciones y alfabetización digital.

En la búsqueda de soluciones y propuestas, se considera la educación como un medio de gran impacto. Desde otros ámbitos, es necesario que se sigan abordando las perspectivas transversales, mediante incentivos y políticas públicas de protección que, si bien son imprescindibles, no serán efectivas si no hay un proceso pedagógico y de socialización que los acompañe. Salta a la vista, pues, la necesidad de implementar soluciones normativas específicamente dirigidas a facilitar el acceso y promoción en puestos tecnológicos de las mujeres, acabar con la brecha salarial, promover acciones para conciliar la vida laboral con la personal, evitar el uso de decisiones algorítmicas discriminatorias y equilibrar la presencia de las

mujeres en puestos de staff directivo y representativos.

Sin perjuicio de anterior, en este complejo escenario, hay tres puntales cruciales cuya actuación conjunta es determinante, además de obligada, para encontrar soluciones. En primer lugar, las empresas, por su papel en el logro de la igualdad. En segundo lugar, la negociación colectiva, en tanto que herramienta óptima para luchar contra la discriminación y transversalizar el principio de igualdad en el sentido de los artículos 85.1 ET y 45.1 LOIMH, y en el marco de la negociación de los planes de igualdad. Y, por último, y, en tercer lugar, las políticas públicas en materia laboral mediante la implementación de medidas efectivas que equilibren la balanza.

6. Bibliografía

- AGÍS DASILVA M. (2019), *Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo*, en M.B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ, J. CABEZA PEREIRO (coords.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi
- ALEMÁN PÁEZ F. (2021), *Mercado del sexo vs. trabajo sexual/ abolicionismo vs. legalización de la prostitución, doble juego de binomios y propuestas reguladoras comparadas*, en J. CARRERAS, S. HABOBA, J. LOBATO (comps.), *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo*, vol. 3
- ALONSO OLEA M. (1995), *El trabajo de la mujer en el derecho español*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n. 72
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2022), [*La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque*](#), en www.aedtss.com, 18 julio
- BALLESTER PASTOR M.A. (2019), *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, en *Temas Laborales*, n. 146, pp. 13-40
- BANCO DE ESPAÑA (2021), *The Child Penalty in Spain*
- BELTRÁN N. (2022), *Trabajadoras sexuales: violencias y precariedad laboral*, en *Andamios*, n. 48, pp. 39-60
- BENERÍA L. (2003), *Markets, Globalization, and Gender*, en L. BENERÍA, *Gender, Development, and Globalization*, Routledge
- BIAN L., LESLIE S.-J., CIMPIAN A. (2017), [*Gender stereotypes about intellectual ability emerge early and influence children's interests*](#), en *Science*, vol. 355, n. 6323, pp. 389-391

- BOHÓRQUEZ ESPINEL B., CASTRO LÓPEZ M. (2021), *Discriminación de mujeres Trans en el ámbito laboral*, en *Poliantea*, n. 29, pp. 31-39
- CABEZA PEREIRO J. (2022), *Trabajo de mayores y discriminación por edad*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, pp. 229-250
- CANO GALÁN Y. (2019), *Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre
- CASAS BAAMONDE M.E. (2018), *Igualdad y no discriminación por sexo y género: el lenguaje de los derechos*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 22, pp. 25-61
- CCOO (2021), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*, Ministerio de Igualdad
- CCOO (2018), *Informe #GeneraciónMÓVIL. Una radiografía de la juventud y 10 ejes de trabajo*
- COLLETT C., NEFF G., GOUVEA GOMES L. (2022), *Los efectos de la IA en la vida laboral de las mujeres*, Unesco
- CÓRDOVA E., ALEXANDRA E. (2012), *¿La mujer como sujeto de un discurso no androcéntrico? Ventajas y desventajas para la práctica feminista*, en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, n. 39, pp. 205-212
- DE LA RICA S., GORJÓN L., VEGA A. (2022), *Empleos y competencias del futuro en España*, COTEC
- DÍEZ-ORDÁS BERCIANO E. (2017), *Los protocolos de acoso*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO (dir.), *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Universidad Carlos III de Madrid
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2022), *Las nuevas tecnologías y la incidencia en el empleo de los mayores*, en S. PERÁN QUESADA, F. VILA TIerno, J. RASO DELGUE, A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA, F.J. TAPIA GUERRERO, A. RODRÍGUEZ AZCÚE (dirs.), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Bomarzo
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2021), *Formando para un mundo que ya no existe: la urgente necesidad de alfabetización digital para el empleo*, en *Revista de Derecho Social*, n. 95, pp. 115-146
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN L.A. (2016), *Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico-social*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 404, pp. 109-134
- FORÉTICA (2019), *El rol empresarial e la brecha de género. Claves de la contribución empresarial a la igualdad*

- FUNDACIÓN ADECCO (2018), *X Informe tu edad es un tesoro: Mayores de 55 años en el mundo laboral*
- FUNDAE (2023), *Mujer y formación para el empleo*, Cuaderno de Trabajo, n. 2
- GARRIGUES GIMÉNEZ A. (2019), *El trabajo de las mujeres en España estereotipos, sesgos e inercias. Una mirada hacia tres ámbitos de perentoria intervención normativa*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. extra. 1, pp. 15-34
- GARRIGUES GIMÉNEZ A. (2017), *La quimera de la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo: inercias, resistencias e impermeabilidad de la negociación colectiva a la quiebra de los roles de género en la clasificación profesional (a modo de presentación)*, en A. GARRIGUES GIMÉNEZ (coord.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva un análisis multi e intersectorial*, Reus
- GUTIÉRREZ M. (2021), *Sesgos de género en los algoritmos: un círculo perverso de discriminación en línea y en la vida real*, en www.eldiario.es, 7 febrero
- IBÁÑEZ PASCUAL M. (2017), *La división sexual del trabajo y las razones de la segregación ocupacional*, en M. IBÁÑEZ PASCUAL (dir.), *Mujeres en mundos de hombres: La segregación ocupacional a través del estudio de casos*, Centro de Investigaciones Sociológicas
- INE (2021), *Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora*, en www.ine.es, 23 febrero
- INSTITUTO DE ESTADÍSTICA DE LA UNESCO (2016), *50^{mo} Aniversario del Día Internacional de la Alfabetización: Las tasas de alfabetización están en aumento pero millones de personas siguen siendo analfabetas*, Ficha Informativa del UIS, n. 38
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2023), *Desigualdad retributiva entre mujeres y hombres*, IV Boletín de Igualdad en el Empleo
- JARAMILLO I.C. (2000), *La crítica feminista al derecho*, en R. WEST, *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre
- LÓPEZ PICH P. (2014), *La política de integración de la Unión Europea*, en *Migraciones*, n. 22, pp. 221-256
- MARIÑO MENÉNDEZ F.M. (2001), *Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo*, en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ, C. FERNÁNDEZ LIESA (dirs.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- MARTÍNEZ BARROSO M.R. (2022), *Formación en competencias digitales y empleabilidad. Dos coordenadas inescindibles*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del 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

- MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL (2022), *Igualdad en Cifras MEFP 2022. Aulas por la igualdad*
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL (2021), *Igualdad en Cifras MEFP 2021. Aulas por la igualdad*
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2024), [Informe Jóvenes y mercado de trabajo. 2023 T 4](#), Informe Jóvenes, n. 40
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), [Informe Jóvenes y mercado de trabajo](#), Informe Jóvenes, n. 35
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), [La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2022](#)
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL (2019), [Informe Jóvenes y mercado de trabajo](#), Informe Jóvenes, n. 20
- MINISTERIO DE UNIVERSIDADES (2022), *Datos y cifras del Sistema Universitario Español. Publicación 2021-2022*
- MOLINA HERMOSILLA O., MOLINA NAVARRETE C. (2004), *Más acá y más allá del trabajo: comentario a la Ley 56/2003, de Empleo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 251, pp. 23-64
- MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G. (2018), *Prohibición de discriminación*, en *Temas Laborales*, n. 145, pp. 327-370
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2022), [Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación](#), en [Revista Crítica de Relaciones de Trabajo](#), n. 4, pp. 11-42
- MORALES ORTEGA J.M. (2022), *Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: Un análisis jurídico laboral*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 1, pp. 219-256
- MORENO SARDÁ A. (2006), *Más allá del género: aportaciones no-androcéntricas a la construcción de un humanismo plural*, en C. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (coord.), *Género y currículo: aportaciones del género al estudio y práctica del currículo*, Akal
- MUÑOZ Ó. (dir.) (2019), *La diversidad LGBT en el contexto laboral en España*, Mpátika
- OBSERVATORIO DE LA JUVENTUD EN ESPAÑA (2023), [Cifras Jóvenes. Paro registrado. Avance resultados. Jóvenes 16-24 años](#)
- OIT (2015), [Estrategia y plan de acción para la inclusión de la discapacidad 2014-2017](#)
- OIT (2015), [La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT](#)
- OIT (2013), *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2013. Una generación en peligro*

- OTT (2012), *Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género. Resultados del proyecto PRIDE*
- OLARTE ENCABO S. (2008), *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivación de las políticas activas de empleo*, Aranzadi
- ONU (2020), [Los trabajadores migrantes ganan en promedio un 13% menos que los nacionales](#), en [news.un.org/es](#), 14 diciembre
- OSO CASAS L., PARELLA RUBIO S. (2012), *Inmigración, género y Mercado de trabajo: una panorámica de la investigación sobre la inserción Laboral de las mujeres inmigrantes en España*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 1, pp. 11-44
- PÉREZ LÓPEZ J.I. (2023), *Inteligencia artificial y contratación laboral*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 7, pp. 186-205
- PICHARDO GALÁN J.I. (2010), *Mujeres lesbianas y derechos humanos*, en V. MAQUIEIRA D'ANGELO (coord.), *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Universitat de València
- PICHARDO GALÁN J.I. (coord.) (2019), *Guía ADIM LGBT+. Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, Universidad Complutense de Madrid
- QUINTERO LIMA M.G. (2022), *Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras*, en *IUSLabor*, n. 3, pp. 120-140
- RED DIE (2018), "La igualdad de género en la negociación colectiva". *Informe de la VIII Jornada técnica de la Red de empresas con distintivo "Igualdad en la Empresa"* Red DIE. Sevilla, 3 de diciembre de 2018
- RISBERG G., JOHANSSON E., HAMBERG K. (2009), [A theoretical model for analysing gender bias in medicine](#), en *International Journal for Equity in Health*, vol. 8, artículo n. 28, pp. 1-8
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ V., CUETO IGLESIAS B. (2013), *El trabajo de las personas con discapacidad ante la crisis*, en *Revista Internacional de Organizaciones*, n. 11, pp. 61-86
- RODRÍGUEZ COPÉ M.L. (2017), *Medidas de políticas de empleo dirigidas a colectivos específicos en la etapa de recuperación económica? La inclusión activa como paradigma*, en *Temas Laborales*, n. 137, pp. 127-162
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M. (2022), *Los contornos de la discriminación*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 19-27
- ROLDÁN CONESA J.M. (2022), *Trabajadores maduros la era digital y la edad como motivos de discriminación social y laboral*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 297-313

- RUIZ CÓRDOBA C. (2021), *La situación actual del Colectivo LGTBI en España. Un análisis legislativo de los derechos reconocidos y la protección de víctimas de discriminación por orientación sexual y/o identidad o expresión de género*, en *Ebquidad*, n. 16, pp. 141-164
- 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
- SCUDIERI L., GUAGLIANONE L., ESCUDERO R., CRESPO PURAS C. (comps.) (2019), *Inclusión socio-laboral de las mujeres con discapacidad*, Universidad Complutense de Madrid
- TRINIDAD NÚÑEZ P. (2012), *La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n. 4, pp. 125-168
- UGT (2023), *Hacia centros de trabajo inclusivos. Discriminación de las personas trans y LGTBI en el ámbito laboral en España en 2023. Retos y soluciones. II Edición del Estudio sobre las personas LGTBI en el Empleo en España*
- UGT (2020), *Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTB en el ámbito laboral en España*
- UGT (2017), *Análisis de la precariedad en el empleo juvenil*
- UNESCO (2022), *#SuEducaciónNuestroFuturo#RompeElSesgo. Cuestionar los sesgos y estereotipos de género en la educación y a través de ella*
- UNESCO (2022), *Qué debemos saber acerca del informe mundial de la UNESCO sobre el abandono escolar por parte de los niños*, en www.unesco.org, 7 abril
- UNESCO (2019), *Women in Science*, Hoja informativa, n. 55, FS/2019/SCI/55
- UNESCO (2011), *Perspectiva de género en la formación profesional: el camino hacia la transversalidad e institucionalidad*
- USART M., SÁNCHEZ-CANUT S., LORES B. (2022), *El ámbito de las STEM no atrae el talento femenino*, en elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org, 1º julio
- VALDÉS DAL-RÉ F. (2008), *Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación*, en F. VALDÉS DAL-RÉ, B. QUINTANILLA NAVARRO (dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración
- VELASCO PORTERO M.T. (2020), *Libertad de expresión y prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual*, en *Temas Laborales*, n. 153, pp. 237-244

La política interna de desconexión digital como medida de prevención de riesgos laborales

Rafael GARCÍA GARCÍA*

RESUMEN: El art. 88.3 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, establece el deber de elaborar una política interna de desconexión que garantice «un uso razonable de las herramientas tecnológicas». La conexión permanente a través de dispositivos telemáticos es un importante factor estresor. Esto puede suponer importantes riesgos para la salud de los trabajadores, especialmente, riesgos psicosociales. Si no se pueden evitar, estos riesgos deberán estar evaluados, y han de estar planificadas las correspondientes medidas preventivas que deberían pasar por una regulación adecuada del derecho de desconexión. El empresario tiene la condición de garante y responsable de la seguridad y salud de los trabajadores a su cargo y habrá de ejercer su poder de dirección y control para evitar que los trabajadores hagan uso de los medios tecnológicos de la empresa para estar conectados fuera de las horas de trabajo, salvo en situaciones excepcionales o emergencias. La política y el protocolo de desconexión pueden convertirse en cauce adecuado para la garantía de este derecho y para el cumplimiento de las obligaciones preventivas.

Palabras clave: Desconexión, prevención, riesgos psicosociales.

SUMARIO: 1. Aproximación a la regulación jurídica del derecho de desconexión digital en España. 2. Desconexión digital y conciliación del trabajo con la vida personal y familiar. 3. La desconexión en el teletrabajo. 4. La desconexión como medida de prevención de riesgos laborales. 5. Instrumentos para la regulación del derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad Católica San Antonio de Murcia (España).

The Internal Policy of Digital Disconnection as an Action to Prevent Occupational Risks

ABSTRACT: Art. 88.3 of Organic Act No. 3/2018, of 5 December, establishes the duty to develop an internal disconnection policy that guarantees “reasonable use of technological tools”. Permanent connection through telematic devices is an important stressor factor. This can pose significant risks to the health of workers, especially psychosocial risks. If they cannot be avoided, these risks must be evaluated, and the corresponding preventive measures must be planned, which should include adequate regulation of the right to disconnect. The employer has the status of guarantor and responsible for the safety and health of the workers in his charge and must exercise his power of direction and control to prevent workers from using the company’s technological means to be connected outside of the working hours, except in exceptional situations or emergencies. The disconnection policy and protocol can become an appropriate channel for guaranteeing this right and for compliance with preventive obligations.

Key Words: Disconnection, prevention, psychosocial risks.

1. Aproximación a la regulación jurídica del derecho de desconexión digital en España

En la memoria del Director General de la OIT del informe *Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, se pone de manifiesto que, si bien las nuevas tecnologías aumentan las posibilidades de trabajar a distancia y permiten conciliar mejor la actividad laboral con las responsabilidades familiares y personales, «la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada suscita inquietudes en diferentes ámbitos, y evoca formas de organización del trabajo del periodo preindustrial. Los procesos de cambio que permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en casa, podrían ser un arma de doble filo para algunos»¹.

Las llamadas nuevas tecnologías de la comunicación y la información otorgan la posibilidad de estar conectado a cualquier hora del día, lo que, por una parte, facilita el desarrollo del trabajo más allá de la jornada y del centro de trabajo. Pero, por otra, ha instalado una cierta cultura de la disponibilidad permanente, de manera que “trabajador más valioso” se ha asimilado a “trabajador más disponible”².

Esto, que supone que cada vez se diluya más el concepto de “fin de jornada laboral”, que continua en el propio domicilio de la persona trabajadora (normalmente, sin impacto alguno en la remuneración)³, puede llevar en muchas ocasiones a intromisiones en la vida personal y familiar de las personas que no pueden ser toleradas, puesto que el tiempo de trabajo y su distribución tienen decisivas consecuencias en la salud, la conciliación de la vida personal y laboral y, en general, en las condiciones de vida de las personas trabajadoras y de sus familias.

Así, la OIT ha advertido que «Las tecnologías de la información y de la comunicación que permiten que se trabaje en cualquier lugar, en cualquier momento, difuminan la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, y pueden contribuir a ampliar las horas de trabajo. En la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo,

¹ OIT, *Memoria del Director General. Informe I. La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 2015, 104ª reunión, § 70, p. 15.

² Cfr. G. LÓPEZ DE LA FUENTE, *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo en los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 104.

³ Vid. T. USHAKOVA, *De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n. 192, pp. 117-138.

estableciendo el derecho a la desconexión digital»⁴.

En un mundo laboral y personal digitalizado, se hace imprescindible regular el derecho de los trabajadores a ver garantizado su tiempo de descanso y vida personal sin la intrusión protagonizada por la omnipresencia de lo digital en el mundo laboral. De tal manera que se entienda que la relación laboral tiene unos límites de tiempo, que se desarrolla en un horario concreto y que, fuera del mismo, si el empresario trata de seguir ejerciendo su poder de dirección, estará yendo más allá de sus competencias y de sus atribuciones legales, ya que irá más allá del tiempo de trabajo estipulado en el contrato⁵.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 40.2, realiza un mandato a los poderes públicos para que fomenten una política que garantice el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas.

Por su parte, la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁶, en su Considerando 5, manifiesta que «Los trabajadores [...] deben poder disfrutar de períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, y de períodos de pausa adecuados».

En este contexto, es conveniente establecer, asimismo, un límite máximo de duración de la semana de trabajo. Por ello, en su Capítulo II (artículos 3 a 7), exhorta a los estados a tomar medidas para asegurarse de que el trabajador dispone de un descanso adecuado y efectivo (descanso diario, pausas, descanso semanal, vacaciones...), vinculando este descanso a la prevención de riesgos laborales.

Nuestro artículo 34 del Estatuto de los trabajadores, por su parte, dispone, con relación a la jornada laboral, en esencia, lo siguiente:

- que la duración de la jornada de trabajo será la definida en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo;
- que la jornada efectiva semanal media en cómputo anual no superará las 40 horas;
- que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente

⁴ Vid. COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019, p. 41.

⁵ Cfr. F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales. Análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 222, p. 33.

⁶ Esta Directiva define (art. 2) «tiempo de trabajo» como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales»; y «tiempo de descanso» como «todo período que no sea tiempo de trabajo».

- mediarán, como mínimo, doce horas;
- que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas;
 - que las horas de trabajo se calcularán de modo que los empleados estén en su puesto de trabajo al comienzo y al final de cada jornada;
 - que, cuando la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos (para menores de dieciocho años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media).

Parece que, en nuestra legislación, como veremos, tras la introducción del apartado 8 en el artículo 38 del ET⁷, el derecho de desconexión se ha vinculado especialmente a la conciliación de la vida profesional y la vida personal y familiar de las personas trabajadoras⁸. Si bien, algunos autores ven en este derecho de desconexión una simple puesta al día y modernización del clásico derecho al descanso (que, sabemos, ya recoge el artículo 40.2 de la Constitución Española)⁹, adaptado a la nueva situación

⁷ «Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa».

⁸ Este derecho tiene como antecedente principal la *loi n. 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (Loi Travail)*, que modificó el art. L2242-8 del *Code du travail*, del que el art. 90 LOPD ha recogido parte de su contenido de forma literal. Esta ley dispuso incluir en «la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo», «las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos reguladores del uso de utensilios digitales a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de las vacaciones, así como de su vida personal y familiar». A falta de acuerdo es el empleador quien debe elaborar una política de actuación, previa audiencia del Comité Social y Económico. La ley aplicaba a empresas de más de 50 trabajadores. Su alcance era también limitado en cuanto a contenidos, ya que no define el derecho ni establece sanción alguna en caso de incumplimiento. Sin embargo, ha tenido una gran influencia en las legislaciones de otros países europeos, en particular la española.

⁹ Constitución Española, art. 40.2: «los poderes públicos [...] garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados».

que ha generado la omnipresencia de la tecnología digital¹⁰.

Antes de su regulación legal, han venido siendo los tribunales los que han ido garantizando los derechos de los trabajadores (basándose en este derecho al descanso) ante las nuevas situaciones planteadas por la aparición de tecnologías capaces de mantener a las personas trabajadoras permanentemente conectadas.

Así, y aunque este derecho no se regula en nuestro ordenamiento hasta el año 2018, algunos autores citan la SAN de 17 de julio de 1997. como primer precedente en el reconocimiento del mismo. Esta Sentencia declaraba nula la instrucción empresarial que obligaba a las personas trabajadoras de la empresa a mantener conectados los dispositivos móviles en todo momento y de forma ininterrumpida para la propia empresa y los clientes, incluso fuera de la jornada laboral. La Audiencia Nacional entiende que la empresa se extralimita en sus poderes de dirección del artículo, obligando a los trabajadores a sobrepasar ampliamente las horas de trabajo pactadas¹¹.

Más recientemente, la STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2020 argumenta que «En tiempo de descanso el trabajador tiene derecho a la desconexión digital, esto es, a mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales».

La STJUE de 5 de octubre de 2004, el llamado asunto *Pfeiffer y otros* declara la incompatibilidad con el derecho de la Unión Europea de una norma nacional que permita que, mediante acuerdo colectivo, se supere el máximo de la jornada semanal a través períodos de disponibilidad, por más que no siempre sean de trabajo efectivo, sino que incluyen tiempos en los que no existe actividad laboral alguna.

El derecho a la desconexión tiene, como veremos, muchos más matices, que era necesario contemplar mediante una regulación expresa, aún si lo consideramos una «especificación tecnológica del derecho al descanso»¹².

Si bien en el ámbito de la Unión Europea y en el concreto de nuestra legislación ya existe normativa sobre la limitación de la jornada laboral y los descansos, esta posibilidad de estar conectado permanentemente expone al trabajador a sentirse obligado, directa o indirectamente, a continuar en

¹⁰ C. MOLINA NAVARRETE, *Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: Desconexión digital, garantía del derecho al descanso*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, p. 279.

¹¹ I. MORENO GONZÁLEZ-ALLER, [El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica](#), en [elderecho.com](#), 17 agosto 2018.

¹² *Vid.* M. PURCALLA BONILLA, *Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas*, en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2018, vol. 5, p. 108.

contacto con la empresa a través de distintos dispositivos tecnológicos las 24 horas del día¹³. Para evitar abusos, es necesario establecer limitaciones a través de la regulación del derecho a la desconexión digital¹⁴.

Ya hemos visto como la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo define tiempo de descanso como «todo periodo que no sea tiempo de trabajo». Y, en ese sentido, y de acuerdo con la Sentencia del TJUE de 21 de febrero 2018, el llamado caso *Matzak*, los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso” se excluyen mutuamente (dado que, hasta el momento, el Derecho de la Unión no contiene una categoría intermedia: o se califica como “tiempo de trabajo”, bien como “período de descanso”). Además, el factor determinante para la calificación de “tiempo de trabajo”, es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad (en este caso concreto, el tiempo de guardia en que un trabajador permanece en su domicilio, pero con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, lo que limita decisivamente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse tiempo de trabajo).

Sin embargo, en el actual mundo tecnológico, parecería que puede existir un tiempo que, sin ser estrictamente de trabajo, ni suponer la permanencia en la empresa o la respuesta inmediata, tampoco se deja descansar al trabajador, y en este tiempo *sui generis* se debería enmarcar el debate sobre la «disponibilidad tecnológica»¹⁵.

Las nuevas tecnologías, con frecuencia, se convierten en instrumentos de prolongación de la actividad laboral en tiempo de no trabajo que aumentan, por ello, la dificultad de separar unos tiempos (trabajo y no trabajo) que, por razones preventivas y de seguridad laboral, resulta necesario diferenciar. Y a ello se orienta el derecho de desconexión¹⁶.

¹³ P. CHARRO BAENA, *Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCONI, M.R. REDINHA (dirs.), *Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*, Universidad Rey Juan Carlos, 2017, p. 22.

¹⁴ De acuerdo con M.J. BOSCH (dir.), *Desconexión digital*, Guía Práctica ESE, 2020, n. 9, p. 3, se puede hablar, principalmente, de «cuatro situaciones que en general impiden la desconexión digital de las personas: una alta carga laboral, presión por parte del supervisor, miedo a que la desconexión sea vista como falta de compromiso y la cultura organizacional de estar disponible 24/7».

¹⁵ Vid. L. MELLA MÉNDEZ, *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 16.

¹⁶ R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Desconexión digital: un apunte laboral*, en www.legaltoday.com, 14

Podemos definir a la desconexión digital como «el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo»¹⁷.

Sin embargo, nuestra legislación, como ocurre en la francesa, de la que es deudora, no define este derecho. Aunque sí queda claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, se configura como un derecho del trabajador para garantizar el respeto del descanso, los permisos y vacaciones, la conciliación de la personal y familiar y evitar el riesgo de fatiga informática¹⁸. Es precisamente en su aspecto preventivo en el que se va a centrar este trabajo, aspecto que, dada la posición de garante del empresario respecto de la seguridad de sus trabajadores, refuerza especialmente las obligaciones empresariales, así como las responsabilidades.

Este derecho se puede describir y delimitar desde diferentes perspectivas¹⁹:

- a. como un derecho de persona trabajadora a no tener contacto con herramientas digitales relacionadas con la prestación laboral en sus períodos de descanso;
- b. como una obligación empresarial de no comunicarse con el trabajador durante esos períodos, así como de no ejercer ningún tipo de control mediante dispositivos digitales a lo largo de los mismos;
- c. como una obligación de apagado de esos dispositivos más allá del tiempo y lugar de trabajo.

Este derecho consiste, en consecuencia, en la limitación del uso de las tecnologías de información y comunicación fuera del horario de trabajo de tal manera que la persona trabajadora pueda disfrutar con libertad de sus períodos de descanso, sea este el período de descanso diario, sea su tiempo de ocio semanal o sus vacaciones anuales. Hay que contemplar dos vertientes, la autodeterminación del trabajador para no conectarse ni contestar y la imposibilidad, por parte del empresario de imponer sanciones por esta causa²⁰.

diciembre 2018.

¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)).

¹⁸ C. SERRANO FALCÓN, *La carta de derechos digitales en España*, en *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 2021, n. 2, p. 462.

¹⁹ M.G. QUINTERO LIMA, *El derecho a la desconexión digital desde una necesaria perspectiva de género*, en F. TRUJILLO PONS, D. TOSCANI GIMÉNEZ (dirs.), *La desconexión digital en el trabajo*, Aranzadi, 2020, p. 208.

²⁰ G. LÓPEZ DE LA FUENTE, *La doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos*

El derecho a la desconexión digital se encuentra actualmente regulado en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales., así como en las disposiciones finales decimotercera y decimocuarta (que añaden el nuevo artículo al Estatuto de los Trabajadores, el 20 bis, y una nueva letra, la letra j bis al artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, respectivamente).

Mediante el art. 88.1 de la LOPDGDD, se reconoce a trabajadores y los empleados públicos el derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. En este sentido, se establece que habrá flexibilidad horaria, pero que empresario y trabajadores pueden negociar la fijación de unos tiempos de disponibilidad obligatoria.

Además, se deberá mantener el registro de la jornada de manera preceptiva por parte de la empresa. El horario, que debe constar en el acuerdo, puede ser alterado por la persona trabajadora, dentro de los límites fijados por las partes, por ejemplo, en relación con una franja horaria indisponible.

El segundo apartado aborda la cuestión de las formas de ejercer el derecho a la desconexión, que deberán atender a «la naturaleza y objeto de la relación laboral», y que tendrán que ir de la mano con el derecho a la conciliación con la vida personal y familiar. La negociación colectiva podrá tratar las cuestiones que tengan que ver con este derecho o, si no la hubiera, podrá existir acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores a este respecto.

El 88.3 determina que el empleador habrá de elaborar una política interna (con participación de la representación legal de los trabajadores) sobre las formas de ejercer el derecho a la desconexión y las acciones que se lleven a cabo sobre la formación y sensibilización de los trabajadores en lo que respecta a hacer un uso razonable de las herramientas tecnológicas, para evitar la fatiga informática.

En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Del contenido de este artículo deducimos la necesidad de respetar este

Humanos sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿el fin de una eterna cuestión?, en *Revista de Estudios Europeos*, 2017, n. 69, pp. 6-7.

derecho como medida de conciliación, a través de la elaboración (negociada con los trabajadores) de políticas concretas, la obligatoriedad de establecer un registro de jornada, la vinculación de un exceso en el uso de herramientas tecnológicas con la prevención de riesgos laborales y, por fin, la realización de trabajo a distancia vinculado a herramientas tecnológicas (es decir, el llamado teletrabajo).

Veamos, pues, con mayor profundidad, cada uno de estos aspectos, centrándonos de manera especial en los aspectos preventivos que, por otra parte, están presentes en todas las demás finalidades.

2. Desconexión digital y conciliación del trabajo con la vida personal y familiar

El vínculo entre el derecho a la desconexión digital y la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar lo encontramos en la búsqueda del “trabajo decente”, uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible²¹ adoptados por la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015, durante la Cumbre celebrada en Nueva York.

Se ha definido el derecho al trabajo decente como «derecho al trabajo de un determinado modo y en determinadas condiciones: en un trabajo de calidad, donde deben quedar respetados los valores de salud, seguridad y dignidad de la persona que trabaja; es decir, el conjunto de los derechos sociales y fundamentales en general del trabajador subordinado». Esta búsqueda del trabajo decente debe permitir, entre otras cosas, una jornada laboral digna, sin excesos impuestos ya sea de forma directa o indirecta, y que permita la conciliación del trabajo con la vida familiar y personal²².

El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación introdujo una modificación del ET que, desde entonces, reconoce a la persona trabajadora, en su artículo 34.8, para la conciliación de su vida familiar con la prestación de trabajo, un derecho a

²¹ En concreto el Objetivo 8, *Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*.

²² No olvidemos, en este punto, y en referencia a las Naciones Unidas, que el art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ya establecía que «toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas». En el ámbito de la Unión Europea, este derecho está reconocido también a través del § 2 del art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE fija el derecho de todo trabajador a «la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas».

la adaptación de jornada de contenido mucho más amplio, al establecer un derecho a solicitar adaptaciones de jornada, en los siguientes términos:

las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Esto concede al trabajador amplias posibilidades de adaptación de su jornada de trabajo, incluso afectando al modo de la prestación laboral (se puede solicitar el trabajo a distancia), y esa solicitud, si concurren los términos de este artículo, es decir, se realiza en los términos pactados por la negociación colectiva o, en defecto de pacto, tras proceso de negociación con la persona trabajadora (que se extenderá por un periodo máximo de 30 días) será contestada por la empresa «por escrito», comunicando la «aceptación de la petición», planteando una «propuesta alternativa» que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestando «negativa a su ejercicio».

En este último caso, «se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión». La empresa, en fin, solamente se podrá negar si concurren razones objetivas, razones que la propia empresa deberá explicar²³.

En este contexto, la utilización de nuevas tecnologías facilitaría, sin duda, esta conciliación, «permitiendo a la persona trabajadora que, por sí misma, dentro exclusivamente de las horas de jornada ordinaria, establezca los tiempos de trabajo efectivo y de descanso, en atención a sus necesidades privadas y familiares y en beneficio de su salud física y mental»²⁴.

Por otra parte, también podría servir para lo contrario y el empresario podría ceder a la tentación, en estos casos, de seguir manteniendo a la persona trabajadora conectada en todo momento, aun a pesar de haber reducido o adaptado su jornada o de haber solicitado el trabajo en su domicilio. Por eso es tan importante regular este derecho de desconexión en relación con las necesidades de conciliación de las personas trabajadoras.

²³ Sobre los términos de esa negativa, vid. C. VIQUEIRA PÉREZ, *Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)*, en *Revista De Jurisprudencia Laboral*, 2021, n. 4.

²⁴ B. TORRES GARCÍA, *Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica*, en *esta Revista*, 2020, n. 1, p. 246.

Además, esta falta de concreción del derecho puede incidir en la desigualdad, suponiendo un notable retroceso en los avances en materia de corresponsabilidad entre mujeres y hombres en tareas de atención del hogar y de cuidado de los familiares²⁵.

Se trata de aprovechar las ventajas de la utilización de las nuevas tecnologías, desde el punto de vista de la consecución de un trabajo decente, aprovechando sus ventajas, y legislando para evitar sus inconvenientes. De manera especial, tratar de evitar el riesgo de exclusión social de aquellas personas que no puedan valerse, por razones geográficas, económicas, sociales o de formación, de esas tecnologías²⁶.

3. La desconexión en el teletrabajo

Como expresa la OIT, en el Documento temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones y financieros,

El teletrabajo puede aportar numerosos beneficios laborales y sociales. Los beneficios para los trabajadores pueden ser, un mejor equilibrio entre la vida laboral y la vida privada; obtención de ahorros gracias a la reducción de los gastos derivados de necesidades tales como un vehículo, el aparcamiento o el transporte público, la ropa de trabajo, los alimentos y los seguros; la reducción en el tiempo de desplazamiento; así como otros ahorros considerables por no tener que hacer diariamente el trayecto del domicilio al lugar de trabajo y viceversa²⁷.

De la misma forma, en el citado documento de la OIT y en el mismo punto, se expresan también inconvenientes, de la siguiente manera:

a menudo los teletrabajadores, al no poder acogerse a ningún convenio colectivo que proteja sus derechos, están expuestos a numerosos riesgos, entre otros, la pérdida de autonomía cuando los empleadores tratan de

²⁵ A. SELMA PENALVA, *Desconexión digital: protocolo de actuación*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2022, n. 59, p. 11.

²⁶ M. BARRENETXEA AYESTA, A. CARDONA RODRÍGUEZ, *La brecha digital como fuente de nuevas desigualdades en el mercado de trabajo*, en *Economistas*, 2003, n. 95, p. 119.

²⁷ OIT, *Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros*, Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros, 2016, § 51.

aplicar nuevas modalidades de supervisión del trabajo; una creciente sensación de aislamiento y otros problemas de orden psicosocial; la falta de protección de las condiciones de trabajo debido a que no se realizan inspecciones del trabajo; y, en el caso de las mujeres que trabajan a domicilio, el riesgo de afrontar una doble carga de trabajo al tener que compaginar su actividad profesional con las responsabilidades familiares.

Sin embargo, el teletrabajo era una herramienta muy escasamente utilizada hasta el confinamiento que, a partir de marzo de 2020, tuvo lugar en España (y prácticamente en todo el mundo) a raíz de la pandemia por Covid-19, lo que llevó a adaptar rápidamente las diferentes legislaciones.

En nuestro país, en la primera de las baterías de medidas publicadas con carácter de urgencia tras el establecimiento del Estado de Alarma, ya se manifestaba la necesidad de priorizar el trabajo a distancia²⁸.

La necesidad detectada entonces de regular este tipo de prestación de la relación laboral dio lugar al Real Decreto ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, posteriormente convertido en Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que es la regulación actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

La Carta de Derechos Digitales publicada en julio de 2021, se refiere ya de forma expresa al teletrabajo como una forma de prestación que se ha de fomentar para facilitar la conciliación del trabajo y la vida personal y familiar, pero también como un medio donde es necesario garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores.

Esto es así porque, por lo que se refiere al tema que aquí nos ocupa, los cambios recientes en el panorama laboral en relación con la flexibilización del horario y el teletrabajo, sin negar estos aspectos positivos, han llevado a difuminar la frontera entre la vida privada y profesional, trazando entre ambas una línea cada vez más fina.

Para garantizar la separación efectiva entre el tiempo laboral y el tiempo personal que asegure a su vez este derecho a la desconexión, resulta necesario que el horario de la persona trabajadora a distancia esté específica y claramente identificado en el acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio del derecho a la alteración de este que, con los límites y condiciones establecidos en dicho acuerdo, corresponde a la persona trabajadora. Así, la STSJ Castilla y León de 3 de febrero de 2016, estimó que las empresas que utilizan TIC o teletrabajo deben disponer de políticas de gestión del tiempo, tal como procedimientos de conexión, medios de control y registros de jornada, para afrontar posibles reclamaciones sobre excesos de jornada,

²⁸ RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, art. 5.

seguridad y salud laboral.

En este sentido, se establece que habrá flexibilidad horaria, pero que empresario y trabajadores pueden negociar la fijación de unos tiempos de disponibilidad obligatoria. Además, se deberá mantener el registro de la jornada de manera obligatoria por parte de la empresa. El horario, que debe constar en el acuerdo, puede ser alterado por la persona trabajadora, dentro de los límites fijados por las partes, por ejemplo, en relación con una franja horaria indisponible.

El trabajo a distancia está regulado en el artículo 13 del ET, que fue modificado por la disposición final 3.1 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a distancia, de manera que, en su regulación, se remite a ésta, en los siguientes términos: «Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia».

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia establece tres formas de relación laboral entre empresa y trabajador, en función del lugar de prestación de la actividad:

- trabajo a distancia, que es la actividad laboral regular desde el domicilio o el lugar elegido por el trabajador;
- teletrabajo, que es el trabajo a distancia realizado exclusivamente o de manera prevalente por medios y sistemas informáticos o telemáticos;
- trabajo presencial, el que se presta en el centro de trabajo o en el lugar que elija la empresa.

Los trabajadores a distancia tienen los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial.

El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en esta Ley, que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, siempre por escrito. Además, La decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora.

Además, la empresa deberá sufragar o compensar el desarrollo del trabajo a distancia y «no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral, según se fijen en el inventario del acuerdo escrito». Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos.

Sin perjuicio de las obligaciones fijadas por negociación colectiva, el

acuerdo debe contener, al menos (art. 7 de la ley de trabajo a distancia):

- a. inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos;
- b. enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación;
- c. horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad;
- d. porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso;
- e. centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial;
- f. lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia;
- g. duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso;
- h. medios de control empresarial de la actividad;
- i. procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia;
- j. instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia;
- k. instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia;
- l. duración del acuerdo de trabajo a distancia.

Es evidente que las personas trabajadoras que optan por esta modalidad se encuentran más expuestas a las vulneraciones de su derecho de desconexión, dado que, a diferencia de los trabajadores que permanecen en un centro de trabajo y que, al terminar su jornada, normalmente dejan los dispositivos electrónicos de la empresa en su lugar de trabajo (y aunque el mayor peligro procede de aquellas herramientas personales pero que también se pueden emplear para fines laborales), a los teletrabajadores se

les facilitan los medios tecnológicos para realizar su actividad, lo que puede llevar a la tentación, por parte del empresario, a mantener una disponibilidad permanente²⁹. Por este motivo, están especialmente protegidos.

Obviamente, el hecho de que el empleador ponga a disposición de las personas trabajadoras las herramientas tecnológicas, no le concede el derecho a mantenerlas permanentemente en conexión. Aún mayores cautelas se deberán observar si los dispositivos pertenecen al trabajador y no son, en principio, adquiridas expresamente para la utilización en la prestación laboral, especialmente fuera del tiempo de trabajo.

La Ley de trabajo a distancia, en cuanto al derecho a la desconexión (que regula en sus los artículos 17 y 18, junto con el derecho a la protección de datos de estos trabajadores) remite directamente a la LOPDGDD que, en el citado artículo 88.3, se refiere de forma expresa a este régimen laboral, al establecer que «en particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas».

Proscribe este artículo, por tanto, la imposición a los trabajadores de cualquier obligación de conectarse en remoto para ejecutar tareas relacionadas con el trabajo dentro de sus tiempos de descanso, como principio y garantía de mínimos, que ha de respetar cualquier acuerdo producto de la negociación colectiva, a la que se remite.

No obstante, ello no excluye, como expresa la STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2020, que la empresa «pueda imponer la realización de actividades laborales fuera del horario ordinario, que puedan tener el carácter obligatorio [...]. Estas actividades laborales, que computan como tiempo de trabajo, pueden ser presenciales o a distancia, pero ello no altera su naturaleza» (de actividades laborales)³⁰.

²⁹ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español*, en *Revista de Derecho*, 2020, n. especial, p. 261.

³⁰ Enjuicia esta sentencia el caso de una sanción (de tres días de suspensión de empleo y sueldo, conforme con el Estatuto del empleado público, por desobediencia) a un trabajador (controlador aéreo) por no completar a tiempo un curso de formación a distancia, que se podía completar en cualquier momento, pero sin modificar sus cuadrantes de trabajo presencial. Se da la circunstancia de que el tiempo empleado por el trabajador en la realización del curso (que se cifraba en dos horas, y que era preceptivo para la realización de su trabajo, de acuerdo con la normativa europea), a pesar de ser formación online, se retribuía por la empresa. Se trata, en definitiva, de enjuiciar si la orden de realizar este curso online vulnera o no el derecho al descanso del trabajador (y su derecho a la desconexión digital). Entiende la Sala que no afecta al derecho a la desconexión digital la realización de un curso retribuido, aunque se realice fuera de la jornada laboral habitual, porque no

Esta remisión expresa de la ley de trabajo a distancia a la LOPDGDD se realiza también respecto del derecho a la intimidad y protección de datos de los teletrabajadores. Así, en el artículo 17.1, la ley de trabajo a distancia dispone que «La utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados».

A tal efecto, sigue regulando este artículo, se realizan dos mandatos expresos a las empresas: el primero, de carácter negativo, de manera que «La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia» y el segundo, de carácter positivo, obligando a las empresas a «establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente». Deberán, además, elaborarlos dando participación a «la representación legal de las personas trabajadoras».

Por lo demás, la ley se remite a la negociación colectiva (convenios y acuerdos), como el instrumento idóneo para «especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia».

En cuanto al derecho a la conciliación, y además de la remisión a la LOPDGDD a la hora de reconocer el derecho en el artículo 18.1 («Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre») la ley regula también algunos aspectos respecto del disfrute de este derecho por los trabajadores a distancia, particularmente los

estamos aquí ante tiempo de descanso, sino ante tiempo de trabajo, que, si es fuera de tiempo de trabajo ordinario, se tratará de horas extraordinarias, que solamente serán obligatorias si hay acuerdo individual o colectivo al respecto). Pero eso sitúa el debate jurídico, en otros términos, no en los de los derechos al descanso, desconexión o intimidad. No parece, en todo caso, que dos horas de curso con varios meses de plazo para realizarlo, suponga una vulneración de esos derechos, concluye el Tribunal.

teletrabajadores, en términos similares a los que utiliza para el derecho a la protección de datos, es decir, mediante una limitación del uso de las herramientas y dispositivos digitales: «El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables», es decir, un deber de abstención al empresario de utilizar estos medios de manera abusiva, y de respetar los límites de jornada, a lo que se une un deber de hacer, el de elaborar «una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas». Para la elaboración de esta política se habrá de dar participación a los representantes de los trabajadores.

En relación con este derecho a desconexión digital, la *Guía sobre el Registro de Jornada* del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, establece que «en relación con los modos de organización del trabajo que se basan en fórmulas de flexibilidad del tiempo de trabajo y de distribución irregular de la jornada, incluido el trabajo a distancia o teletrabajo y horarios flexibles del trabajador, dentro siempre de los límites legales y convencionales aplicables, el registro diario de jornada ni obsta su operatividad ni constituye impedimento alguno a su continuidad o ampliación, considerándose un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo».

La empresa, en estos casos, puede establecer fórmulas que permitan registrar entrada y salida de los trabajadores, como la monitorización de los dispositivos electrónicos, el acceso y permanencia en plataformas o en escritorio remoto, entre otras³¹.

Por fin, se realiza también una remisión a la negociación colectiva para que, en ella, se establezcan «los medios y medidas adecuadas para garantizar

³¹ J.A. MARCOS HERRERO, *La protección de datos personales de los empleados en el registro de la jornada y los denominados "derechos digitales"*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2019, n. 11, p. 62.

el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso».

4. La desconexión como medida de prevención de riesgos laborales

Hemos visto como el debate sobre la desconexión digital ha venido girando, en España, en torno al derecho al descanso y a la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar. Es evidente que la desconexión digital contribuye al ejercicio de ese derecho al descanso y facilita la conciliación.

Pero no es menos cierto que este desdibujamiento de las líneas que separan la vida personal y la laboral del trabajador conlleva importantes riesgos para la salud del trabajador, no solo por lo que se refiere a los riesgos físicos asociados al uso continuado de un dispositivo tecnológico sino sobre todo riesgos psicosociales³².

Los avances tecnológicos nos llevan a una sociedad hiperconectada, que implica la posibilidad de recibir un correo en cualquier momento del día, y que, además, aquel que lo envía espera inmediata contestación.

Las nuevas tecnologías, gestionadas de modo inadecuado, pueden facilitar modelos productivos que generan ambientes laborales tóxicos. Así, recuerda Miñarro Yanini el caso, un tanto olvidado (desgraciadamente) de France Telecom, empresa en la que, después de la implantación de un modelo intensivo automatizado, que dio lugar a la supresión de algunos puestos de trabajo, una mayor inestabilidad laboral y una estrategia empresarial muy agresiva en cuanto a la consecución de objetivos complejos se vio afectada por un número elevado de suicidios y de casos de depresión grave³³. Finalmente, ello resultó, a finales de 2019, en una condena a tres directivos por acoso moral, además de la asunción de

³² Podemos definir factores psicosociales, de acuerdo con López Núñez, como «aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que tienen capacidad para afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo. Los factores psicosociales pueden ser positivos o negativos» (M.I. LÓPEZ NÚÑEZ, *Riesgos psicosociales emergentes: el conflicto trabajo-familia*, en M. CORREA CARRASCO, M.G. QUINTERO LIMA (coords.), *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)*, Universidad Carlos III de Madrid, 2020, p. 145).

³³ M. MIÑARRO YANINI, *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de Prevención*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 119, p. 16.

elevadas multas e indemnizaciones³⁴.

Esta conexión permanente genera la llamada fatiga informática o tecnológica, como resultado del desgaste que conlleva la constante conexión a los problemas y tareas que derivan de las obligaciones laborales, que se van convirtiendo, cada vez más, en obligaciones personales.

Esta sobrecarga de tareas, con su evidente efecto en el aumento del estrés, puede generar casos de *burnout* (estrés crónico que, en este caso, puede derivar sede la incapacidad para desconectar del trabajo)³⁵, e incluso daños psíquicos o enfermedades mentales y situaciones de depresión, y se traslada a las relaciones familiares, siendo fuente de conflictos mucho más allá de lo laboral. Además, esta extensión de las jornadas laborales en tiempo y en espacio impide la recuperación de la persona trabajadora, tanto física como psíquica. Es decir, ni descansa ni desconecta. La conexión permanente a través de estos dispositivos telemáticos es, pues, un importante factor estresor. Esta situación, por tanto, puede suponer importantes riesgos para la salud de los trabajadores, especialmente, riesgos psicosociales como el tecnoestrés³⁶.

La primera definición del término “tecnoestrés” data de 1984, a cargo del norteamericano Craig Brod, en su obra *Technostress. The Human Cost of the Computer Revolution*, lo describe como «una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable». Es decir, está referido a los problemas de adaptación, como importante factor estresor³⁷.

El tecnoestrés es el resultado de una vida sedentaria en la que los trabajadores realizan poca actividad física, en algunos casos combinada con asignaciones de trabajo demasiado ambiciosas y la incertidumbre del empleado sobre su desempeño, lo que lleva a la ansiedad, el estrés, la

³⁴ Vid. E. VAL, [Condenas de cárcel a exdirectivos de France Telecom por “acoso moral”](https://www.lavanguardia.com), en www.lavanguardia.com, 21 diciembre 2019.

³⁵ También llamado “desgaste emocional”, enfermedad incluida dentro de la guía de enfermedades asociadas al trabajo, por la Asamblea de la OMS, celebrada el día 25 de mayo de 2019, entrando en vigor el 1 de enero de 2022 en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11), con el código QD85, como «síndrome conceptualizado como resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se gestionó con éxito».

³⁶ R. AGUILERA IZQUIERDO, R. CRISTÓBAL RONCERO, *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica*, en AA.VV., *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Palacio de Zurbano, 28 de marzo de 2017*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, vol. II, p. 334.

³⁷ Vid. C. BROD, *Technostress. The Human Cost of the Computer Revolution*, Addison-Wesley, 1984 (citado por M. SALANOVA SORIA, *Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia*, en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 2003, n. 3, p. 229).

agitación, el pánico o la depresión, generando situaciones como las llamadas tecnofobia, tecnoansiedad, o incluso adicciones a la tecnología, desencadenando, en algunos casos, trastornos obsesivo-compulsivos³⁸.

Muchas veces, las asignaciones de tareas, además, pueden ser irregulares e intermitentes en el tiempo, lo que aumenta la inestabilidad de los empleados y reduce su motivación.

Como se puede apreciar, los riesgos derivados de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral son normalmente psicosociales, como *burnout*, tecnoestrés, fatiga digital o violencia en el trabajo. Pero ello no excluye la existencia, también, de riesgos higiénicos, como aumento de la miopía, degeneración macular, vista cansada crónica o daños cervicales³⁹. Incluso casos más graves como un desprendimiento de retina sufrido por una trabajadora delante de su pantalla (reconocida como lesión producida en lugar y tiempo de trabajo por la STS de 21 de junio de 2018).

A ellas se le podrían añadir patologías que, de alguna manera, son novedosas, como la reconocida por la STSJ Madrid de 6 de julio de 2016, que concede la incapacidad permanente total a un ingeniero de telecomunicaciones por electrohipersensibilidad a las ondas *wi-fi*, que le ocasionaba diferentes dolencias intestinales, estomacales e incluso cambios en su personalidad.

Además, el uso abusivo o excesivo de dispositivos digitales está directamente relacionado con el insomnio u otros trastornos del sueño. Todo ello sin entrar en otros riesgos como la violencia y el acoso digital, que se puede dar tanto dentro como fuera de la jornada de trabajo. Este riesgo no se contempla en la LOPDGDD, pero sí en el Convenio 190 de la OIT (ratificado por España mediante instrumento de adhesión publicado en el *BOE* de 16 de junio de 2023), así como, por lo que se refiere a la violencia contra la mujer, en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (particularmente en su artículo 12)⁴⁰.

Partiendo del conocido concepto de salud como «estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades», de la OMS la salud no es solamente física, también los aspectos psicológicos y sociales repercuten en la misma⁴¹.

De acuerdo con el artículo 14.2 de nuestra Ley 31/95 de 8 de

³⁸ Vid. R. TASCÓN LÓPEZ, *El derecho a la desconexión del trabajador*, en *Trabajo y Derecho*, 2018, n. 41, p. 52.

³⁹ M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ Que, entre otras cosas, dispone la inclusión en la evaluación de riesgos del riesgo de violencia sexual en todos aquellos puestos eventualmente ocupados por mujeres.

⁴¹ Preámbulo de la Constitución de la OMS, *Conferencia Sanitaria Internacional*, Nueva York, 22 julio 1946.

noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el empresario tiene con el trabajador una deuda de seguridad, es decir, es responsable, en virtud de su deber de protección, de «garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo». Esa deuda de seguridad, en consecuencia, ha de partir de este concepto de salud en su aspecto integral, es decir, ha de contemplar los aspectos físico, mental y social de sus empleados.

Para ello, «realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores», desarrollando, asimismo, «una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo».

Entre estas modificaciones podría estar la incorporación de nuevas tecnologías, herramientas o dispositivos, o sistemas de trabajo que puedan suponer la extensión de las obligaciones fuera del lugar y tiempo de trabajo.

En este contexto, hay que tener que cuenta que, en el actual entorno laboral, y cada vez más, determinadas condiciones de trabajo relacionadas con los factores psicosociales, debido a la incertidumbre laboral y cambios en el uso de la tecnología, están teniendo un impacto significativo en aspectos como la carga de trabajo, el tiempo de trabajo, y la organización del trabajo.

El abuso de las nuevas tecnologías puede llevar a un aumento en la monotonía, una reducción en la participación en la toma de decisiones, y una carga laboral elevada. Puede traer consigo, además, una reducción de la privacidad y la autonomía de la persona trabajadora, un excesivo control o una desaparición de las fronteras entre la vida laboral y personal, de forma que la vida laboral inunde tanto la vida personal, como familiar o social⁴².

Por ello, estos riesgos (fundamentalmente riesgos psicosociales) a los que puedan ser expuestos los trabajadores por efecto de la utilización de estos medios tecnológicos, deberán estar convenientemente identificados (delimitados puestos, funciones y tareas que requieran un uso intensivo de nuevas tecnologías o elevados tiempos de conexión) y, si no se pueden evitar, evaluados.

⁴² I. WILLIAMS JIMÉNEZ, *El contexto cambiante de los riesgos psicosociales. Riesgos emergentes y el impacto de la tecnología*, en M. CORREA CARRASCO, M.G. QUINTERO LIMA (coords.), *op. cit.*

En el caso de la desconexión digital, la empresa debe tener presente que las dificultades para desconectar digitalmente del trabajo, que ya no es solamente el tener que trabajar fuera de horas, sino también la disponibilidad. El que el trabajador tenga que dedicar parte de su atención a los asuntos laborales, aunque no tenga que trabajar de manera efectiva, puede contribuir a generar estrés y empeorar la salud general de los trabajadores⁴³.

Además, si de esta evaluación resulta la existencia de esos riesgos y en función de su probabilidad de ocurrencia y de la gravedad de sus consecuencias han de derivar, y estar convenientemente planificadas, las correspondientes medidas preventivas que, obviamente, podrían pasar por una regulación adecuada del derecho de desconexión⁴⁴.

Como riesgos laborales que son, en su prevención hay que aplicar los principios de la acción preventiva (art. 15 LPRL), particularmente, «adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual» (art.15.1.b LPRL). Lo que implica ir más allá de la responsabilidad individual y establecer mecanismos de protección colectiva, lo que solamente puede hacer la empresa⁴⁵.

Para ello, no basta con que el empresario mantenga una actitud pasiva, en el sentido de permitir a los trabajadores la desconexión, sino que se debe traducir en acciones positivas por parte del empresario que, realmente, limiten o impidan de forma eficaz la desconexión del trabajador. En este sentido, algún autor habla de “error de enfoque” de nuestro legislador al regularla como derecho de las personas trabajadoras, y no como deber empresarial⁴⁶.

Este enfoque conlleva un importante riesgo de que, en la práctica, el derecho resulte ineficaz, porque los trabajadores no se atrevan a reclamar o a “desobedecer” al empresario, no contestando cuando les localice fuera de su horario laboral.

Por eso, en este ámbito, no hay que olvidar que el incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones en materia preventiva puede hacerle incurrir en múltiples y graves responsabilidades. De acuerdo con el artículo 42.1 LPRL, «El incumplimiento por los empresarios de sus

⁴³ F. TRUJILLO PONS, *Unos apuntes a cuenta de las patologías laborales propias de la presente era digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2022, n. 97, p. 198.

⁴⁴ *Vid.* NTP 1123/2018, *Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, que incluye un listado – no exhaustivo, pero amplio – de medidas preventivas que podrían de ser aplicadas.

⁴⁵ M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁶ E.E. TALÉNS VISCONTI, *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2019, n. 17, p. 158.

obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento».

En este sentido, ha manifestado nuestro TS que «el empleador tiene la responsabilidad que le obliga a cumplir y garantizar la seguridad de los trabajadores, eximiéndose solo acreditando y probando, que obró con la diligencia debida, la exigible, más allá de la mera obligación reglamentaria»⁴⁷.

Por su parte, el TJUE, en su sentencia de 7 de septiembre de 2006⁴⁸, ha manifestado que el reconocimiento del derecho al descanso sólo es efectivo si el empresario tiene encomendado velar por el efectivo disfrute por parte del trabajador. No es que tenga que obligar a sus trabajadores a utilizar efectivamente los períodos de descanso que les corresponden, pero sí ha de hacer lo necesario para que los empleados se encuentren efectivamente en condiciones de ejercer tal derecho⁴⁹.

En resumen, como ha escrito Sánchez Trigueros, «no puede hacerse recaer exclusivamente sobre el trabajador la carga de no conectarse»⁵⁰. El empresario tiene la condición de garante y responsable de la seguridad y salud de los trabajadores a su cargo, por lo que habrá de ejercer su poder de dirección y control para evitar que los trabajadores hagan uso de los medios tecnológicos de la empresa para estar conectados fuera de las horas de trabajo, salvo en situaciones excepcionales o emergencias.

De hecho, y para evitar, más allá de las obligaciones impuestas por el empresario, que el trabajador se deje llevar por la cultura de la conexión permanente y, pese a todo, se sienta obligado o, simplemente, sea incapaz de desconectar, el artículo 88 LOPDGDD, como se ha visto, en el contenido de la política interna que se ha de desarrollar con participación de los representantes de los trabajadores, hace referencia expresa al diseño y puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización de los trabajadores con respecto al uso razonable de las herramientas tecnológicas.

Parece lógico pensar que esa política y esas medidas se han de vincular directamente con la prevención de riesgos laborales, toda vez que el precepto hace referencia expresa a la finalidad de las mismas, que no es otra que «prevenir la fatiga informática».

En este sentido, podría, en lugar de elaborar una política específica,

⁴⁷ STS 30 marzo 2007 (RJ 2007, 1613).

⁴⁸ Asunto C-484/04, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*.

⁴⁹ C. SAN MARTÍN MAZZUCONI, *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2021, n. 148, p. 340.

⁵⁰ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 271.

revisar la política de prevención de riesgos, de manera que, una vez incorporados los riesgos planteados por las nuevas tecnologías, se adopten medidas que incluyan aspectos relacionados con el derecho a la desconexión.

El Criterio Técnico 104/2021 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, señala que la omisión de las medidas de protección y garantía del derecho a la intimidad y desconexión del artículo 88.3 LOPDGDD, en particular la falta de una política interna dirigida a los trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, estaría tipificada dentro del artículo 7.10 TRLISOS como infracción grave por incumplimiento del artículo 4.2.e ET, referido al derecho de las personas trabajadoras a la intimidad.

Asimismo, y respecto de las acciones formativas y de sensibilización, sería necesario como defienden varios autores, que, en primer término, contemplen la perspectiva de protección de la salud laboral, incluso por encima de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar (aspecto que, en todo caso, estaría relacionado con la salud entendida como estado de bienestar físico, psíquico y social, toda vez que el llamado “conflicto trabajo-familia”, en sí mismo, está considerado como un riesgo psicosocial)⁵¹.

Por fin, no podemos olvidar que, como ha expresado Trujillo Pons, las conductas de empresarios, directivos o mandos intermedios que sean gravemente invasivas de la privacidad y contrarias a la desconexión digital podría llegar a ser constitutivas de acoso. Acciones como correos electrónicos indiscriminados, videoconferencias, mensajes de texto y notas de voz pueden esconder un hostigamiento, estas conductas podrían, en esos casos, acarrear, de acuerdo con nuestro Código Penal, penas de prisión o de multa por delitos de acoso (art. 173 CP)⁵².

Se ha hablado, en este sentido, de una modalidad de acoso, el ciberacoso o *network mobbing*, frente al que el trabajador podría bien solicitar la rescisión de contrato por incumplimiento grave del empresario (extinción indemnizada del artículo 50 ET), acompañada eventualmente de una

⁵¹ Por todos, G.L. BARRIOS GAUDOR, *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, n. 1, p. 9., y A.B. MUÑOZ RUIZ, *El derecho a la desconexión laboral: un derecho estrechamente vinculado con la Prevención de Riesgos Laborales*, en M. CORREA CARRASCO, M.G. QUINTERO LIMA (coords.), *op. cit.*, p. 124.

⁵² F. TRUJILLO PONS, *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 293.

indemnización por daños morales. o solicitar el cese inmediato de la conducta a través del procedimiento de violación de. Derechos Fundamentales del art. 181 de la Ley de Jurisdicción Social⁵³.

5. Instrumentos para la regulación del derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras

La configuración de este derecho en nuestro ordenamiento no acompaña su proclamación con el establecimiento de medidas concretas dirigidas a garantizar su cumplimiento o, a establecer límites empresariales para su ejercicio. Tiene, en consecuencia, un carácter reactivo que solamente se activa cuando el trabajador decide ejercerlo, muchas veces a través de una judicialización que desanima en muchas ocasiones. En definitiva, no se trata de una protección preventiva, sino de un reconocimiento⁵⁴.

Establecer un contenido mínimo legal sería imprescindible para garantizar su eficacia en la práctica⁵⁵. En este sentido, El contenido de la LO 3/2018 reserva un papel especial a la representación de los trabajadores y a la negociación colectiva en relación con el derecho a la desconexión digital. Otorga, en primer lugar, un papel preponderante a la negociación colectiva, refiriéndose a la posibilidad de establecer garantías adicionales en el ejercicio y salvaguarda de los derechos digitales en el ámbito laboral⁵⁶. Además, y para la elaboración de la política y el protocolo interno, el empresario deberá dar audiencia a la representación de los trabajadores que, en caso de que la negociación colectiva no establezca nada al respecto, habrá de llegar a un acuerdo con la empresa respecto de las modalidades de ejercicio de este derecho a la desconexión. Se establecen, por tanto, dos planos de actuación, la negociación colectiva, que establece las directrices y armoniza, y la política y protocolos internos de las empresas, que adapta estas directrices a la realidad concreta de cada empresa.

No todas las actividades laborales son iguales, por lo que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para concretar los límites en cuanto a control de la actividad y, especialmente, derecho de desconexión, pues cada sector (y, en ocasiones, incluso cada empresa) tiene peculiaridades que lo

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones acerca de su calificación como derecho y su instrumentación*, en *Revista d'Internet, Dret i Política*, 2020, n. 31, p. 4.

⁵⁵ N. RECHE TELLO, *La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad*, en *IUSLabor*, 2019, n. 3, p. 50.

⁵⁶ D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, p. 7.

diferencian de los demás, y por ello, no sería equitativo aplicar unos mismos criterios para todos los puestos de trabajo⁵⁷.

Ciertamente, la Ley ha querido referirse expresamente a la negociación colectiva como medio idóneo para desarrollar estos derechos y sus garantías, puesto que no es necesaria una autorización legal expresa para que un convenio entre a mejorar una determinada materia. La referencia expresa al convenio como medio especialmente indicado para regular estos derechos (y adaptarse a otros medios o instrumentos de control que, más adelante, se podrían ir introduciendo), no excluye la posibilidad de regular las condiciones de su ejercicio a través de pactos extraestatutarios, acuerdos informales o el mismo contrato de trabajo (o acuerdo individual posterior).

La función de la negociación colectiva es particularmente importante respecto del derecho de desconexión digital (por ejemplo, para empresas transnacionales que debe estar en conexión con centros ubicados en otros países o continentes, con diferentes husos horarios), hasta el punto de constituirse como el mecanismo principal para el ejercicio de este derecho, y así lo recoge el artículo 88 LOPDGDD como instrumento esencial, junto con los contratos de trabajo, para concretar la aplicación del derecho de acuerdo con el puesto de trabajo y las concretas funciones desempeñadas por el trabajador, delimitando de manera clara o, al menos, tan clara como sea posible, la línea entre las esferas laboral y privada⁵⁸.

Esto no significa que sea obligatorio negociar aspectos relativos a la desconexión digital ni a otros derechos digitales de los trabajadores. De hecho, el artículo relativo al contenido mínimo de los convenios colectivos (art. 85 ET) no se ha modificado para incluir cambios en ese sentido. Tal vez hubiera sido recomendable hacerlo, de tal forma que, solo en caso de que las negociaciones fracasasen, (habiendo negociado de buena fe), el empresario podría elaborar una política interna sobre el derecho a la desconexión digital de forma unilateral.

En todo caso, no hay nada en la LOPDGDD ni en el ET que hagan pensar en que, en defecto de convenio, este derecho no podrá ser ejercitado por los trabajadores. De hecho, implica aspectos de la importancia del descanso o la conciliación, e incluso preventivos, por lo que hay que pensar que es un derecho que se puede alegar por cualquier trabajador al margen de que pueda estar regulado por un convenio colectivo.

En todo caso, la negociación colectiva puede matizar ese ejercicio de acuerdo con la naturaleza y objeto de la relación laboral y las características

⁵⁷ F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸ M.T. IGÁRTUA MIRÓ, *El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 432, p. 76.

de cada sector determinado⁵⁹.

Como ha escrito Sánchez Trigueros, con la actual regulación de los derechos digitales, que prácticamente los enuncia sin entrar en descripción alguna (en particular respecto del derecho a la desconexión digital) resulta bastante criticable que se haya realizado esta remisión a la negociación colectiva sin haber dotado de contenido al derecho, lo que coloca a las personas trabajadoras en una situación de desigualdad (y en riesgo de no poder ejercer el derecho) en los ámbitos en que la representación de los trabajadores no tenga fuerza suficiente. Un desarrollo mínimo habría permitido garantizar unos estándares esenciales del derecho, que podrían haberse constituido sin gran dificultad⁶⁰. El legislador debería atender también aquellos espacios a los que la negociación colectiva no puede llegar, a través de una regulación subsidiaria aplicable ante la posible inexistencia de convenio en un ámbito determinado⁶¹. De manera particular si, además, la empresa carece de representación legal de los trabajadores.

El hecho de que el RGPD y la LOPDGDD se refieran a la posibilidad, mediante negociación colectiva, de “garantizar” la protección de datos personales del trabajador, o establecer “garantías adicionales” se ha querido ver por la doctrina en el sentido de que no cabe, en este ámbito, que la negociación colectiva pueda ampliar las facultades de control por parte del empresario, sino que se limite a ampliar garantías y límites para la tutela de los derechos de los trabajadores⁶².

Por debajo de esta negociación colectiva, el artículo 88.3 de la LO 3/2018 viene determinado por el legislador como una forma de concretar el ejercicio de este derecho, adaptándolo a la concreta realidad de cada empresa, lo que se completa con el diseño de acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que eviten el riesgo de fatiga informática, en un marco ya propio de la prevención de riesgos laborales.

En cuanto al contenido de estos protocolos empresariales, el legislador ha concretado poco, más allá de la referencia a la negociación colectiva para establecer el marco general. Por ello, hemos de considerar que el empleador tiene un importante margen de libertad para cumplir con la obligación legal. No se contempla en la ley la obligatoriedad de llegar a un acuerdo con la representación de los trabajadores, solamente se hace referencia a dar

⁵⁹ Vid. M. SERRANO ARGÜESO, *Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral*, en *IUSLabor*, 2019, n. 2.

⁶⁰ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 270.

⁶¹ J. CRUZ VILLALÓN, *Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 150, pp. 22-23.

⁶² *Ibidem*.

audiencia a la misma.

Por eso, el marco de la prevención de riesgos, si nos parece un instrumento idóneo para establecer la obligatoriedad de recoger determinados contenidos, y la manera de cumplir con las obligaciones preventivas en esta materia.

En todo caso, el derecho a la desconexión digital es un derecho claramente conectado al derecho a la salud y a la deuda de seguridad del empresario, por lo que sería conveniente potenciar el punto de vista preventivo en el cumplimiento de los deberes empresariales y en las garantías para su ejercicio. En este sentido, habría de integrarse dentro de la política interna de la empresa, a través del plan de prevención de riesgos laborales mediante la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva.

En este sentido, además de un derecho del trabajador, supondría la existencia de un correlativo deber para la empresa de protección en prevención de riesgos laborales, que llevaría a regular un deber de abstención en el envío de comunicaciones profesionales a las personas trabajadoras fuera de la jornada laboral, que derivaría del artículo 14 LPRL⁶³. De esta manera, el ejercicio del derecho no recaería exclusivamente en manos del trabajador, y la política empresarial habría de recoger la obligación de los demás de respetarlo. De manera particular en aquellas personas trabajadoras en régimen de teletrabajo en las que, como hemos visto, este derecho resulta más difícil de ejercer (tanto el de desconexión como el de prevención de riesgos) pero, obviamente, siguen plenamente vigentes.

Por lo tanto, la política interna en relación con el derecho a la desconexión podría llevarse a cabo a través de la implantación y aplicación del plan de prevención de riesgos laborales, mediante la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, y las personas trabajadoras tendrían derecho a que la empresa les remita la información que sea precisa en materia de riesgos laborales y de medidas prevención y protección, con la participación de los representantes LPRL), y, además, el empresario garantizará la formación teórica y práctica, adaptada a cada puesto de trabajo.

En todo caso, la política interna de desconexión, habrá de incluir el diseño de la formación, las formas de información y los criterios técnicos materiales de ejercicio del derecho, incluyendo el procedimiento para ejercerlo, los aspectos preventivos en cuanto a planes de formación y

⁶³ 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. 51.

sensibilización sobre el uso “razonable” de la tecnología (así como una concreción de lo que, en la empresa, se va a entender como “uso razonable”).

6. Conclusiones

El artículo 20-*bis* ET era, ciertamente, necesario, pero no concreta de manera suficiente e inequívoca el contenido de los derechos que reconoce. Tal vez el lugar debió haber sido la sección segunda, con los derechos y deberes laborales básicos, y no junto a la dirección y control de la actividad. Asimismo, la remisión a la normativa sobre protección de datos arroja una mayor seguridad jurídica, pero no ayuda a una correcta sistematización de los derechos estrictamente laborales.

Es necesario profundizar en el contenido de los derechos y en su concreción, para disminuir la litigiosidad y para aumentar la seguridad jurídica. La excesiva casuística hace que, en ocasiones, los tribunales tomen decisiones contradictorias en casos, aparentemente, muy similares, lo que no hace sino generar confusión.

La protección de la intimidad por el uso de dispositivos digitales puestos por empleador a disposición del trabajador es mejor y aporta mayores garantías a través de la exigencia de la elaboración de los criterios de uso, de manera especial en relación con los usos privados permitidos y la participación, en su fijación, de la representación de los trabajadores. El deber de información previo a los trabajadores en cuanto a estos criterios de uso es una garantía del respeto al derecho de la intimidad en el trabajo. Aunque se podría haber concretado más respecto de cuáles son los controles permitidos en cuanto a la utilización correcta de los dispositivos informáticos.

El derecho a la desconexión digital es un derecho instrumental, es decir, que permite el disfrute de otros como el derecho al descanso, la conciliación de la vida profesional, personal y familiar (con sus beneficios respecto del derecho de igualdad) y también el derecho a la protección, a través de la prevención de riesgos laborales.

Se deberá estar atento de manera especial a las situaciones de teletrabajo, en las que es más difícil ejercer el derecho a la desconexión, y en las que el derecho a la prevención de riesgos laborales, con sus particularidades, permanece vigente. La aprobación de protocolos e instrumentos al respecto, así como su regulación en los convenios colectivos, ha de ser una herramienta esencial.

Es muy probable que, a pesar de que los trabajadores puedan impugnar

ante la vulneración de este derecho, este no se podrá ejercer sin presiones ni miedos a no ser que se cambie su concepción, entendiéndose más bien como un deber del empresario que como un mero derecho del trabajador a no ser sancionado, prohibiendo o limitando al empresario el efectuar cualquier tipo de comunicación digital, una vez finalizada la jornada de trabajo.

Para hacer efectiva esta nueva concepción, es necesario que se elaboren sanciones detalladas y específicas para estas acciones, a través de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

En particular la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus normas de desarrollo pueden ser herramientas particularmente eficaces para hacer efectiva la desconexión digital, relacionándolo así con otros derechos como el derecho a la salud y, sobre todo, con el deber de seguridad y la responsabilidad del empresario por su incumplimiento.

Olvida el legislador la influencia que esta cuestión puede tener en relación con las enfermedades profesionales provocadas por la sobreexposición al trabajo. En este sentido, hubiera sido deseable que la reforma hubiera modificado también la Ley de Prevención de Riesgos Laborales para reforzar la conexión directa entre ambas materias, aclarando la manera de integrar los protocolos empresariales de desconexión y la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, así como la puesta en práctica de la misma.

Además de una mayor presencia de la negociación colectiva, los convenios colectivos deben reflejar mecanismos de garantía adicionales a los ya enunciados por la normativa, no debiendo conformarse con una simple reiteración de los recogidos con carácter general por la ley. Sería conveniente explotar la potencialidad que permite la redacción del artículo 91 LOPDGDD y convertir a la negociación colectiva en la principal fuente normativa para el establecimiento de dichas garantías.

En todo caso, antes de hacer esta remisión a la negociación colectiva se debió haber dotado de contenido al derecho, pues en otro caso se coloca situación de desigualdad (y en riesgo de no poder ejercer el derecho) a las personas empleadas en los ámbitos en que la representación de los trabajadores no tenga fuerza suficiente.

En definitiva, pese a que la publicación de la LOPDGDD trae consigo indudables mejoras, y es muy bienvenida, la importancia de los derechos en conflicto, la gran casuística y la indeterminación legal de los derechos continúa alimentando una gran litigiosidad. Por ello, sería conveniente ir acomodando la legislación, bien dotando de fuerza de ley (y desarrollando) la carta de derechos digitales, bien elaborando un nuevo Estatuto de los Trabajadores que contemple estos supuestos, bien aprobando normas

específicas que doten de contenido a los derechos digitales y, además, los adapten a las nuevas realidades laborales y a los nuevos adelantos tecnológicos.

7. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO R., CRISTÓBAL RONCERO R. (2017), *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica*, en AA.VV., *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Palacio de Zurbano, 28 de marzo de 2017*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, vol. II
- 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
- BARRENETXEA AYESTA M., CARDONA RODRÍGUEZ A. (2003), *La brecha digital como fuente de nuevas desigualdades en el mercado de trabajo*, en *Economistas*, n. 95, pp. 119-128
- BARRIOS GAUDOR G.L. (2019), *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 1, pp. 1-21
- BOSCH M.J. (dir.) (2020), *Desconexión digital*, Guía Práctica ESE, n. 9
- BROD C. (1984), *Technostress. The Human Cost of the Computer Revolution*, Addison-Wesley
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO (2019), *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT
- CRUZ VILLALÓN J. (2019), *Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos*, en *Temas Laborales*, n. 150, pp. 13-44
- CHARRO BAENA P. (2017), *Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCONI, M.R. REDINHA (dirs.), *Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*, Universidad Rey Juan Carlos
- FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2019), *Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales. Análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 222, pp. 31-76
- GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2020), *La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones acerca de su calificación como derecho y su instrumentación*, en *Revista d'Internet, Dret i Política*, n. 31, pp. 1-13
- IGÁRTUA MIRÓ M.T. (2019), *El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 432, pp. 61-87

- LÓPEZ DE LA FUENTE G. (2020), *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo en los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch
- LÓPEZ DE LA FUENTE G. (2017), *La doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿el fin de una eterna cuestión?*, en *Revista de Estudios Europeos*, n. 69, pp. 5-16
- LÓPEZ NÚÑEZ M.I. (2020), *Riesgos psicosociales emergentes: el conflicto trabajo-familia*, en M. CORREA CARRASCO, M.G. QUINTERO LIMA (coords.), *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)*, Universidad Carlos III de Madrid
- MARCOS HERRERO J.A. (2019), *La protección de datos personales de los empleados en el registro de la jornada y los denominados “derechos digitales”*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 11, pp. 44-69
- MARTÍN JIMÉNEZ R. (2018), *Desconexión digital: un apunte laboral*, en www.legaltoday.com, 14 diciembre
- MELLA MÉNDEZ L. (2016), *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*, en *Trabajo y Derecho*, n. 16, pp. 30-52
- MIÑARRO YANINI M. (2020), *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de Prevención*, en *Documentación Laboral*, n. 119, pp. 15-30
- 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
- MORENO GONZÁLEZ-ALLER I. (2018), *El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica*, en elderecho.com, 17 agosto
- MUÑOZ RUIZ A.B. (2020), *El derecho a la desconexión laboral: un derecho estrechamente vinculado con la Prevención de Riesgos Laborales*, en M. CORREA CARRASCO, M.G. QUINTERO LIMA (coords.), *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)*, Universidad Carlos III de Madrid
- OIT (2016), *Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros*, Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros
- OIT (2015), *Memoria del Director General. Informe I. La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015

- PURCALLA BONILLA M. (2018), *Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas*, en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 5, pp. 95-110
- QUINTERO LIMA M.G. (2020), *El derecho a la desconexión digital desde una necesaria perspectiva de género*, en F. TRUJILLO PONS, D. TOSCANI GIMÉNEZ (dirs.), *La desconexión digital en el trabajo*, Aranzadi
- RECHE TELLO N. (2019), *La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad*, en *IUSLabor*, n. 3, pp. 31-54
- SALANOVA SORIA M. (2003), *Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia*, en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, n. 3, pp. 225-246
- SAN MARTÍN MAZZUCONI C. (2021), *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 148, pp. 325-350
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (2020), *Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español*, en *Revista de Derecho*, n. especial, pp. 247-275
- SELMA PENALVA A. (2022), *Desconexión digital: protocolo de actuación*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 59, pp. 1-24
- SERRANO ARGÜESO M. (2019), *Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral*, en *IUSLabor*, n. 2, pp. 8-31
- SERRANO FALCÓN C. (2021), *La carta de derechos digitales en España*, en *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, n. 2, pp. 455-485
- TALÉNS VISCONTI E.E. (2019), *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 17, pp. 150-161
- TASCÓN LÓPEZ R. (2018), *El derecho a la desconexión del trabajador*, en *Trabajo y Derecho*, n. 41, pp. 45-63
- TORRES GARCÍA B. (2020), *[Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica](#)*, en *[Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#)*, n. 1, pp. 239-261
- TRUJILLO PONS F. (2022), *Unos apuntes a cuenta de las patologías laborales propias de la presente era digital*, en *Revista de Derecho Social*, n. 97, pp. 187-204
- TRUJILLO PONS F. (2016), *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch
- USHAKOVA T. (2016), *De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 192, pp. 117-138
- VAL E. (2019), *[Condenas de cárcel a exdirectivos de France Telecom por "acoso moral"](#)*, en *[www.lavanguardia.com](#)*, 21 diciembre

- VIQUEIRA PÉREZ C. (2021), *Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)*, en *Revista De Jurisprudencia Laboral*, n. 4, pp. 1-8
- WILLIAMS JIMÉNEZ I. (2020), *El contexto cambiante de los riesgos psicosociales. Riesgos emergentes y el impacto de la tecnología*, en M. CORREA CARRASCO, M.G. QUINTERO LIMA (coords.), *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)*, Universidad Carlos III de Madrid

El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: especial mención al ámbito sociosanitario*

Aída CABELLO ROLDÁN**

RESUMEN: La automatización y la robótica están transformando profundamente las relaciones laborales, especialmente en sectores como el sanitario, en el que la precisión y eficiencia que aportan las nuevas tecnologías son vitales. En ese sentido, el teletrabajo ha permitido el desarrollo de la telemedicina y de tareas de facturación y codificación, por lo que presenta numerosas ventajas, pero también desafíos como la vulneración de derechos laborales o la teledisponibilidad. En concreto, la telemedicina ha evolucionado de manera significativa como consecuencia de estos avances tecnológicos, reduciendo la necesidad de visitas presenciales a los centros de atención primaria, sobre todo después de la pandemia de Covid-19, donde se volvió esencial. Por ello, la salud digital es positiva para pacientes y centros de salud, pero es fundamental que las personas trabajadoras tengan garantizados sus derechos laborales, especialmente las que trabajan desde sus hogares, considerando la conciliación entre la vida laboral y personal.

Palabras clave: Nuevas tecnologías, sector sanitario, personas trabajadoras, sector público, telemedicina, derechos laborales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y regulación normativa de la telemedicina. 3. Los problemas que provoca la salud digital en las profesiones sanitarias. 3.1. Una posible vulneración de los derechos de jornada. 3.2. La teledisponibilidad y el respeto a la jornada máxima. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Este artículo ha sido fruto de una ponencia oral en el Congreso Internacional de Bérgamo (Italia): *¿Hacia una sociedad sin trabajo?*, que ha obtenido una beca-premio concedida por el ADAPT International Scientific Committee, para cubrir parcialmente los gastos de transporte y alojamiento. Asimismo, este artículo ha sido desarrollado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: a) Proyecto dirigido por jóvenes investigadores del Plan Propio de Investigación de la UMA *El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar* (B1-2021_11); b) Proyecto de Investigación *Hacia una transformación digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (B1-2023_031).

** Becaría de investigación en el marco del II Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

The Impact of New Technology on Labour Relations: Special Mention to the Social and Health Field

ABSTRACT: Automation and robotics are profoundly transforming labour relations, especially in sectors such as healthcare, in which the precision and efficiency provided by new technologies are vital. In this sense, teleworking has allowed the development of telemedicine and billing and coding tasks, which is why it presents numerous advantages, but also challenges such as the violation of labour rights or teleavailability. Specifically, telemedicine has evolved significantly as a result of these technological advances, reducing the need for in-person visits to the primary care centers, especially after the Covid-19 pandemic, where it became essential. Therefore, digital health is positive for patients and health centers, but it is important that workers have their labour rights guaranteed, in particular for those who work from home, considering the balance between their work and personal life.

Key Words: New technologies, healthcare sector, workers, public sector, telemedicine, labour rights.

1. Introducción

En la actualidad, se habla constantemente de los efectos que tienen tanto la automatización como la robótica en las relaciones laborales. En concreto, sectores como la automoción, el sector alimentario o el sanitario, se han visto altamente beneficiados por esta y, sobre todo en este último, han sido esenciales los avances tecnológicos por el gran valor que aportan en aquellas situaciones donde, por ejemplo, la precisión o la optimización del tiempo y de los recursos son aspectos vitales.

A pesar de que existen argumentaciones que defienden que el uso de robots (entendidos como «un mecanismo guiado por controles automáticos»¹) podría llegar a generar un impacto negativo en el crecimiento económico², así como en relación con la sostenibilidad del sistema de pensiones, son recurrentes las ventajas que tiene su utilización en la industria, ya que a nivel productivo, junto a la digitalización, ha supuesto una gran revolución, concretamente, denominada “cuarta revolución”, “Industria Digital” o “Industria 4.0”³, como producto de la combinación de la digitalización y la robotización⁴.

La introducción de nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las relaciones laborales han impulsado que aquellos puestos de trabajo en los que se desempeñan tareas repetitivas y que no aportan un valor añadido a la actividad, o los que tienen que ver con funciones peligrosas o con el manejo de sustancias que puedan poner en riesgo la seguridad y salud de las personas trabajadoras, puedan ser desempeñadas por máquinas. Asimismo, esto permite que las empresas puedan implementar una producción más eficiente y flexible, de manera que se adaptarían mejor a las necesidades del mercado.

En ese sentido, el progreso y la incorporación de las TIC aplicadas a la salud ha acelerado el desarrollo de la telemedicina, presentada como instrumento esencial para hacer una sanidad más sostenible mediante el ahorro de costes, y también, para mejorar la salud de las personas, con una mayor eficacia a nivel asistencial. De esta manera, inevitablemente ha cambiado la forma en la que se trata a los pacientes y su salud, en relación a numerosos aspectos, por ejemplo, en el ámbito de la investigación, cirugía,

¹ A. ORTEGA KLEIN, *La imparable marcha de los robots*, Alianza, 2016, pp. 14-16.

² D. MONTOYA MEDINA, *Crisis del mercado de trabajo y retos de protección social en la nueva era tecnológica. Especial referencia al caso español*, en *Revista Ibérica do Direito*, 2020, n. 2, p. 16.

³ E. ISPIZUA DORNA, *Industria 4.0: ¿Cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 40, pp. 13-14.

⁴ G.M. MONTES ADALID, *Empleo digital, conciliación y salud psicosocial de la mujer trabajadora*, en *esta Revista*, 2023, n. 2, p. 188.

manejo y organización de medicamentos, e incluso en el ámbito de la rehabilitación. Esto hace que cambien también las relaciones laborales y la forma en la que se prestan los servicios, que es lo que se pretende analizar en el presente estudio. A medida que las tecnologías van evolucionando, los robots funcionarán de forma más autónoma y desempeñarán tareas por sí solos.

Además de hablar de los efectos de la incorporación de robots en el sector sanitario y de su impacto sobre las relaciones laborales, también se analizará el impacto del teletrabajo en este sector que, aunque si bien la mayoría de puestos médicos se encuentran en clínicas médicas u hospitales, esta modalidad de trabajo a distancia en sanidad se está viendo aumentado. Estos trabajos pueden variar desde la telemedicina asociados con hospitales (para los que deberemos examinar el lugar desde el que se desempeñarían y la influencia sobre la conciliación de la vida profesional y personal de la persona trabajadora), hasta en términos de facturación y codificación para las compañías de seguros médicos.

En ese sentido, es cierto que el teletrabajo comporta numerosas ventajas, pero también genera algunos conflictos que deben ser estudiados para tratar de evitarlos en su mayor medida. Por ejemplo, podemos citar la posible vulneración de los derechos de jornada de las personas trabajadoras, los problemas que surgirían en cuanto a la teledisponibilidad, la localización y el respeto a la jornada máxima, los derechos de conciliación, la seguridad y la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, así como los riesgos psicosociales, entre otros.

2. Concepto y regulación normativa de la telemedicina

En su acepción originaria, la telemedicina se refería meramente al ejercicio de la medicina a distancia, por lo que su verdadera razón de ser se limitaba a prestar asistencia sanitaria en aquellas situaciones en las que existía un problema de distancia física entre el profesional sanitario y el paciente, esto es, en circunstancias en las que la distancia actuaba como factor crítico⁵. Por ejemplo, era común cuando el paciente se encontraba en lugares remotos, en embarcaciones en alta mar, entre otros casos.

A partir del comienzo del siglo XXI, han sido diversos los autores que han tratado de definir este concepto y de establecer su tipología

⁵ Informe elaborado por UNITECO, *Telemedicina. Todo lo que debes saber para su buen ejercicio*, 2022.

(principalmente, sincrónica o asincrónica)⁶ desde diversas zonas del mundo⁷.

La propia Comisión Europea⁸, en una de sus comunicaciones relativas a la telemedicina, se encarga de definir este concepto como

la prestación de servicios de asistencia sanitaria por medio de las TIC en situaciones en que el profesional sanitario y paciente (o dos profesionales sanitarios) se encuentran en lugares diferentes. [...] La telemedicina abarca una amplia variedad de servicios.

Los beneficios que la telemedicina presentaba no se limitaban a la mejora de la asistencia a las personas y la contribución a la eficiencia del sistema sanitario, sino que propició la cooperación a distancia entre especialistas en el ámbito sanitario y el intercambio de conocimientos⁹. Precisamente por esta razón, el concepto ha ido evolucionando hacia un significado mucho más amplio, vinculado a una nueva forma de ejercer la medicina, siendo de especial relevancia destacar que es de carácter alternativo o complementario a la medicina presencial, y cuyo objetivo se centra en facilitar la llegada de la asistencia médica a determinados pacientes que tienen dificultad para desplazarse, bien por limitaciones propias en la movilidad bien por la zona en la que viven, así como en la mejora tanto de la accesibilidad como de la calidad de la atención sanitaria en general.

De hecho, a pesar de la falta de una integración amplia de esta modalidad en el sistema sanitario, existen en la actualidad una serie de factores que avalan un futuro de gran crecimiento y expansión de la telemedicina, como mínimo, en el ámbito europeo. En concreto, se trataría de aspectos como el envejecimiento progresivo y generalizado de la población, que se asocia al mayor padecimiento de enfermedades crónicas y problemas de movilidad y/o dependencia; las crecientes y constantes exigencias a los servicios de salud, por ejemplo, por el enfrentamiento a

⁶ M. VILAR PONT, M.C. SALGADO RODRÍGUEZ, N. PARADELL BLANC, L. PINSACH BOSCH, *Impacto de la implementación de las nuevas tecnologías para innovar y transformar la atención primaria: la enfermera tecnológica*, en *Atención Primaria Práctica*, 2021, n. 1, pp. 101.

⁷ En concreto, fueron John Craig y Victor Patterson unos de los primeros especialistas que trataron de dar una definición y contextualizar el concepto. A este respecto, véase J. CRAIG, V. PATTERSON, *Introduction to the practice of telemedicine*, en *Journal of Telemedicine and Telecare*, 2005, vol. 11, n. 1.

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, *La telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad*, 4 noviembre 2008, COM(2008)689 final, p. 3.

⁹ J.E. CÁRCAR BENITO, *Problemática del teletrabajo para los profesionales sanitarios: diversos aspectos*, en *Trabajo*, 2015, n. 33, pp. 90-91.

nuevas pandemias (como la generada por la Covid-19); así como por la escasez de profesionales especialistas en determinados ámbitos en algunos países.

Sin embargo, resulta llamativo que la potencialidad de expansión¹⁰ de esta modalidad no venga acompañada de un desarrollo normativo homogéneo que le proporcione una seguridad jurídica, para que así, tanto los pacientes como los propios profesionales sanitarios y la Administración Pública en general, gocen de un entorno seguro y favorable. Si analizamos este asunto a nivel europeo, por ejemplo, observamos cómo las disposiciones legales que versan sobre la telemedicina son realmente escasas, e incluso a veces, inexistentes, además de encontrarse fragmentadas en legislación de distinta naturaleza, careciendo de un marco normativo general homogéneo.

Por ejemplo, países como Austria carecen de regulación¹¹, y en otros como Alemania, Francia y España, se ha llevado a cabo una tipificación de forma parcial de la telemedicina, principalmente, para la aceptación generalizada de su uso. En ese sentido,

en países como Francia, Alemania o España, la equivalencia funcional y jurídica entre acto médico y acto de telemedicina ha permitido aceptar *ex lege* su utilización mientras que, en países como Austria, la doctrina y una escasa jurisprudencia, proponen de *lege ferenda* la aceptación de la telemedicina conforme una interpretación flexible de lo que significa la inmediatez del acto médico¹².

En Francia, la regulación de la telemedicina es bastante más amplia, aunque no es completa, incluyendo en el art. 6.316-1 ss. del *Code de la Santé Publique* (codificación de las normas sobre la salud en Francia) el concepto de telemedicina y los tipos de actos de la misma. Sin embargo, en Alemania o incluso España, se regula mediante la normativa profesional o deontológica¹³, principalmente.

¹⁰ FUNDACIÓN SALUD, *Telemedicina: bases para la futura regulación de un mercado emergente*, Informe del experto, 2012, n. 5, p. 4.

¹¹ Aunque si bien es cierto que Austria cuenta con una Comisión de servicios de telesalud que desarrolla recomendaciones para introducir servicios de telemedicina (2014) y sobre la telemonitorización (2018), este país no regula ni tipifica el concepto de telemedicina.

¹² S. CAMACHO CLAVIJO, *El acto de telemedicina: hacia un nuevo concepto de asistencia médico-personal*, en *Revista de Bioética y Derecho*, 2023, n. 57, p. 73.

¹³ En Alemania, se encuentra regulado en el código (modelo) de conducta profesional médica (§ 7.4) y, en España, en el Código de Deontología médica del Consejo General de Colegios oficiales de médicos de 2022 (cap. XXIII, [Telemedicina y Tecnologías de la Información y la Comunicación \(TIC\)](#), pp. 83-86); así como una breve mención que realiza el Real Decreto

El desarrollo de un programa de telemedicina, como el resto de programas de salud digital, requiere de un ecosistema que sea apropiado y estudiado, incluyendo diferentes fases para su establecimiento, como infraestructura, un plan estratégico, administración del cambio, capacitación del personal, mantenimiento y evaluación continuos¹⁴, entre otros. En el caso de que se dieran situaciones adversas y extraordinarias, como fue la pandemia de la Covid-19, aquellos países que ya cuenten con servicios de telemedicina regulados y en práctica, se encontrarán inevitablemente en una posición verdaderamente más favorable para atender a todo tipo de pacientes por este medio de asistencia sanitaria, si fuese necesario.

Por ello, a continuación simplemente se pretende representar (Cuadro 1) el itinerario común de un paciente y algunos ejemplos de tipologías en relación con la consulta de salud virtual, para hacer referencia a que su uso puede producirse a lo largo de todo el proceso médico, en todas sus etapas (con determinadas excepciones y limitaciones evidentes en las que sea necesaria una examinación presencial y física del paciente para una mayor concreción de la sintomatología), a los meros efectos de apreciar que sus aplicaciones actuales son muy diversas.

Cuadro 1 – Itinerario del paciente y algunos ejemplos de tipologías de consulta de salud virtual a lo largo del mismo

Prevención	Atención primaria	Diagnóstico	Seguimiento
Consulta virtual de recomendaciones sanitarias	Renovación de la medicación	Entrega de análisis o de los resultados por videollamada	Monitorización de los pacientes con determinadas enfermedades
Programa digital de prevención y educación de las enfermedades	Seguimiento del paciente con la atención en sus domicilios	Prescripción de los tratamientos o leer pruebas o análisis realizados	Seguimiento del paciente de forma no presencial (ej.: tras operaciones)

Fuente: elaboración propia a partir de la Figura de ESADECREAPOLIS, BARCELONA HEALTHHUB, *Estudio sobre la consulta de salud virtual y sus beneficios para el sistema sanitario: propuestas para impulsar la consulta de salud virtual en el sistema sanitario*, 2020, § 3.2, p. 11

81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza (art. 3.5).

¹⁴ S. MONRAZ-PÉREZ, A. PACHECO-LÓPEZ, A. CASTORENA-MALDONADO, R.E. BENÍTEZ-PÉREZ ET AL., *Telemedicina durante la pandemia por COVID-19*, en *Neumología y Cirugía de Tórax*, 2021, n. 2, pp. 132-140.

Asimismo, si analizamos la situación existente en España con respecto a la telemedicina, los datos muestran cómo esta comenzó a afianzarse en todas las comunidades autónomas a partir de 2020, aumentando su presencia en el sistema sanitario nacional de manera muy considerable. Si tomamos los últimos datos disponibles, referentes a 2021, muestran que el 52 por ciento de las consultas realizadas en tal año fueron de forma telemática. (esto es, algo más de la mitad)¹⁵.

Hay que tener en cuenta, si bien, que en ese año nuestro país aún atravesaba meses complicados como consecuencia de la pandemia, habiendo todavía ciertas restricciones de movilidad y medidas impuestas por las autoridades sanitarias para hacer frente a las olas de contagios por Covid-19 sucesivas e infinitas, pero parece que la tendencia del aumento del uso de este tipo de medicina digital se ha consolidado por los beneficios que presenta.

En concreto, una correcta implantación de esta modalidad proporcionará mejoras tanto cuantitativas como cualitativas: ventaja para la institución de salud, por ejemplo, no disponiendo de espacios físicos tan grandes para los profesionales sanitarios; y ventaja económica para las personas trabajadoras, por ejemplo, evitando desplazamientos innecesarios y mayor rendimiento.

Cuadro 2 – Beneficios de la consulta de salud virtual o telemedicina

Resultados de salud	Experiencia del paciente	Experiencia del profesional	Sostenibilidad en el sistema sanitario
Resultados en la salud similares a los que se obtienen en consultas presenciales	Satisfacción	Satisfacción	Disminución de la lista de espera
	Mejor acceso a especialistas en otros países	Calidad parecida a la otorgada en las consultas de forma presencial	Optimización de los recursos
	Ahorro costes y tiempo		Reducción tiempo de consulta
	Reducción en el tiempo de espera		Reducción número de las consultas no necesarias

Fuente: elaboración propia a partir de la Figura de ESADECREAPOLIS, BARCELONA HEALTHHUB, *Estudio sobre la consulta de salud virtual y sus beneficios para el sistema*

¹⁵ S.A. PILAR, J. GUTIÉRREZ, *Telemedicina más allá del teléfono: el futuro que adelantó la pandemia levanta recelos en pacientes y sanitarios*, en *DatosRTVE*, 1º febrero 2023.

sanitario: propuestas para impulsar la consulta de salud virtual en el sistema sanitario, 2020, § 4.1, p. 11

En definitiva, la digitalización del trabajo, con independencia de su correcta aplicación, actúa como faceta especialmente valiosa tanto para las empresas como para las personas trabajadoras¹⁶. No obstante, debemos considerar que los avances tecnológicos plantean también una serie de desventajas y efectos incompatibles con nuestra sociedad¹⁷, y es importante actuar no solo en la formación para el uso de la tecnología sino también en sensibilizar a la población sobre sus beneficios, ya que existe aún un importante rechazo de gran parte de la misma por la pérdida del contacto humano en un sector en el que se considera esencial. Esto se debe, principalmente, al contexto sociocultural, así como a los valores y creencias¹⁸ arraigadas a la sociedad, por lo que trabajar en este asunto es crucial para que vuelva a existir la confianza que se ha ido perdiendo a lo largo de los años en cuanto a la efectividad del sector sanitario público español.

3. Los problemas que provoca la salud digital en las profesiones sanitarias

El establecimiento de unas buenas bases del sistema de teletrabajo en el sistema sanitario es fundamental para propiciar su desarrollo conforme a los principios de mejora permanente de la prestación y calidad asistencial. Como consecuencia de los continuos avances tecnológicos en los espacios de la vida cotidiana, el teletrabajo se ha convertido en una modalidad laboral viable para este sector de la sanidad, pero es importante considerar las limitaciones que supone el uso masivo de las TIC en las relaciones laborales. En este sentido, se nos plantean algunas problemáticas, por ejemplo, en cuanto a la posible vulneración de los derechos de jornada de las personas profesionales del ámbito sanitario, en relación con la teledisponibilidad o en cuanto a la falta de conciliación de la vida personal y profesional.

¹⁶ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *El desarrollo de nuevas formas de empleo desde la perspectiva del tiempo de trabajo*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 7, p. 59.

¹⁷ J.I. PÉREZ LÓPEZ, *Inteligencia artificial y contratación laboral*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 7, p. 204.

¹⁸ V. MAHTANI CHUGANI ET AL., *Implantación de programas de telemedicina en la sanidad pública de España: experiencia desde la perspectiva de clínicos y decisores*, en *Gaceta Sanitaria*, 2009, n. 3, p. 228.

3.1. Una posible vulneración de los derechos de jornada

La introducción de la modalidad del teletrabajo o sistemas híbridos en las profesiones sanitarias pretendía dotarlas de mayor flexibilidad de jornada, sin necesidad de hacer uso de un presencialismo que, en muchas ocasiones, era innecesario (seguimiento de pacientes con enfermedades crónicas o de determinados colectivos con dificultades en cuanto a su movilidad, etc.). Además, pretendía ser una ventaja también para la persona profesional, ya que le permitía, de cierta forma, determinar cuál iba a ser su jornada laboral o, al menos, tenía más posibilidades de ello¹⁹.

No obstante, este ámbito presenta criterios distintos a los de otros sectores de servicios, precisamente con el fin de garantizar una atención permanente a las personas usuarias²⁰, mediante la denominada jornada complementaria, que se regula en el artículo 48 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de la salud, y que sustituye a lo que se conoce coloquialmente como “guardias”. Por lo tanto, esa flexibilidad en la determinación de su propia jornada de trabajo es, en la gran mayoría de casos, inexistente, puesto que suele venir impuesta por la Administración, sin dar cabida a una elección por parte de las personas profesionales de este ámbito.

A este respecto, el apartado 2º del citado artículo 48 del Estatuto Marco, establece que la duración máxima de los tiempos de trabajo de la jornada complementaria y ordinaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo, aunque mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo puede establecerse otro cómputo, lo que nos hace replantearnos si realmente es una limitación a la jornada máxima, y pudiera regularse una superior mediante negociación colectiva o con la propia persona trabajadora. Pues bien, el artículo 6.b de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece rotundamente una duración máxima a la semana de 48 horas de trabajo, incluyendo las horas extraordinarias, sin que quepa negociación al respecto, por lo que debemos entender que, respecto al Estatuto Marco, podrá negociarse una disminución del número de horas y nunca una duración superior a las 48 establecidas legalmente.

Asimismo, cabe destacar que el desempeño de este tipo de jornada en

¹⁹ B. GARCÍA ROMERO, *El teletrabajo*, Thomson Reuters, 2012, p. 105.

²⁰ D.M. CAIRÓS BARRETO, *La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud*, en *Derecho y Salud*, 2006, n. 2, p. 40.

modalidad de teletrabajo, solo será aplicable al personal que ya realizaba, con anterioridad, una cobertura mediante la realización de guardias u otros sistemas análogos²¹. En todo caso, el personal tendrá derecho a un período de descanso mínimo ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente (artículo 51.2 del Estatuto Marco).

A pesar de toda esta regulación en cuanto a la jornada máxima, es evidente que existen casos de personas teletrabajadoras de este ámbito que estarán realizando jornadas excesivas, lo que puede perjudicar negativamente en su seguridad y salud en el trabajo, provocando daños de agotamiento y estrés, e incluso de aislamiento. No obstante, para evitar los abusos en este sentido, no solo por parte de la Administración sino también por la de las propias personas trabajadoras, que en ocasiones se exceden de sus restricciones, es importante establecer medidas de control para no permitir la prolongación de la jornada de trabajo y garantizar su descanso, sobre todo en un ámbito donde no descansar lo suficiente puede tener repercusiones muy negativas en la ejecución de sus propias funciones laborales debido al trato directo que suelen tener con las personas usuarias.

Si bien es cierto que toda esta problemática se acentúa enormemente en los casos en los que la actividad sanitaria se desarrolla desde el domicilio de la persona trabajadora, es importante, al darles la posibilidad de ello, que se les acompañe de un paquete de medidas consolidadas que garanticen sus derechos al igual que se garantiza para las que desarrollan presencialmente su trabajo (por ejemplo, mediante el registro diario de la jornada del artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que modifica el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, surgen dudas en cuanto a la aplicabilidad de este tipo de medidas en el domicilio de la persona, por lo que el papel de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social será crucial para garantizar que, la adhesión a la modalidad de teletrabajo en el ámbito sanitario, no justifique la vulneración de los derechos de las personas que ejerzan sus funciones laborales en el mismo.

3.2. La teledisponibilidad y el respeto a la jornada máxima

La disponibilidad en el ámbito sanitario ha existido siempre, pero es cierto que la introducción de nuevas tecnologías la ha potenciado

²¹ J.E. CÁRCAR BENITO, *op. cit.*, p. 94.

enormemente, multiplicándola y diversificándola. Entendemos por teledisponibilidad «el tiempo en el que el teletrabajador está a disposición de la empresa preparado para realizar la prestación»²².

Es decir, por las características propias del sector sanitario, es necesario que un determinado número de personas profesionales estén disponibles para incorporarse inmediatamente a su puesto de trabajo en circunstancias de urgencia máxima y excepcionales.

Sin embargo, es un tema que genera debate continuamente. Si bien es cierto que es necesario que la persona trabajadora esté a disposición del centro sanitario y preparado para la prestación de servicios constantemente, causa un claro perjuicio a la misma, sobre todo psicológicamente, puesto que no puede considerarse como tiempo de descanso. De hecho, el problema es aún mayor y adquiere especial relevancia cuando la persona teletrabaja, ya que es sencillo y cómodo contactar con la misma en todo momento y que esta pueda incorporarse de forma prácticamente inmediata, mediante el uso de dispositivos electrónicos.

Si analizamos la legislación actual sobre esta materia, en España no existe ninguna norma que la permita, pero tampoco que la prohíba, aunque si bien los Tribunales han hecho diferentes alusiones a si se considera o no jornada efectiva de trabajo²³. En general, la doctrina ha entendido que, mientras la disponibilidad consista solamente en la puesta a disposición de la persona trabajadora, si no se lleva a cabo ningún trabajo, no puede considerarse como jornada o tiempo de trabajo efectivo. Sin embargo, es evidente que el perjuicio es claro para la persona trabajadora, y es por ello por lo que es importante el establecimiento de unos límites legales para evitar el abuso de los períodos de descanso que han sido especificados con anterioridad y que tampoco perjudiquen o interrumpan la conciliación de la vida personal y profesional de las personas que se dedican a este ámbito.

²² *Ibidem*, p. 95.

²³ En ese sentido, la STS de 18 de junio de 2020 (rec. 242/2018), entiende que las guardias de disponibilidad que se realizan fuera de la jornada de trabajo no son calificadas como tiempo de trabajo efectivo puesto que las personas trabajadoras no están obligadas a estar o permanecer en un lugar determinado fijado por la propia empresa (en aplicación de la doctrina “Matzak”). Asimismo, la STS de 18 de abril de 2023 (rec. 185/2021), descarta a su vez la calificación como tiempo de trabajo el tiempo que dediquen aquellas personas trabajadoras a estar disponibles para la empresa por teléfono móvil (las conocidas como “guardias de localización telefónica”, sin que deban encontrarse en un lugar concreto y que haya sido fijado por la empresa; entre otros ejemplos. Sobre este asunto, véase I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Tiempo de trabajo y disponibilidad; registro de jornada; adaptación y reducción de la jornada; jornada a tiempo parcial; antigüedad; y trabajo nocturno y a turnos*, en ignasibeltran.com, 29 enero 2024.

Por lo tanto, la teledisponibilidad actúa como una limitación²⁴ en el derecho de la persona trabajadora a la desconexión digital (artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y la garantía de los derechos digitales), durante los tiempos que debe dedicar al descanso pero, por otro lado, también es un asunto complejo para el legislador, puesto que si no se realiza la prestación, hasta qué punto es legítimo retribuir esas horas en las que no ha ejercido ninguna actividad laboral.

A mayor abundamiento, el problema se intensifica cuando la persona está adherida a la modalidad del teletrabajo, puesto que no tiene la necesidad ni la preocupación de que tenga que producirse un desplazamiento, por lo que si bien el teletrabajo es un mecanismo que tiene efectos importantes en la efectividad de la conciliación de la vida personal y profesional²⁵, en este caso también supone una limitación en cuanto a la garantía de los períodos de descanso de la misma.

Esta escasez de control por su especial dificultad, sobre todo en el caso del teletrabajo en el domicilio de la persona trabajadora y la insuficiencia de regulación en cuanto a los límites reales en las horas de trabajo no solo impacta negativamente en la calidad de vida de las personas que desarrollan sus funciones laborales, sino que también puede afectar a la seguridad del paciente y la calidad de la atención médica, debido a un mayor desgaste tanto físico como mental por no cumplir con los tiempos de descanso reales precisamente por esa exigencia generalizada de encontrarse disponibles en todo momento. La necesidad de abordar este problema es esencial para garantizar que los profesionales sanitarios puedan desempeñar sus funciones de manera efectiva y segura, protegiendo así tanto sus derechos laborales y como la salud de la población atendida.

4. Conclusiones

La innovación tecnológica es una de las grandes oportunidades que se están potenciando para la transformación en el sistema productivo de los países y, concretamente, también lo es para el sistema público sanitario. A pesar de la potencialidad de esta introducción de nuevas tecnologías en todos los sectores, si no existe una fuerte regulación normativa del uso de este tipo de dispositivos o herramientas, como puede ser la generalización del uso de la telemedicina para agilizar el número de consultas, puede llegar

²⁴ E.M. SIERRA BENÍTEZ, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de la Junta de Andalucía, 2011, p. 17.

²⁵ J.E. CÁRCAR BENITO, *Telemedicina y el contrato electrónico para los servicios de los profesionales sanitarios*, en *Derecho y Salud*, 2014, n. 1.

a resultar en una grave amenaza para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras sanitarias, como puede ser, paradójicamente, el derecho a la salud, u otros como el derecho a la vida privada, el ocio y el descanso, entre diversos otros que también pueden verse vulnerados.

A pesar de la masiva introducción de tecnologías en el sector sanitario, son muy escasos los estudios que abarquen las opiniones sobre este asunto de los principales actores que se implican en estos programas de salud digital²⁶, ya sea de forma activa o pasiva, por lo que también es importante conocer la perspectiva de las propias personas afectadas para obtener una visión más realista sobre los beneficios y perjuicios que esta modalidad supone.

No obstante, son numerosas las evidencias del enorme potencial que tiene la telemedicina en el sector sanitario, puesto que aligera las listas de espera que han aumentado después de la pandemia de Covid-19, así como la sobrecarga de consultas, la simplificación de la burocracia y la optimización de los recursos disponibles, evitando los desplazamientos innecesarios de las personas usuarias y de las profesionales. Para estas últimas, además, el uso de este tipo de tecnologías puede ayudar a gestionar la demanda más eficazmente, por ejemplo, evitando visitas de aquellas personas que padecen cuadros de baja complejidad o para el seguimiento de patologías crónicas, que en la gran mayoría de casos se produce en personas de edad avanzada y que se verá aumentado en los próximos años debido al envejecimiento de la población generalizado que no solo se está produciendo en España, sino también en la mayoría de zonas del continente europeo.

En este sentido, también puede ser útil para evitar los desplazamientos de este tipo de colectivos que, por regla general, tiene mayores dificultades de movilidad física. Y, además, estas personas suelen habitar en zonas con un mayor índice de despoblación, a las que normalmente se le relacionan aspectos como una escasez de servicios públicos básicos (por ejemplo, el transporte, hospitales, etc.) y de redes de conexión con las ciudades, donde se suelen encontrar la mayor parte de hospitales del país. Por tanto, esta modalidad puede ser beneficiosa en numerosos aspectos, y la implantación de la misma conllevará inevitablemente a que exista una mayor tasa de teletrabajo, ya que en ocasiones es innecesario que la persona trabajadora se encuentre en un centro sanitario si son estas las funciones que ejerce.

Por tanto, la telemedicina y la salud digital podrían tener numerosas

²⁶ I. CARBAJO MARTÍN ET AL., *Descripción de la implantación y grado de desarrollo de tecnología de comunicación e informática de los equipos de Atención Primaria en los servicios de salud en España*, en *Revista Clínica de Medicina de Familia*, 2021, n. 2, p. 72.

ventajas en un mundo cada vez más envejecido, donde se está incrementando de manera considerable el número de zonas que sufren pérdidas de población y en el que se están desarrollando numerosas enfermedades, por lo que la existencia de un sistema sanitario ágil y eficaz es uno de los beneficios más notables y seguros para la garantía de que las personas reciben una asistencia sanitaria digna y, muy importante, a tiempo.

Con ello, la telemedicina «No es una nueva forma de ejercer la medicina, es un mecanismo que puede ayudar a asumir objetivos en momentos concretos, en circunstancias particulares y en determinados pacientes»²⁷.

Es importante incidir en la idea de que consideramos que esta modalidad no debe sustituir a la atención presencial y directa de las personas usuarias, sino complementarla, esto es, que sirva de herramienta flexible que ayude e incorpore variables eficaces al sector público sanitario, aplicando las nuevas tecnologías de forma segura para el paciente y sin pérdida de calidad en la asistencia sanitaria, pero también de forma segura para las personas que se encargan de llevarla a cabo, que a veces pueden ser desprotegidas.

A este respecto, será esencial la educación a las personas profesionales que se dedican a la atención sanitaria, sobre todo por la existencia generalizada de una escasez de personas cualificadas para trabajar con estos nuevos tipos de modalidades de trabajo a distancia, que ya había llegado a otros sectores. Por ejemplo, las investigaciones de Forbes han determinado que un 56 por ciento de los médicos piensan que en un plazo temporal de diez años la inteligencia artificial (IA) será la base para la toma de decisiones clínicas, pero el 70 por ciento de ellos cree que la tecnología asociada a la digitalización de la salud es abrumadora y, por tanto, no sienten que estén preparados para utilizarla de una forma adecuada y eficaz²⁸.

Por ende, es evidente la existencia de una brecha digital en las personas profesionales de la salud que deberá cerrarse, sobre todo en aquellas con una edad más avanzada que serán, asimismo, los que tengan una mayor experiencia y, probablemente, conocimientos en el ámbito, para que puedan servirse de las tecnologías para mejorar su atención a los pacientes.

Los expertos en el sector sanitario anticipan, incluso, la escasez de personas profesionales sin necesidad de referirnos a las habilidades tecnológicas y, que además, se verá agravada en las décadas siguientes, por

²⁷ M. ESQUERDA, *Ventajas, inconvenientes y aspectos éticos del teletrabajo*, en *Formación Médica Continuada en Atención Primaria*, 2021, n. 4, p. 207.

²⁸ J. LI, *Telemedicine And Telehealth In 2023 And Beyond: From Leveling Out To Leveling Up*, en *Forbes*, 27 diciembre 2022 (el autor es miembro del Consejo de Tecnología de *Forbes* y fundador y CEO de Vivalink).

lo que el uso de la telemedicina puede ayudar a mitigar las consecuencias negativas de este asunto, sobre todo porque abrirá la puerta a la existencia de una mayor comodidad y flexibilidad en el trabajo que quizás antes no se contemplaba, siempre que se regulen y garanticen los derechos fundamentales básicos a los que hemos hecho referencia en el presente estudio.

En definitiva, la telemedicina ha surgido como un bien, como herramienta para ayudar y facilitar a las personas trabajadoras del sector sanitario, a las personas usuarias que requieran por sus circunstancias concretas que se les atienda a través de la misma, y para el sistema público sanitario en general, para optimizar los recursos y agilizar la atención sanitaria eficazmente. No obstante, todos estos beneficios se desmoronan si no existe una protección exhaustiva y específica de esta modalidad y del posible impacto negativo que pudiera provocar a las personas que se dedican a ponerla en práctica.

5. Bibliografía

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2024), *Tiempo de trabajo y disponibilidad: registro de jornada: adaptación y reducción de la jornada: jornada a tiempo parcial: antigüedad: y trabajo nocturno y a turnos*, en ignasibeltran.com, 29 enero
- CAIRÓS BARRETO D.M. (2006), *La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud*, en *Derecho y Salud*, n. 2, pp. 32-50
- CAMACHO CLAVIJO S. (2023), *El acto de telemedicina: hacia un nuevo concepto de asistencia médico-personal*, en *Revista de Bioética y Derecho*, n. 57, pp. 67-81
- CARBAJO MARTÍN I., MARTÍN ÁLVAREZ R., ASIER PEÑA M.P., ROTAECHE DEL CAMPO R., NAVARRO PÉREZ J., PÁRRAGA MARTÍNEZ I. (2021), *Descripción de la implantación y grado de desarrollo de tecnología de comunicación e informática de los equipos de Atención Primaria en los servicios de salud en España*, en *Revista Clínica de Medicina de Familia*, n. 2, pp. 71-80
- CÁRCAR BENITO J.E. (2015), *Problemática del teletrabajo para los profesionales sanitarios: diversos aspectos*, en *Trabajo*, n. 33, pp. 89-108
- CÁRCAR BENITO J.E. (2014), *Telemedicina y el contrato electrónico para los servicios de los profesionales sanitarios*, en *Derecho y Salud*, n. 1, pp. 253-266
- CRAIG J., PATTERSON V. (2005), *Introduction to the practice of telemedicine*, en *Journal of Telemedicine and Telecare*, vol. 11, n. 1, pp. 11-39
- ESADECREAPOLIS, BARCELONA HEALTHHUB (2020), *Estudio sobre la consulta de salud virtual y sus beneficios para el sistema sanitario: propuestas para impulsar la consulta de salud virtual en el sistema sanitario*

- ESQUERDA M. (2021), *Ventajas, inconvenientes y aspectos éticos del teletrabajo*, en *Formación Médica Continuada en Atención Primaria*, n. 4, pp. 207-209
- FUNDACIÓN SALUD (2012), *Telemedicina: bases para la futura regulación de un mercado emergente*, Informe del experto, n. 5
- GARCÍA ROMERO B. (2012), *El teletrabajo*, Thomson Reuters
- ISPIZUA DORNA E. (2018), *Industria 4.0: ¿Cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?*, en *Lan Harremanak*, n. 40, pp. 12-30
- LI J. (2022), *Telemedicine And Telehealth In 2023 And Beyond: From Leveling Out To Leveling Up*, en *Forbes*, 27 diciembre
- LÓPEZ AHUMADA J.E. (2023), *El desarrollo de nuevas formas de empleo desde la perspectiva del tiempo de trabajo*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 7, pp. 56-74
- MAHTANI CHUGANI V., MARTÍN FERNÁNDEZ R.L., SOTO PEDRE E., YANES LÓPEZ V., SERRANO AGUILAR P. (2009), *Implantación de programas de telemedicina en la sanidad pública de España: experiencia desde la perspectiva de clínicos y decisores*, en *Gaceta Sanitaria*, n. 3, pp. 223-229
- MONRAZ-PÉREZ S., PACHECO-LÓPEZ A., CASTORENA-MALDONADO A., BENÍTEZ-PÉREZ R.E. ET AL. (2021), *Telemedicina durante la pandemia por COVID-19*, en *Neumología y Cirugía de Tórax*, n. 2, pp. 132-140
- MONTES ADALID G.M. (2023), *Empleo digital, conciliación y salud psicosocial de la mujer trabajadora*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 2, pp. 186-213
- MONTOYA MEDINA D. (2020), *Crisis del mercado de trabajo y retos de protección social en la nueva era tecnológica. Especial referencia al caso español*, en *Revista Ibérica do Direito*, n. 2, pp. 9-18
- ORTEGA KLEIN A. (2016), *La imparable marcha de los robots*, Alianza
- PÉREZ LÓPEZ J.I. (2023), *Inteligencia artificial y contratación laboral*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 7, pp. 186-205
- PILAR S.A., GUTIÉRREZ J. (2023), *Telemedicina más allá del teléfono: el futuro que adelantó la pandemia levanta recelos en pacientes y sanitarios*, en *DatosRTVE*, 1º febrero
- SIERRA BENÍTEZ E.M. (2011), *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de la Junta de Andalucía
- UNITECO (2022), *Telemedicina. Todo lo que debes saber para su buen ejercicio*
- VILAR PONT M., SALGADO RODRÍGUEZ M.C., PARADELL BLANC N., PINSACH BOSCH L. (2021), *Impacto de la implementación de las nuevas tecnologías para innovar y transformar la atención primaria: la enfermera tecnológica*, en *Atención Primaria Práctica*, n. 1, pp. 100-116

Normativa Europea

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, *La telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad*, 4 noviembre 2008, COM(2008)689 final

La inteligencia artificial en la prevención de la seguridad y salud laboral en América*

Ydangely TROPIANO**
Atilio NOGUERA***

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objetivo analizar la aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la prevención de la seguridad y salud laboral y su visión en América. La IA se está usando para la identificación de los riesgos laborales, la prevención de los accidentes de trabajos y el diagnóstico preventivo de las enfermedades ocupacionales, constituyendo un conjunto de sistemas informáticos que se han desarrollado en los últimos años con un auge potencial en el 2023. Se aplica una metodología cualitativa, con la recolección de datos para su posterior razonamiento y análisis, concluyendo que la IA constituye una herramienta funcional en seguridad y salud en el trabajo pero a su vez se debe velar para que su inclusión no llegue a ser una intromisión a nuestra vida privada, al contrario sea insertada de forma responsable y que incorpore beneficios para lograr una vida más fácil, eficiente, segura con mejores incentivos económicos, productiva con reducción de los riesgos y del agotamiento físico y mental, que pueda causar un daño a la salud de los trabajadores, estando bajo un proceso de recepción, adaptación, exploración en América.

Palabras clave: Inteligencia artificial, tecnologías en la relación laboral, prevención laboral.

SUMARIO: 1. Preámbulo. 2. La seguridad y salud en el trabajo en América. 3. Los beneficios de la inteligencia artificial en la seguridad y salud laboral. 4. Aplicaciones de la inteligencia artificial en la seguridad y salud en el trabajo. 5. Resultados de la encuesta sobre la inteligencia artificial en la seguridad y salud en el trabajo en América. 5.1. La inteligencia artificial en América. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

* Artículo relacionado al Tema n. 9, *El impacto de las nuevas tecnologías en la relación laboral: el difícil equilibrio con la vida privada del trabajador*, del programa del XIII Congreso Internacional ADAPT, *¿Hacia una sociedad sin trabajo?*, Bérnago, 30 noviembre-2 diciembre 2023.

** Abogada; Especialista en Derecho Laboral; Doctora en Ciencias Jurídicas; Operadora Socio Sanitaria (Italia); Miembro de Aprendizaje Jurídico (Venezuela); Profesora de Derecho del Trabajo, Salud Ocupacional y Regímenes Especiales, Universidad Santa María (Venezuela) e Instituto Universitario de Mercadotecnia (Venezuela).

*** Abogado; Especialista en Derecho Laboral; Doctor en Innovaciones Educativas; Miembro de Aprendizaje Jurídico (Venezuela); Profesor de Derecho del Trabajo, Salud Ocupacional y Medios Alternos de Solución de Conflictos, Universidad Central de Venezuela, Universidad Santa María (Venezuela) e Instituto Universitario de Mercadotecnia (Venezuela).

Artificial Intelligence in the Prevention of Occupational Safety and Health in America

ABSTRACT: The objective of this work is to analyse the application of artificial intelligence (AI) in the prevention of occupational health and safety and its vision in America. AI is being used for the identification of occupational risks, the prevention of work accidents and the preventive diagnosis of occupational diseases, constituting a set of computer systems that have been developed in recent years with a potential boom in the 2023. A qualitative methodology is applied, with the collection of data for subsequent reasoning and analysis, concluding that AI constitutes a functional tool in safety and health at work but at the same time it must be ensured that its inclusion does not reach be an intrusion into our private life, on the contrary it is inserted in a responsible manner and that incorporates benefits to achieve an easier, more efficient, safer life with better economic incentives, productive with reduction of risks and physical and mental exhaustion, which can cause damage to the health of workers, being under a process of reception, adaptation, exploration in America.

Key Words: Artificial intelligence, technologies in the employment relationship, workplace prevention.

1. Preámbulo

En 1950, el matemático Alan Turing se hizo una pregunta: «¿Pueden pensar las máquinas?». De hecho, esta simple pregunta transformaría el mundo.

El artículo de Alan Turing «Computing Machinery and Intelligence» y el consiguiente «*Test de Turing*» sentaron las bases de la inteligencia artificial, su visión y sus objetivos¹.

En tal sentido, los primeros pilares de la inteligencia artificial se remontan a los años 30, con Alan Turing cuando empezó a trabajar en el uso de algoritmos y creó un sistema lo suficientemente inteligente como para predecir y evaluar los mensajes que se enviaban, debido a los estudios científicos e investigaciones que se realizaron como respuesta a la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de descifrar los códigos secretos que enviaba el ejército Nazi a través de su máquina Enigma².

Por otra parte, Jean-Gabriel Ganascia indicó:

La inteligencia artificial (IA) es una disciplina científica que nació oficialmente en 1956 en el Dartmouth College, en Hanover (Estados Unidos), durante un curso de verano organizado por cuatro investigadores estadounidenses: John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester y Claude Shannon. Desde entonces, la expresión “inteligencia artificial”, que al principio fue inventada probablemente para llamar la atención, se ha vuelto tan popular que hoy día todos saben de qué se trata.

[...]

A mediados de la década de 1960, los avances tardaron en hacerse sentir. Un niño de diez años derrotó a una computadora en una partida de ajedrez en 1965. Un informe encargado por el Senado de los Estados Unidos daba cuenta, en 1966, de las limitaciones intrínsecas de la traducción automática. La IA tuvo entonces mala prensa durante una década³.

Sin embargo, esa mirada que tuvo en esa década la inteligencia artificial se revertió desde 2020, justamente durante la época de la pandemia Covid-19, resurgiendo la inteligencia artificial, potenciándose las máquinas

¹ DATASCIENTEST, [Inteligencia artificial: definición, historia, usos, peligros](#), en [datascientest.com](#), 10 agosto 2022. El Test de Turing constituye un método utilizado para comprobar que ciertas tecnologías pueden dar respuestas muy similares a las de un ser humano e incluso ser indistinguibles.

² SOFTIMIZA, [Origen de la Inteligencia Artificial](#), en [softimiza.co](#), 24 junio 2022.

³ J.-G. GANASCIA, [Inteligencia artificial: entre el mito y la realidad](#), en [courier.unesco.org](#), 29 junio 2018.

aprovechando los macrodatos o inteligencia de datos como el *big data* con técnicas de aprendizaje profundo, a través del uso de redes neuronales formales, surgiendo aplicaciones como equipos de reconocimiento de voz y de imágenes, comprensión del lenguaje natural, vehículos autónomos, máquinas que piensan y hablan como humanos, entre otros.

A tal efecto, la pandemia Covid-19, ha sido un factor que ha contribuido al adelanto de los proyectos de automatización, digitalización y robótica que estaban planificadas para un futuro, en virtud de la crisis sanitaria y económica, donde algunas empresas se quedaron paralizadas, algunas realizaron una reingeniería organizacional y otras cerraron, pero además resurge en búsqueda de minimizar los contagios y complementando a los trabajadores en la realización de tareas peligrosas, tediosas, rutinarias⁴.

Por otra parte, referente al significado de la inteligencia artificial de la interrogante formulada por Alan Turing se indica que la misma ha tenido cuatro enfoques que son «el pensamiento humano, el pensamiento racional, la acción humana y la acción racional»; siendo que «los dos primeros [...] se refieren al razonamiento y al procesamiento del pensamiento, mientras que los otros dos se refieren al comportamiento»⁵.

Por su parte, Patrick Winston, profesor de inteligencia artificial del MIT, define la IA como «*algoritmos activados por restricciones*, expuestos por representaciones que soportan modelos que vinculan el pensamiento, la percepción y la acción».

Otra definición moderna describe la IA como «*máquinas que responden a simulaciones como los humanos, con capacidad de contemplación, juicio e intención*». Estos sistemas son capaces de «tomar decisiones que normalmente requieren un nivel humano de conocimiento». Tienen tres cualidades que constituyen la esencia de la inteligencia artificial: *intencionalidad, inteligencia y adaptabilidad*.

[...]

En 2017, durante la Japan AI Experience, el CEO de DataRobot, Jeremy Achin, dio su propia definición moderna y con un toque de humor de la IA: «La inteligencia artificial es un sistema informático capaz de realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana... muchos de estos sistemas de IA se basan en el Machine Learning, otros en el Deep Learning y otros *en cosas muy aburridas como las reglas*»⁶.

⁴ Y. TROPANO, A. NOGUERA, *Impacto de la sustitución del trabajador por la máquina, en especial la robotización. Oportunidad y/o amenaza*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2022, n. 1, pp. 146-148.

⁵ DATA SCIENTIST, *op. cit.*

⁶ *Idem*. Vid. también DATAROBOT, *DataRobot AI Experience – Keynote from CEO Jeremy Achin*, en www.youtube.com/@DataRobot, 23 enero 2018.

De lo expuesto podemos concretar, que la inteligencia artificial es un conjunto de sistemas informáticos que busca sustituir la función cognitiva del ser humano, imitando su pensamiento y comportamiento, a través de máquinas, procesadores, softwares, cuyo objetivo va dirigido a crear máquinas y sistemas inteligentes.

Las máquinas serán diseñadas para aprender, realizar acciones y resolver problemas, como los asistentes virtuales/motores de búsquedas o sistema de reconocimiento de voz y rostro, así como sistemas integrados entre los cuales están los robots, drones, vehículos autónomos.

2. La seguridad y salud en el trabajo en América

Antes de hacer referencia a la inteligencia artificial en la materia, resulta apropiado indicar el panorama que se presenta en América en cuanto a la seguridad y salud en el trabajo.

De acuerdo con las estimaciones de la OIT cada año alrededor de 317 millones de personas son víctimas de accidentes del trabajo en todo el mundo y 2,34 millones de personas mueren debido a accidentes o a enfermedades profesionales.

Asimismo, durante una conversación virtual convocada por la Oficina Regional de OIT para América Latina y el Caribe, especialistas analizaron los principales desafíos de la región, y además explicaron la trascendencia y que compromiso implica que el entorno de trabajo seguro y saludable sea un derecho fundamental, manifestándose que la región de América Latina y el Caribe enfrenta una serie de desafíos en materia de ratificaciones, políticas e institucionalidad, con el fin de impulsar la seguridad y salud laboral⁷.

Igualmente se enfatizó que casi tres millones de personas mueren cada año por accidentes y enfermedades laborales, donde la OIT ha destacado que esto tiene efectos devastadores sobre las personas y las familias, pero además impacta negativamente en el tejido social de los países, en las comunidades e incluso en las economías.

La OIT considera que la prevención es clave para mejorar la salud y seguridad en el trabajo, planteando la importancia de fijar estrategias para evitar accidentes y enfermedades laborales, siendo que la región de las Américas hay desafíos importantes relacionados con salud y seguridad.

⁷ OIT, *Mejorar la seguridad y salud en el trabajo, un desafío para América Latina y el Caribe*, en www.ilo.org, 15 mayo 2023.

Entre las cifras disponibles se registran 11,1 accidentes mortales por cada 100.000 trabajadores en la industria; 10,7 en la agricultura y 6,9 en el sector de los servicios. Entre los sectores más importantes para las economías de la región como minería, construcción, agricultura y pesca, es donde se produce la mayor incidencia de accidentes.

Para la OIT⁸ es importante que los países de América Latina y el Caribe cuenten con un marco normativo adecuado, tengan políticas nacionales y programas de salud y seguridad en el trabajo, y promuevan la acción coordinada de las diferentes entidades, indicando la necesidad que se plantee un sistema de inspección eficaz para velar por el cumplimiento de la norma, así como es esencial la existencia de mejores sistemas de registro y notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que permitirá establecer prioridades y mejorar el diseño de las estrategias de prevención.

Por otra parte, destacó que el costo humano que implican las enfermedades y los accidentes afectan la producción y el desempeño económico, y generan importantes gastos médicos.

A su vez, la Organización Panamericana de la Salud (OPS)⁹, expresó por el día internacional de la Seguridad y Salud en el Trabajo 2023, que los accidentes son la parte más visible del problema, donde además las enfermedades relacionadas con el trabajo como el cáncer ocupacional, las enfermedades circulatorias y las respiratorias, representan el 80% de las muertes; estimándose que cada año se producen nueve millones de accidentes y enfermedades laborales no fatales, a lo que se añade los problemas de salud mental, acotando que se trata de accidentes y enfermedades laborales que «en su mayoría se pueden prevenir».

Asimismo, la OPS indica que la cifra significativa de los accidentes y enfermedades está muy relacionada con la situación de América Latina y el Caribe donde «se estima que más del 60% de las personas trabajadoras se encuentra en el sector informal, una situación que se agravó además con la pandemia», agregando además que «la región enfrenta situaciones de convulsión social y fenómenos meteorológicos extremos que agravan aún más el escenario».

Entre los años 2016 y 2021, según datos de la OIT, Costa Rica es el país con el mayor número de lesiones relacionadas con el trabajo, con 9.421 lesiones profesionales no mortales y 9,7 mortales por cada 100.000 trabajadores. Otros cuatro países latinoamericanos también aparecen entre

⁸ OIT, *Salud y seguridad en trabajo en América Latina y el Caribe*, en www.ilo.org, 2 diciembre 2023.

⁹ OPS, *Más de 100.000 personas mueren cada año en las Américas por accidentes o enfermedades relacionados con el trabajo*, en www.paho.org, 22 mayo 2023.

los once más peligrosos para los trabajadores: Argentina, Chile, Uruguay e México, como se muestra en el siguiente gráfico.

Gráfico 1 – Países donde trabajar es peligroso



* 72 países analizados. Últimos datos disponibles entre 2016 y 2021

Fuente: M.F. MELO, [Los países donde trabajar es peligroso](#), en [es.statista.com](#), 3 mayo 2023

En el gráfico 2, se observa un alto índice de fatiga laboral siendo los países pioneros Argentina, Chile, Ecuador, Panamá y Perú por sobrecarga de trabajo, el trato de los superiores e incertidumbre de las competencias a ejecutar.

Gráfico 2 – Alta sensación de *burnout* en América Latina

Fuente: M.F. MELO, [Agotamiento laboral](#), en [es.statista.com](#), 9 noviembre 2023

En fin, podemos destacar que en América se enfrenta a una situación preocupante y que a su vez pareciera que las estrategias que se han diseñado en el transcurso del tiempo para evitar el aumento de los accidentes y enfermedades no han tenido un resultado significativo, quedando marcado como puntos desafiantes aún por superar en la seguridad laboral la mitigación de las enfermedades ocupacionales, la fatiga y bienestar del trabajador, la adecuación de las normativas y su cumplimiento, la implementación de las tecnologías avanzadas, la automatización y la inteligencia artificial en pro de mejorar la salud y la seguridad de los trabajadores.

3. Los beneficios de la inteligencia artificial en la seguridad y salud laboral

La OPS indica:

La IA tiene el potencial de ayudar a superar los crecientes desafíos de salud, incluidos el aumento de los costos, los cambios demográficos y epidemiológicos, las necesidades de salud insatisfechas relacionadas con la doble carga de las enfermedades infecciosas y no transmisibles, y una escasez significativa de profesionales de la salud capacitados¹⁰.

Vallejo-Noguera, Rubio-Endara y Tello-Moreira expresan:

La Inteligencia Artificial (IA) en la empresa se ha constituido en una herramienta orientada a identificar situaciones potenciales de riesgo o conductas indebidas de los trabajadores a través de la obtención de datos y su tratamiento algorítmico, que conllevan a una mayor protección y una disminución de situaciones peligrosas en el entorno empresarial.

[...]

En este sentido, la IA cada vez más se está posicionando en las organizaciones empresariales como una de las mejores alternativas modernas para asegurar el entorno laboral y evitar cualquier accidente que ponga en riesgo la salud de los trabajadores y empleados, siendo que el recurso humano es considerado como el activo más valioso dentro de cualquier organización exitosa¹¹.

En este orden de ideas, Aguilar del Castillo:

La subordinación del empresario a la tecnología va a tener una trascendencia muy importante en el ejercicio de su poder de dirección, sobre todo desde la perspectiva del control y vigilancia de la actividad de sus trabajadores. Pero también la va a tener sobre el cumplimiento de sus obligaciones para con ellos, centradas principalmente en las relativas a la protección de su salud.

La obtención de datos a través, entre otras, de las medidas de vigilancia y control de la actividad, sitúa al empresario, paradójicamente, en una posición del conocimiento “pleno” sobre los riesgos que genera y sobre los que se derivan de la conducta de sus trabajadores en la prestación de

¹⁰ OPS, *Inteligencia artificial. 8 Principios rectores de la transformación digital del sector salud. Caja de herramientas de transformación digital*, 2023, p. 6.

¹¹ F.F. VALLEJO-NOGUERA, O.W. RUBIO-ENDARA, J.A. TELLO-MOREIRA, *Implementar el Uso de la Inteligencia Artificial para Detectar el Comportamiento del Trabajador en la Prevención de Accidentes Laborales en la Empresa*, en *Dominio de las Ciencias*, 2022, n. 1, pp. 1036 y 1039.

su servicio. Este conocimiento debería dificultar considerablemente, por injustificada, una posible inacción ante las deficiencias observadas en la protección eficaz de la salud de sus trabajadores¹².

La Sociedad Española de Salud y Seguridad en el trabajo (SESST [...]) ha indicado que el factor humano está detrás del 80% de los accidentes laborales, por lo que comprender este aspecto, resulta clave de cara a anticipar aquéllos y orientar mejor las acciones preventivas tanto a nivel individual como colectivo. [...] En este mismo orden de ideas, [...] Puyal [...] expone que en la prevención de riesgos laborales intervienen importantes aspectos psicosociales que no pueden obviarse, tales como las actitudes, hábitos de las personas, percepción del riesgo y percepción del control sobre el mismo, explicaciones sobre los riesgos laborales desde agentes externos, satisfacción con la forma de proceder de la empresa, entre [...] otros temas»¹³.

Por otra parte, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo¹⁴ destaca que la llegada de la inteligencia artificial al lugar de trabajo puede crear oportunidades, pero también puede presentar nuevos retos para la salud y la seguridad en el trabajo, su gestión y su regulación; sin embargo, indica que la automatización de tareas mediante robots puede evitar que los trabajadores tengan que exponerse a situaciones peligrosas y los cobots pueden facilitar el acceso al empleo a las personas de más edad o con discapacidad.

En un artículo indicamos:

la tecnología está avanzando cada día, conllevando a que los ciudadanos tengamos que actualizarnos constantemente, y desarrollar nuevas capacidades para competir en el mercado laboral. Pero esta revolución tecnológica no se centra solamente en la adquisición de nuevos conocimientos, así como el aprendizaje al uso de equipos tecnológicos para apostar por un mejor trabajo, sino que además se dirige en la búsqueda de prevenir o descender los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales. En este sentido, dentro del ámbito de la

¹² M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2020, n. 1, p. 272.

¹³ F.F. VALLEJO-NOGUERA, O.W. RUBIO-ENDARA, J.A. TELLO-MOREIRA, *op. cit.*, p. 1040, que citan a SESST, *E prevenir a predecir: el uso de sistemas de inteligencia artificial para reducir la siniestralidad en el trabajo*, en www.sesst.org, 17 mayo 2021, y E. PUYAL ESPAÑOL, *La Conducta Humana frente a los Riesgos Laborales. Determinantes individuales y grupales*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 2001, n. 12, pp. 157-184.

¹⁴ EU-OSHA, *Impact of artificial intelligence on occupational safety and health*, EU-OSHA Policy Brief, 2021.

seguridad y salud en el trabajo hemos observado como la tecnología ha venido optimizando y perfeccionando equipos de trabajo con el fin de salvaguardar la vida de los trabajadores frente a algunas actividades que realizan; así como también contribuirá a distribuir la carga de trabajo, con el fin de hacer que su trabajo sea más llevadero¹⁵.

En tal sentido, el comportamiento humano es uno de los factores principales causante de los accidentes de trabajo, sin descartar que también la conducta del empleador de asegurar un ambiente de trabajo adecuado y garantizar la seguridad de los trabajadores. No obstante, la aparición de la inteligencia artificial se ha convertido en un aliado que coopera con el empresario y los trabajadores en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo en lo concerniente a la elaboración de los documentos, programas, notificaciones de riesgos y demás actos regulatorios, así como llevar su seguimiento por medio de aplicaciones que permite automatizar dichas tareas de forma eficiente y en ejecutarlas en un corto plazo.

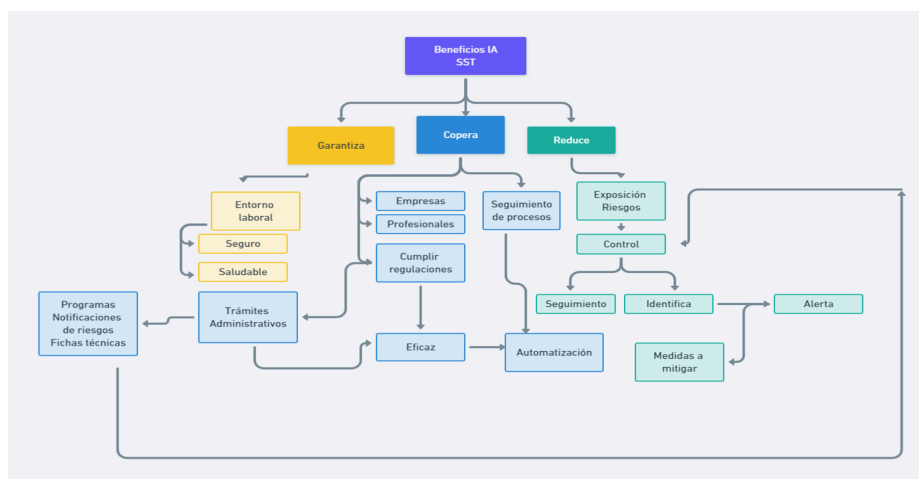
Además, permite mejorar la vigilancia de la seguridad y salud, ya que reduce la exposición de riesgos identificándolos y dando seguimiento continuo, y en caso de alguna irregularidad emite la alerta procurando actuar en el menor tiempo y aplicar las medidas correctivas.

Igualmente, la inteligencia artificial hace un seguimiento continuo de los procesos, contribuye a automatizar las tareas peligrosas, repetitivas o complicadas, lo que reduce la exposición de los trabajadores a riesgos físicos o químicos. Como indican Özlük, Gümüş y Şahinkaya esto no solo mejora la seguridad laboral, sino que también aumenta la productividad y permite a los empleados enfocarse en tareas más significativas¹⁶.

¹⁵ Y. TROPANO, A. NOGUERA, [Los efectos positivos de la tecnología en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo](#), en *Noticias CIELO*, 2020, n. 3, p. 1.

¹⁶ M. ÖZLÜK, I. GÜMÜŞ, S. ŞAHINKAYA, *Occupational Health and Safety in Industry 4.0 Era: A Comparative Analysis*, en *International Journal of Industrial Engineering and Management Systems*, 2020, vol. 19, n. 3, pp. 757-767.

Figura 1 – Beneficios de la IA, parte 1



Fuente: elaboración propia presentada en el XIII Congreso Internacional ADAPT, ¿Hacia una sociedad sin trabajo?, BÉRGAMO, 30 noviembre-2 diciembre 2023

Incluso colabora en la gestión del servicio de seguridad y salud laboral en aquellas tareas concernientes a la salud de los trabajadores, en este sentido, hace monitoreo en tiempo real recopilando datos del estado salud de los trabajadores, por ejemplo, los parámetros vitales, es decir, la frecuencia cardíaca, temperatura corporal, frecuencia respiratoria, el nivel de estrés, de fatiga, entre otros¹⁷.

Por medio de pulseras, sensores y cámaras inteligentes, entre otras herramientas, se puede diagnosticar el estado de salud, movimientos o condiciones peligrosas y notificar a los trabajadores o al equipo de seguridad para que tomen las medidas preventivas, coadyuvando a identificar y canalizar los problemas de salud o prevenir los accidentes de manera oportuna y garantizar la mitigación de enfermedades y lesiones.

Otra herramienta que aporta la inteligencia artificial es la capacitación virtual, simulando situaciones de trabajo peligrosas en un espacio virtual como mecanismo de formación-aprendizaje y entrenamiento a los trabajadores sin exponerlos a riesgos reales, constituyendo un canal para concientizar, razonar, evaluar y tomar decisiones ajustadas en caso de emergencias que se pueden presentar en diferentes escenarios.

También son de gran utilidad para cursos de capacitación, para transmitir mensajes diarios a los trabajadores o enviar series de episodios

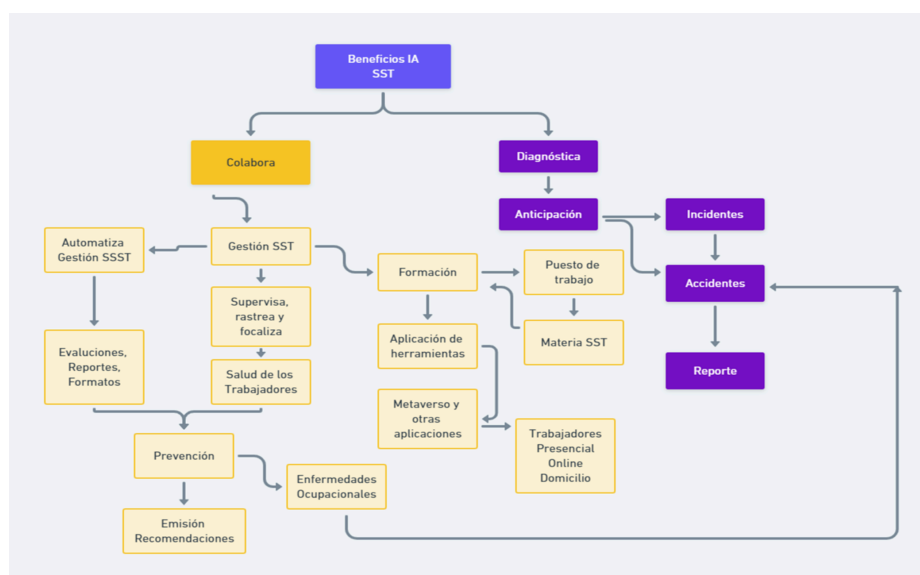
¹⁷ E. FONG, *Artificial intelligence as a service in occupational safety and health*, en *Safety and Health at Work*, 2019, vol. 10, n. 3, pp. 263-265.

cortos de diferentes actos irregulares que incurren los trabajadores y las consecuencias que se puedan generar si no se cumple con las medidas de seguridad.

A tal efecto, la inteligencia artificial puede proporcionar capacitación virtual y simulaciones realistas para los trabajadores, permitiéndoles adquirir habilidades y conocimientos sin correr riesgo de sufrir lesiones. Esto es especialmente útil en entornos peligrosos, como la industria química o minera.

Adicionalmente, la inteligencia artificial colabora con los supervisores para el mantenimiento predictivo de los equipos y máquinas de trabajo, prediciendo fallos antes de que ocurran o detectando su desgaste y emitiendo las recomendaciones preventivas, lo cual coadyuva a evitar los accidentes potenciales.

Figura 2 – Beneficios de la IA, parte 2



Fuente: elaboración propia presentada en el XIII Congreso Internacional ADAPT, *¿Hacia una sociedad sin trabajo?*, BÉrgamo, 30 noviembre-2 diciembre 2023

4. Aplicaciones de la inteligencia artificial en la seguridad y salud en el trabajo

Entre las aplicaciones que se están insertando en materia de seguridad y salud en el trabajo, están:

1. *redes neuronales*. Son de utilidad para analizar los datos de incidentes y accidentes de trabajo, identificando los riesgos. Puede analizar información de lesiones en el lugar de trabajo para identificar las áreas de alto riesgo e indicar las alternativas de mejoras en los protocolos de seguridad y capacitación;
2. *herramientas de predicción y mapeo de enfermedades*. Pueden aplicar algoritmos para analizar datos de la condición física, medir los parámetros vitales y otros factores que verifiquen los problemas de salud en etapas tempranas, lo cual contribuirá a los empleadores a tomar medidas preventivas;
3. *dispositivos portátiles*. A través de tele cámara conectada al sistema de computadora como tabletas podemos verificar si los trabajadores están utilizando correctamente los equipos de protección personal, e incluso incorporar portátiles de tecnología de fácil uso y aplicación en líneas de montaje que le de asistencia al empleado en los procesos de producción en cadena. Este tipo de dispositivo de inteligencia artificial es útil para la inspección de un accidente *in tinere*, aplicando un sistema de visión por computadora equipado con algoritmos de aprendizaje automático, que permite analizar las imágenes y vídeos capturados en la escena de un accidente y realizar una evaluación precisa de las causas de la ocurrencia y los daños ocasionados;
4. *sensores de inteligencia artificial*. Permiten monitorear continuamente las condiciones ambientales, ergonómicas y biomecánicas de los trabajadores. Incluso se pueden detectar niveles altos de ruido, temperatura inadecuada del ambiente, la exposición a sustancias peligrosas o detectar incendios, alertando a los empleados y previniendo posibles problemas de salud y de accidentes¹⁸;
5. *chatbots o asistentes inteligentes*. Por medio de este software es posible brindar al personal información las 24 horas. En tal sentido, los chatbots pueden responder preguntas sobre procedimientos de seguridad, normativas y cualquier otra consulta relacionada con la seguridad y salud en el trabajo, emitiendo respuestas precisas y en corto tiempo de espera¹⁹. Igualmente, pueden realizar evaluaciones de riesgo e indicar las recomendaciones para mejorar las condiciones laborales, así como intervenir en procedimientos;

¹⁸ ASOCIACIÓN PERUANA DE PREVENICIONISTAS DE RIESGOS, [Inteligencia Artificial aplicada a la Prevención de Riesgos](#), en www.youtube.com/@APDRPeru, 16 mayo 2017, video que ejemplifica la aplicación de esta herramienta.

¹⁹ ROGELIO LEAL SALGADO & COMPAÑÍA, [La Inteligencia Artificial Transformando la Capacitación en Seguridad y Salud en el Trabajo \(SST\)](#), en www.rogeliotealsalgado.com, 2 junio 2023.

6. *aplicaciones de entrenamiento como el metaverso²⁰ y otros tipos de herramientas de realidad virtual que encontramos en el mercado.* Son complementarias para su aplicación en la formación a los trabajadores, realizando simulación de situaciones de trabajo peligrosas en que los trabajadores deben responder seguros ante ellas. También se pueden incorporar en el proceso de capacitación a los trabajadores con cursos, talleres, charlas, noticias en la materia, así como tutoriales o ejercicios de pausas activas, pudiendo acceder a ellas en cualquier momento y lugar donde se encuentren;
7. *robots colaborativos o cobots.* La finalidad es trabajar junto con los trabajadores o sustituirlos en aquellas actividades que tengan un alto nivel de riesgo, además de vigilar constantemente sobre los riesgos a los que los trabajadores están expuestos, en especial en aquellas actividades de difícil control presencial como minas, obras de construcción, agricultura, entre otros. Ejemplo de ello, en el 2019, una empresa de Boston inició a desarrollar una inteligencia artificial para localizar y controlar por medio de drones toda la maquinaria y los factores de riesgos con el objetivo de reducir los accidentes en la obra, constituyendo un algoritmo que analiza las fotos tomadas por los drones en los sitios de construcción, y examinando los riesgos relacionados con la seguridad de los trabajadores²¹.

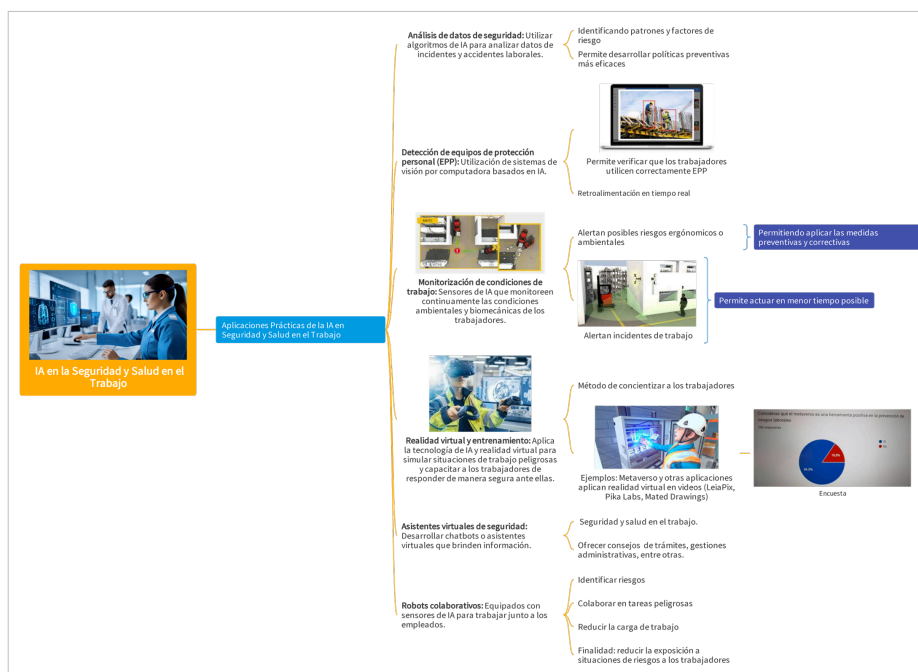
En fin, la implementación de estas aplicaciones está destinada a reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales, facilitando la creación de nuevos métodos de supervisión y de gestión de los trabajadores con la recogida de grandes cantidades de datos en tiempo real, siendo una oportunidad para mejorar y optimizar la vigilancia y la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, reducir los riesgos, prevenir los accidentes y tomar las medidas adecuadas en un menor tiempo, como también detectar tempranamente trabajadores en situaciones de estrés, problemas de salud y fatiga.

A continuación, se presenta una figura que esquematiza la funcionalidad de estas aplicaciones.

²⁰ En relación al metaverso, en la encuesta realizada se observan algunas opiniones controvertidas referente a su aplicación que serán comentadas en el subtítulo correspondiente.

²¹ BIBLUS, *Inteligencia Artificial: descubramos la I.A. que reducirá los accidentes en obras de construcción*, en biblus.accasoftware.com, 26 febrero 2019.

Figura 3 – Tipos de aplicaciones de la IA en Seguridad y Salud en el Trabajo



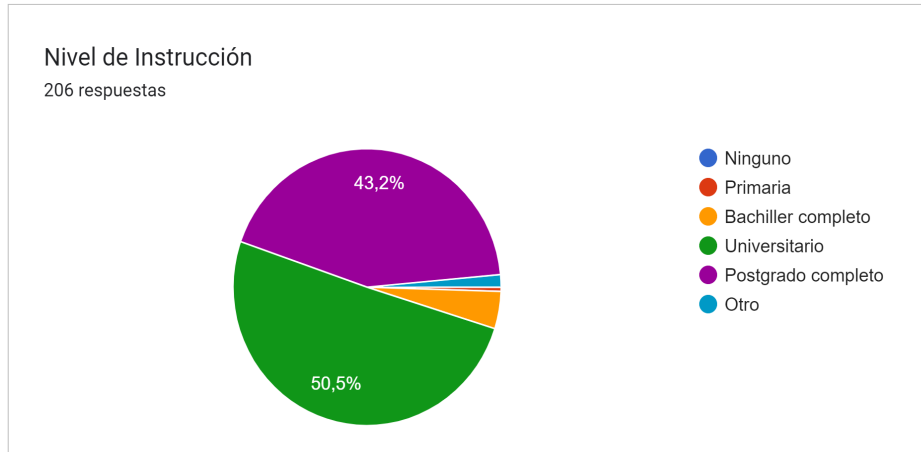
Fuente: elaboración propia presentada en el XIII Congreso Internacional ADAPT, ¿Hacia una sociedad sin trabajo?, Bérgamo, 30 noviembre-2 diciembre 2023

5. Resultados de la encuesta sobre la inteligencia artificial en la seguridad y salud en el trabajo en América

A través de Aprendizaje Jurídico, se realizó una encuesta²² a nivel internacional destinada a la población de América, para evaluar las perspectivas, conocimientos y criterios de la visión de la inteligencia artificial en su aplicación a la seguridad y salud en el trabajo, obteniendo 206 respuestas, que se muestran y se analizan a continuación.

²² Encuesta sobre la inteligencia artificial en la seguridad y salud en el trabajo en América, 2023, utilizando como método el sistema de formulario de Google.

Gráfico 3 – Nivel de instrucción de los participantes



El 73,3% de los participantes han manifestado tener conocimiento sobre la inteligencia artificial, deduciendo que aún existe un grupo poblacional con desconocimiento del tema, siendo que el 85% de los encuestados indicaron estar de acuerdo con la incorporación de la inteligencia artificial en la seguridad y salud en el trabajo (*vid.* gráficos 4, 5 y 6).

Gráfico 4 – Conocimiento sobre la IA

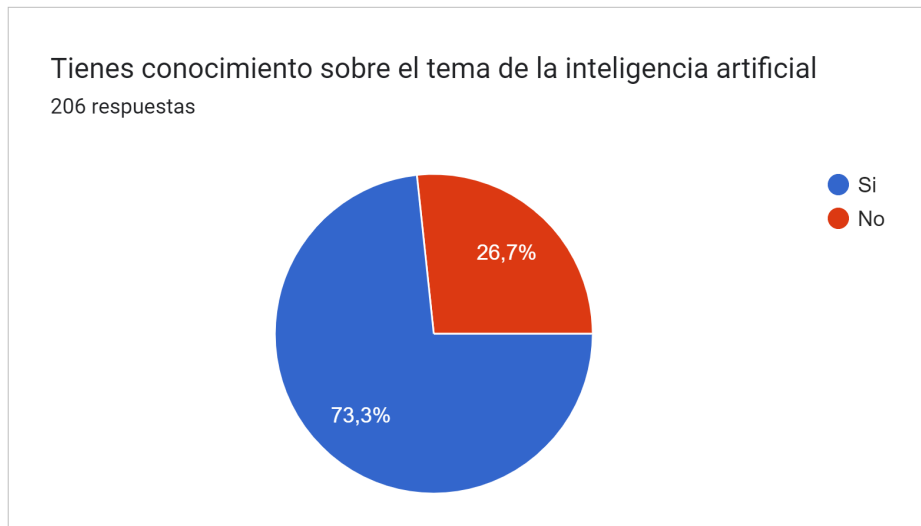
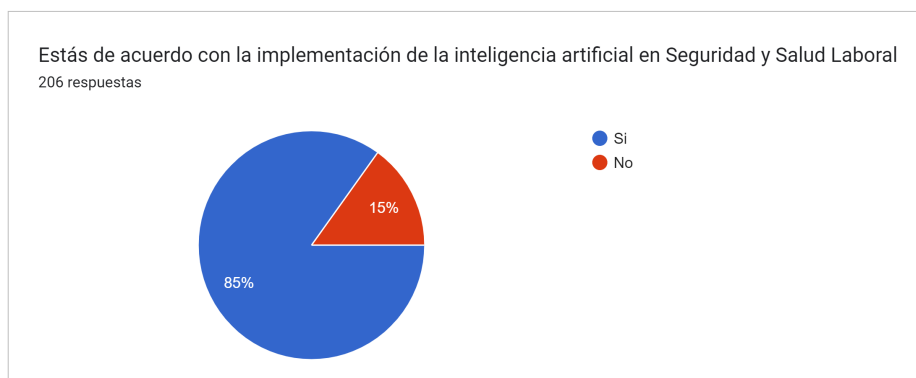


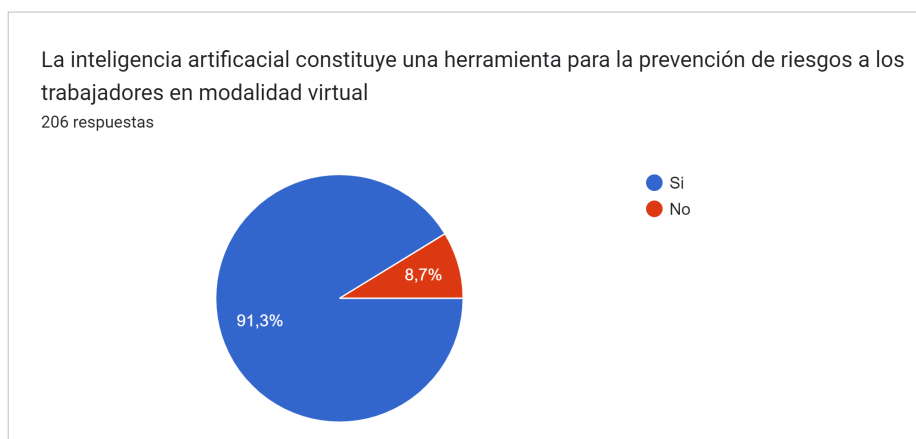
Gráfico 5 – Implementación de la IA en la seguridad y salud laboral

No obstante, en el gráfico 5, 33 participantes indicaron un rechazo a la inteligencia artificial, alegando los siguientes motivos.

- Puede haber un resultado no correcto en su uso
- Se necesita conocimiento en campo
- La falta de seguridad intelectual
- La población no está debidamente instruida
- La inteligencia artificial no puede sustituir 100% al hombre en materia de seguridad y salud en el trabajo
- Los profesionales se quedan sin empleo
- Se debe contar con un concepto consensuado
- Aplicaría solo para empresas de bajo riesgo más no para empresas con procesos peligrosos como trabajos en altura, excavaciones o espacios confinados
- Debe haber leyes que regulen el uso, y el área donde se apliquen; ya que el sentido común es difícilmente reemplazable. Diversidad legal
- Hay que tener empatía/carisma/humanidad/sentimientos
- Es un tema que aún falta mucho por estudiar
- Se pierde el contacto humano; se prefiere el modelo natural
- Se desconfía de esas máquinas, aunque puedan disminuir los esfuerzos humanos
- Hoy en día se está usando la inteligencia artificial para reemplazar el criterio humano, lo cual se puede incluir como importante apoyo, sobre todo en la prevención

- Algunos procesos todavía se revisan en campo y algunos programas por la lógica no están diseñados para ver esos detalles y todavía están en fases de prueba en aplicación
- La salud es algo muy sensible donde se requiere humanidad
- Hay espacios de trabajo, tipo de empresas de manufacturas donde los responsables de la seguridad deben estar en el sitio. Puede pensarse en un régimen mixto, en algunos entrenamientos virtuales, pero la observación y presencia física sigue siendo necesaria
- Condiciones del trabajo in situ
- Se perjudicaría el mercado laboral para los seres humanos
- Se perjudicaría el sistema laboral para los seres humanos
- Si se presenta una emergencia real, no creo que una máquina pueda encontrar la mejor solución para todos como lo haría una persona
- Más facilidad para aumentar el conocimiento

Gráfico 6 – La IA en trabajadores de modalidad virtual



En el gráfico 6, se observa que los encuestados en un 91,3% expresaron como positiva la inclusión de la inteligencia artificial para la prevención de los riesgos a los que están expuestos los trabajadores que prestan servicios en modalidad virtual-remoto. Sin embargo, quienes rechazaron, que resultó un 8,7% expresaron su visión, y a continuación se detalla un resumen.

- Se violan los derechos intelectuales de autor

- No necesariamente es incapaz, pero considero que sería ineficiente
- Tomaría mucha investigación y desarrollo antes de ponerlo en marcha y, aún así, todo lo que toma es otra inteligencia artificial por parte de un tercero y un usuario poco informado sobre la seguridad virtual para poner en riesgo a todo sistema conectado a una red en la empresa
- Es que aún no estoy de acuerdo con la IA
- Porque puede ser implementada también en la modalidad presencial
- La seguridad debe ser más cercana, más humana
- No es muy asertiva
- No debe ser únicamente virtual, así, como se aplica en la educación, sirve de apoyo para optimizar y emplearse, para analizar resultados y procedimientos
- Diversidad en elaboración de algoritmos y seguimiento en la identificación de peligros y riesgos a nivel local

En relación a la pregunta de aquellos oficios y profesionales que en materia de seguridad y salud laboral podrían ser sustituidos por la inteligencia artificial, observamos en el siguiente gráfico una calificación entre un 50% que indica que ninguno y el otro 50% que especifica, en el orden, a los docentes en la materia, los abogados, los ingenieros, el ergónomo, y médico ocupacional. Esto determina que la mitad de los participantes se oponen a que la inteligencia artificial reemplazará al personal que se dedica en esta materia, sin embargo, preguntamos qué otros oficios y profesionales se incluyen en esta agrupación, y se obtuvo lo siguiente.

Consultores, administradores, coordinador de seguridad y salud en el trabajo, contadores, arquitectos, todas las profesiones están amenazadas a sustituir el hombre por la máquina, gestor, higienista en seguridad, psicólogo, seguridad patrimonial, protección civil, coordinador de alturas, ingeniería, personal de limpieza, economistas, el conocido en inglés como "*search engine optimization*", docentes, orientadores, sociólogo, TSU, Seguridad Industrial, administración de recursos humanos, agrónomos, responsable de seguridad y salud en el trabajo

Al final, indicaron que la inteligencia artificial no sustituye a estos profesionales, sino que será un apoyo.

Gráfico 7 – Oficios y profesiones a ser sustituidos por la IA

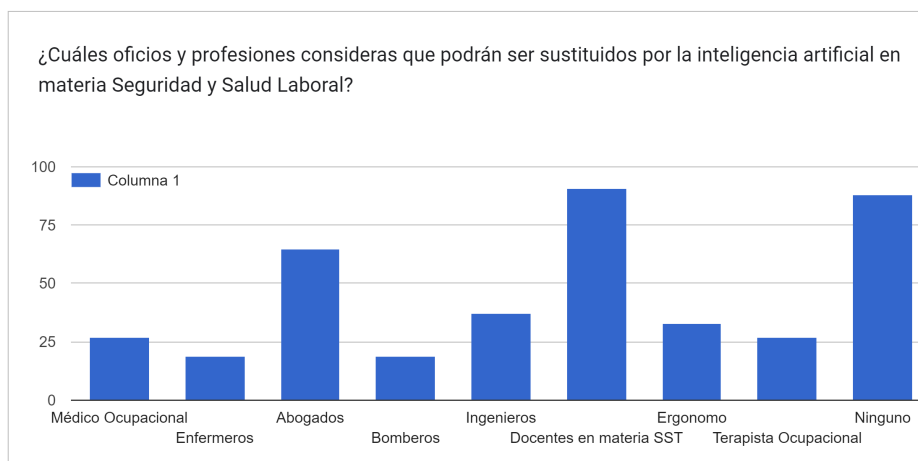
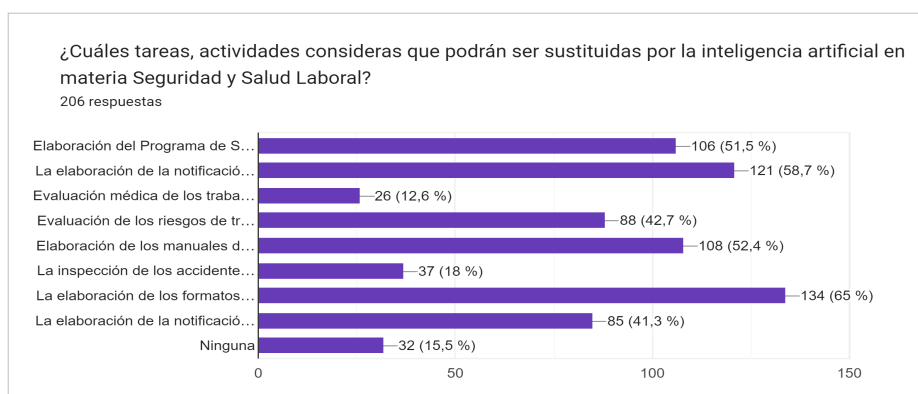


Gráfico 8 – Actividades, tareas que sustituirá la IA



A continuación se detallan las actividades, tareas y gestiones que se estiman que podrán ser realizadas por la inteligencia artificial, y que reducirá una carga de trabajo al personal en seguridad y salud laboral, en orden de predilección resultó, conforme información suministrada por sistema de formulario de Google, y que no se visualiza en el respectivo gráfico:

1. Elaboración de los formatos en seguridad y salud en el trabajo
2. Elaboración de la notificación de riesgo
3. Elaboración del programa de Seguridad y Salud en el Trabajo

4. Elaboración de los manuales de seguridad
5. Las inspecciones en el área de trabajo
6. Las evaluaciones de salud

Además, 44 participantes de la encuesta indicaron otras tareas que podrán ser gestionadas con la inteligencia artificial, que son:

- Reportes de siniestralidad
- Supervisión de riesgos laborales
- Respuesta a necesidades
- Documentos de participación, capacitación
- Creación de reportes
- Los procesos y formatos en la formación en el cargo
- Controles de acceso
- Los formatos de ingeniería
- Elaboración de proyectos de leyes laborales
- Procedimientos de trabajo seguro, evaluación de procesos peligrosos
- La vigilancia de la utilización de los equipos de protección personal
- Las estadísticas
- Control, manejo y archivo de documentos y carpetas en temas de seguridad
- Evaluación de permisos de trabajo
- Generación de indicadores de seguridad y salud en el trabajo
- Elaboración de matrices de riesgo laboral
- Análisis de datos en accidentes
- Monitoreo de cumplimiento de normas
- Matriz de riesgos por puesto de trabajo
- Observación directa de desempeño físico por análisis ergonómico músculo esquelético
- Evaluación de los riesgos ocupacionales
- Creación de sistemas de vigilancia epidemiológicos y seguimiento
- Planificación, información
- Inspección de equipos móviles
- Los procesos de elecciones de los delegados y comité de seguridad y salud laboral

Ahora bien, otra de las preguntas formuladas en la encuesta es la receptividad del metaverso como herramienta para la prevención de riesgos laborales, obteniendo una afirmación 84,5% y una negación del 15,5%, determinándose que la mayoría concuerda y apuesta que es una herramienta útil en el área.

Gráfico 9 – El metaverso en la prevención de riesgos laborales



Aquellos que respondieron negativamente – comprendiendo 28 participantes – algunos manifestaron no tener conocimiento de la aplicación y otros no conocen su relación con el área y en otras situaciones, indicaron los siguientes motivos.

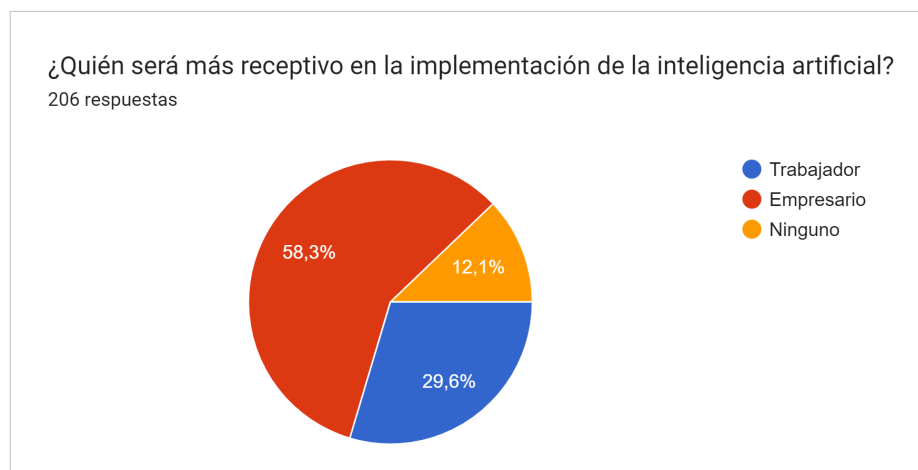
- Su incidencia con la realidad, ya que hablamos de teorías no concluyentes
- Por el peligro hombre vs máquina
- Únicamente se aplica a las modificaciones del usuario, mientras que en el trabajo real hay variables sin cualificar o cuantificar
- El uso de la herramienta no es accesible para todo el mundo
- Se necesita lo presencial
- Por el mismo significado del metaverso
- Porque no todos tienen acceso a la tecnología
- Asertividad
- Ya que no está desarrollado del todo
- Ya que pueden dar un inverso de herramientas, pero sin capacitación y experiencia como fueron aprobadas irían a un sesgo muy alto

- Mayor brecha con la realidad del peligro/riesgo
- No es lo suficientemente inmersiva como para que los trabajadores se evadan de la realidad. Imposibilidad de llegar a la totalidad de trabajadores
- Si es adaptable para simulación de escenarios de riesgo
- Dependiendo del tipo de trabajo
- Los riesgos y condiciones de peligro son resultado de eventos aleatorios y son previsibles en el diseño de sistemas de equipos y operaciones, y dependen del tiempo de vida de componentes de los sistemas y factor humano combinados
- Podría en fase de formación o sensibilización, pero de base hay que proporcionar experiencias reales. Otra cosa sería la realidad aumentada eso sí tendría enormes beneficios
- Porque no se ajustaría a la realidad tangible del ser humano
- Desvía a un ambiente virtual y en seguridad y salud de trabajo debes estar con los pies en la tierra
- No encuentro una relación directa

Del resultado de esta pregunta se determina que aún existe un desconocimiento general del metaverso e incluso su incorporación en la seguridad y salud en el trabajo, el cual ha tenido un efecto positivo en la formación y capacitación de los trabajadores, ha sido de gran beneficio para la sensibilización de los trabajadores en la prevención en actividades de formación en relación con aquellas tareas que tienen un gran índice de peligrosidad, y su alcance para los trabajadores que prestan servicios en modalidad virtual o a domicilio.

Ahora, no podemos descartar que presenciaremos un grupo de la población trabajadora que no será adaptable por su falta de conocimiento o dificultad de aprendizaje o límite de acceso a la tecnología o por el peligro a generar su impacto en la simulación de riesgos al estado de salud, o simplemente tendrá una oposición categórica a la herramienta, no obstante, constituirá un porcentaje mínimo de la población.

Referente a la salud de los trabajadores, consideramos que su aplicación a cierta categoría de trabajadores, por razones de discapacidad física, mental o tema de la edad, deberá ser evaluada previamente para evitar consecuencias que en presente y futuro puedan generar un daño o agravar su salud.

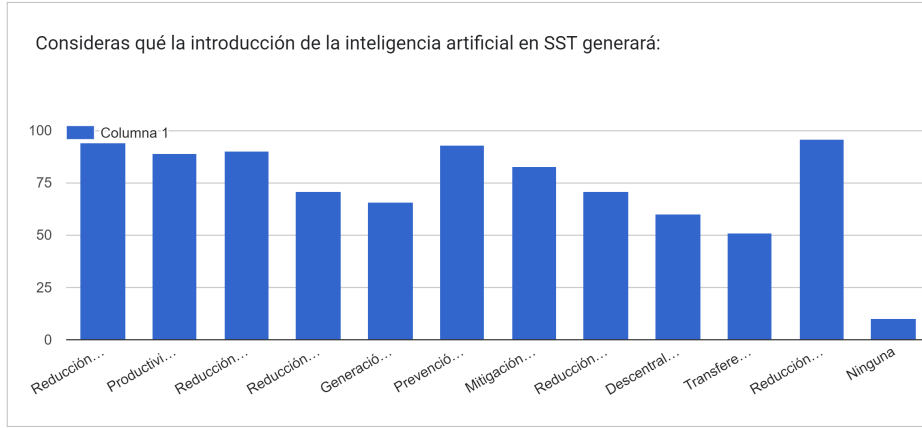
Gráfico 10 – Recepción de la IA, entre trabajador y empresario

En el gráfico precedente, los encuestados consideran que el empresario será más receptivo a la inclusión de la inteligencia artificial en el área de diferencia del trabajador, deduciendo que ante su desconocimiento, miedo u dudas manifestarán un rechazo, y por otra parte existirá un grupo donde ambas categorías lo rechazará, siendo que las razones de los trabajadores ya se conocen, pero en caso de los empresarios se inclinará por el costo, el miedo, la no creencia o la falta de confianza.

Se indican los aspectos que los encuestados consideran que generará o está influyendo actualmente con la inteligencia artificial en el área de la seguridad y salud en el trabajo, conforme información suministrada por sistema de formulario de Google, y que no se visualiza con detenimiento en el gráfico 11:

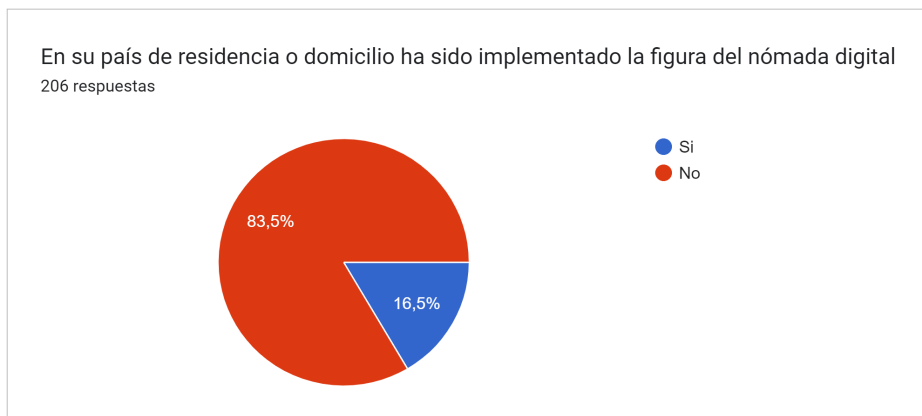
- Reducción de la carga laboral, 96%
- Prevención de los riesgos de trabajo, 93%
- Reducción del empleo/puestos de trabajo, 94-90%
- Productividad, 89%
- Reducción de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, 80%
- Descentralización o transferencia de competencias, 55-50%

Gráfico 11 – Lo que generará IA en la seguridad y salud en el trabajo



Uno de los aspectos que debemos tener claro con la entrada del avance tecnológico en esta materia, es que indudablemente para que haya una efectiva respuesta de la inteligencia artificial en la reducción de los riesgos, carga laboral, aumento de beneficios a los trabajadores, prevención de los accidentes y enfermedades, habrá una reorganización en las instituciones, que dependiendo de la visión y objetivos proyectados de la gerencia, en algunos casos se originará de inmediato y en otros de forma paulatina, donde inclusive los factores económicos y políticos de cada país serán elementos que influirán y conducirán a los cambios laborales y de seguridad social que tendrán que implementarse.

Gráfico 12 – Reconocimiento e incentivo a los empresarios y organismos en la inclusión de la IA en la seguridad y salud en el trabajo



Encontraremos países que están incentivando a los empresarios y organismos a ser inmersos en la inteligencia artificial, cuyos participantes del ámbito internacional (*vid.* gráfico 12) expresaron que en sus países se está efectuando, emitiéndose una calificación del 88,3%.

Asimismo, nos indicaron algunos ejemplos que se detallan a continuación.

- Cambios de puestos por inteligencia artificial
- Las ciudades tecnológicas y virtuales
- Atención al cliente
- Procesos de registros, bases de datos, centralización de documentos, nombrar documentos de acuerdo a un sistema
- En los planes de estudio de las Especializaciones y Maestrías se ha incrementado el contenido de la inteligencia artificial y se ha comentado la participación de docentes y estudiantes en proyectos de investigación que involucren el tema
- Hay una gran cantidad de cursos, foros y seminarios que tengo conocimiento, pero del sector privado por lo general
- Toma de temperatura por termómetro inteligentes con cámara y sensores
- Digitalizar documentos, implementaron loto digital
- Inclusión en Instituciones Públicas
- Hay empresas que ya la usan en prevención de riesgos. Los investigadores la estamos usando para mejorar evidencia en seguridad y salud en el trabajo

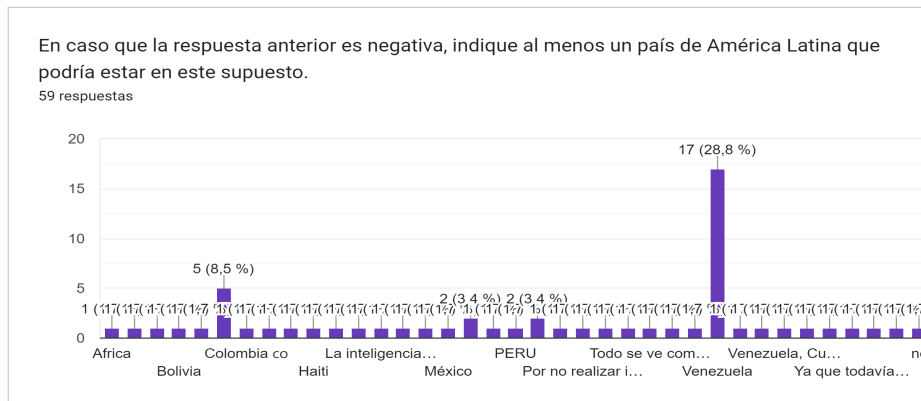
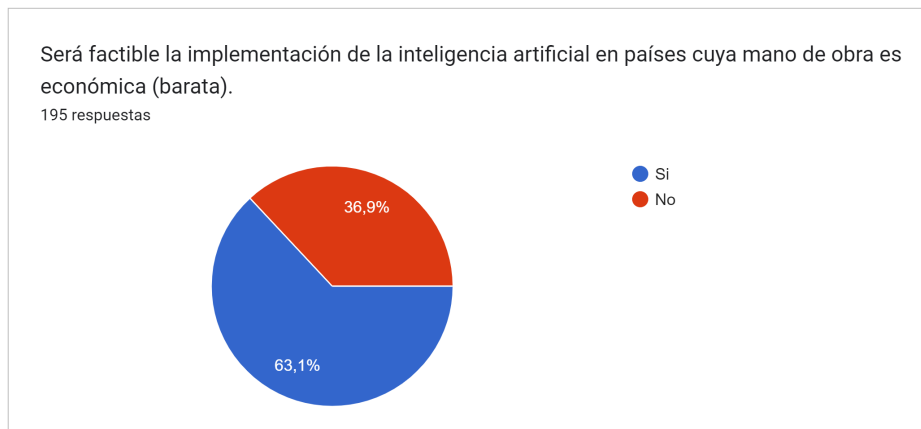
En tal sentido, observamos que las respuestas de los participantes concuerdan con cada una de las aplicaciones de inteligencia artificial que se están propulsando en la seguridad y salud laboral, donde además se está potenciando la formación y capacitación en sus diferentes niveles.

Un elemento que los encuestados señalaron es que en sus países hay retraso en la ejecución debido a que no hay legislación interna que la regule, y al respecto nos preguntamos ¿será necesaria la promulgación de leyes que normalicen? En la práctica han surgido escenarios de demandas, por clonación de personajes o aplicación de la inteligencia artificial fuera del contexto ético, que empujaron a algunos investigadores a solicitar que se regule sin desincentivar la innovación y sin restricciones innecesarias, ya de lo contrario se estancaría la evolución de la tecnología.

Por ello, lo más sano es que se debe fomentar la ética, una cultura de cooperación, transparencia, un intercambio constructivo entre

investigadores y desarrolladores, donde se genere una responsabilidad moral en la ejecución de estas herramientas, que sean administradas con cautela, con planificación y previniendo riesgos de seguridad, generando responsabilidad en quien las desarrolle y las ponga en práctica, ya que ello generará a su vez confianza, y su evolución de manera beneficiosa.

Gráficos 13 y 14 – Implementación de la IA en los países cuya mano de obra es económica



Conforme información suministrado en el formulario Google, de los gráficos 13 y 14, resulta que un 63,1% estiman que es viable la incorporación de la inteligencia artificial en aquellos países en los que la mano de obra es económica, pero un 36,9% de los participantes consideran lo contrario, especificando que entre ese porcentaje se encuentran Venezuela, Colombia, Perú, entre otros.

Hay países cuyos factores económicos, políticos y sociales pueden ser

relevantes para el desarrollo, la incorporación y el acceso a las herramientas, aplicaciones y demás sistemas que ofrece la inteligencia artificial, no obstante, lo curioso es que estos países, en especial Venezuela, se encuentran en la situación “carrusel” que, si bien se caracteriza por un retraso en la tecnología, los trabajadores que se encuentran ante una situación precaria y de difícil manutención por bajos salarios e incentivos laborales, como segunda alternativa de obtener unos ingresos extras son contratados por empresas generadoras de inteligencia artificial para alimentar sus aplicaciones a cambio de una remuneración por debajo de lo que perciben los trabajadores dependientes de estas corporaciones, conociéndose como “trabajadores fantasmas”²³, situación que generaría una “especie” de explotación de mano de obra, que es un punto no alentador al objetivo que en realidad nos aspiramos con la inteligencia artificial.

5.1. La inteligencia artificial en América

En la encuesta realizada, los participantes señalaron los países que se considerarán receptores en presente y futuro de la inteligencia artificial en la seguridad y salud en el trabajo, obteniendo el siguiente orden: Estados Unidos, México, Chile, Brasil, Argentina, Colombia, Panamá, Costa Rica, el Salvador, Venezuela, Perú, Guatemala y Ecuador.

Gráfico 15 – Países receptores en presente y futuro de la IA en la seguridad y salud en el trabajo



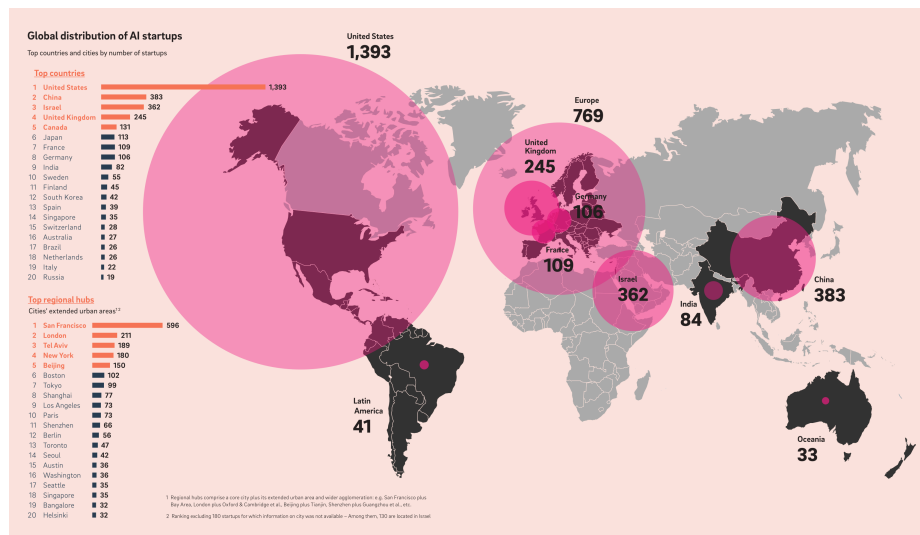
Resulta que el estatus de posición y crecimiento de la tecnología en la

²³ P. MEDINA, [Los trabajadores fantasma venezolanos que alimentan la inteligencia artificial](#), en [elpais.com](#), 20 junio 2023.

prevención en seguridad y salud laboral tendrá una estrecha relación con el comportamiento de respuesta de cada país en la inserción de la inteligencia artificial en todos los ámbitos.

En tal sentido, Estados Unidos estará posicionado en el primer lugar, ya que es el país pionero de la evolución de la tecnología, que a su vez ha generado financiamiento y confianza a las empresas, corporaciones, organizaciones a su expansión en las áreas de la salud, mercado, economía, seguridad, educación, justicia, laboral, entre otros. A continuación, se presenta una figura que especifica estadísticamente la situación de las estrategias de la inteligencia artificial en América.

Figura 4 – The race for leadership

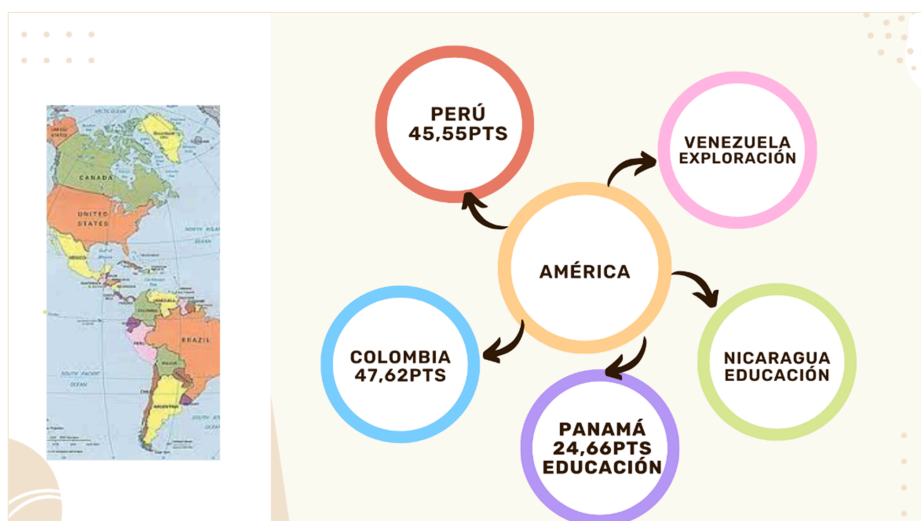
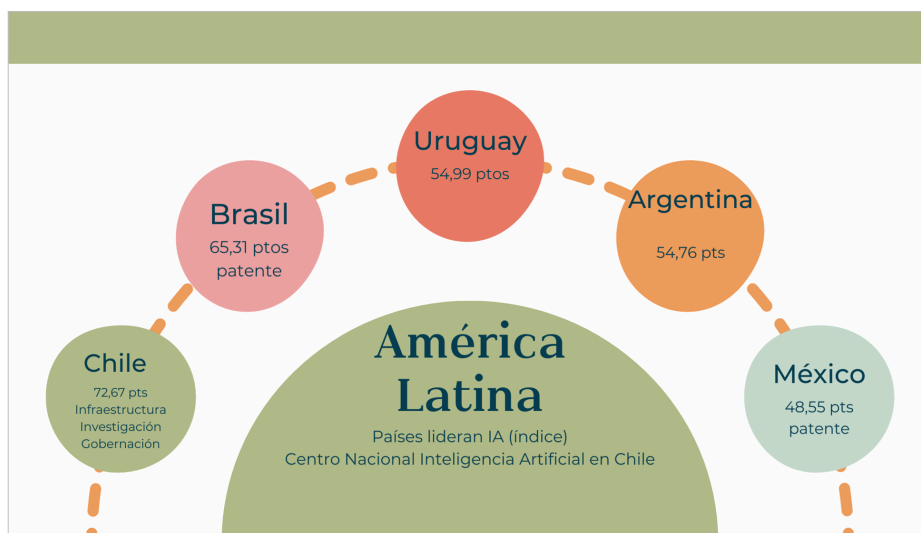


Fuente: ROLAND BERGER, ASGARD, [Artificial Intelligence – A strategy for European startups. Recommendations for policymakers](#), 2018, pp. 8-9

Adicionalmente, el Centro Nacional de Inteligencia Artificial de Chile, publicó el [Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial](#), cuya evaluación y posterior calificación se fundamentó en los siguientes indicadores: infraestructura, disponibilidad de datos, desarrollo de talento y habilidad, investigación, promedio de patentes otorgadas, adopción, ámbito e intercambio internacional, visión e institucionalidad, intercambio académico y regulación.

De la evaluación realizada por el referido centro, se obtuvo el siguiente resultado.

Figuras 5 y 6 – Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial



Fuente: elaboración propia en base a las estadísticas emitidas por el Centro Nacional de Inteligencia Artificial de Chile y presentada en el XIII Congreso Internacional ADAPT, *¿Hacia una sociedad sin trabajo?*, Bérnago, 30 noviembre-2 diciembre 2023

Es de acotar, que Venezuela, Nicaragua y Cuba se encuentran entre los países que fueron desplazados por no reunir los requisitos, ya que, según expertos, los elementos como la crisis económica, la precariedad en los servicios públicos y las sanciones económicas juegan un papel en contra a

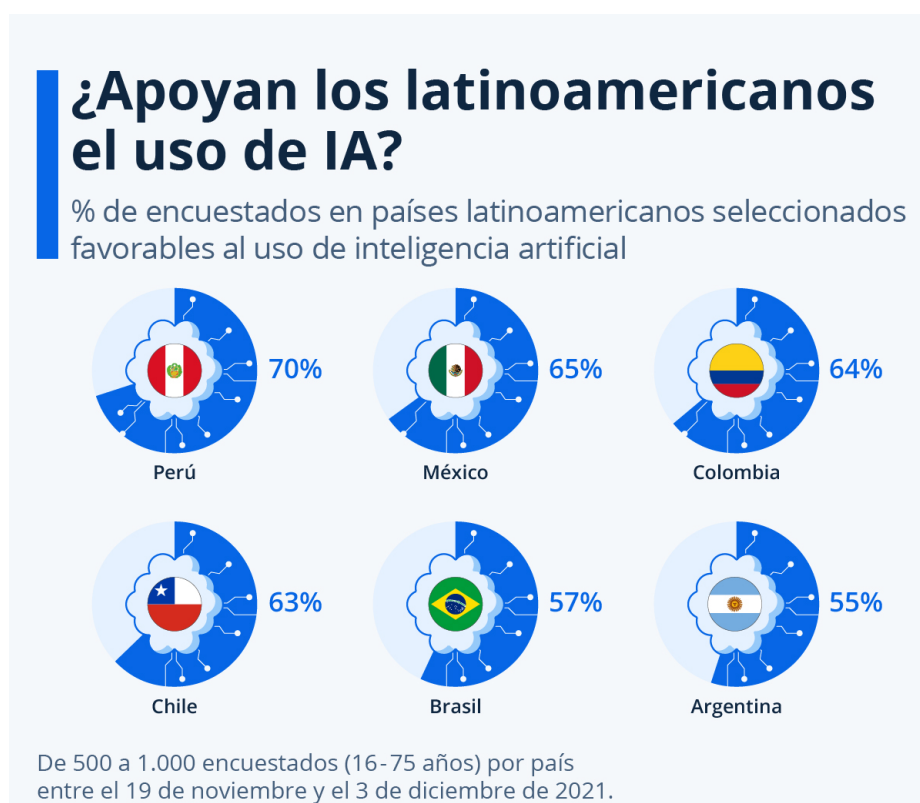
su desarrollo.

Es que todos estos factores rodean a estos países, estando involucrado en especial Venezuela, que a pesar que el gobierno presentó a Sira que es una “presentadora estelar” creada con inteligencia artificial que forma parte de su nuevo programa de televisión *Con Maduro*, además que el poder judicial ha creado “Cetydip”, constituyendo una Comisión que está trabajando en el Diagnóstico Nacional Tecnológico de Procesos Judiciales, a los fines del funcionamiento de los procesos sistematizados en el territorio nacional para avanzar en la reestructuración tecnológica de todo el Poder Judicial, no podemos obviar que falta mucho para que Venezuela llegue a alcanzar la posición de desarrollo en que se encuentran otros países, ya que está aún en un proceso de exploración, por motivo que la escasez de recursos técnicos, humanos, económicos y de infraestructura impiden su evolución, y tanto es así que este año Venezuela resultó campeón en el Mundial de Robótica de Singapur²⁴ pero con financiamiento privado.

Otro aspecto es la prospección de evolución educativa en la utilización de la inteligencia artificial por parte de estos países que, a pesar de sus dificultades políticas, económicas y de la privación de recursos por parte de los ciudadanos, ha sido otra opción que se está incluyendo en la capacitación en la seguridad y salud laboral.

Ahora bien, desde el 2018 al 2023, se ha presentado una variedad en la perspectiva de aceptación de la inteligencia artificial. En el 2018 la Consultoría Ipsos realizó una encuesta sobre los beneficios y desventajas de la inteligencia artificial, cuyas opiniones favorables varían de un mercado a otro. Entre los países analizados en América Latina está Perú que se destacó con el mayor índice de aprobación, ya que el 70% de los encuestados reconocen el importante potencial de esta tecnología en comparación con sus inconvenientes; continua México con un 65%, mientras que Colombia y Chile están cerca con un 64% y 63% de los encuestados, respectivamente, mostrando una percepción positiva. Por otro lado, Brasil y Argentina muestran poco entusiasmo, con menos de seis de cada diez personas que perciben favorablemente los efectos de la tecnología, conllevando que los dos países tuvieron el menor apoyo entre los encuestados de la región en términos de adopción. A continuación, se presenta el gráfico.

²⁴ VIVE TV, *Venezuela gana Mundial de Robótica 2023*, en www.youtube.com/@vivetvoficial8619, 11 octubre 2023.

Gráfico 16 – ¿Apoyan los latinoamericanos el uso de IA?

Fuente: S. CHEVALIER NARANJO, [¿Apoyan los latinoamericanos el uso de la inteligencia artificial?](#), en [es.statista.com](#), 6 julio 2023

Si analizamos la estadística de Ipsos publicada por Statista con el índice Latinoamericano, podríamos determinar que en esta brecha de tiempo, se ha dado una ruleta que ha cambiado el panorama en cuanto a la recepción de la inteligencia artificial por los países de América Latina, ya que, por ejemplo, Chile y Brasil eran menos voluntarioso y ahora se posicionan entre el primer y segundo lugar, conllevando a determinar que América Latina está apostando a la inteligencia artificial considerándola una herramienta favorable.

6. Conclusión

La inteligencia artificial tiene sus orígenes desde el año 1950, cuando es reconocida formalmente a través de un grupo de científicos que han

creado una red neural, y de allí la tecnología ha avanzado pausadamente, mostrando proyectos que han resultado positivos, y en otros casos han tenido efectos negativos, lo cual hizo que las investigaciones de la inteligencia artificial estuviesen un tiempo en suspensión, ocultas o simplemente en un proceso de exploración interna.

En el año 2017, se hablaba en Estados Unidos de la creación de herramientas con inteligencia artificial para la prevención de los accidentes de trabajo en el área de construcción, trabajos en espacios confinados, agricultura, salud, entre otros.

En el 2020, con el confinamiento producto de la pandemia Covid-19, se reinventa la inteligencia artificial, empoderándose el trabajo a distancia con una serie de avances tecnológicos, hasta que nos encontramos en el 2023 con un crecimiento desbastador, creándose un sin fin de aplicaciones, algunas gratuitas otras con un costo dirigidas a replicar o simular la función cognitiva humana en las máquinas.

Este avance igualmente se ha venido incluyendo en la seguridad y salud en el trabajo, con el surgimiento de aplicaciones como análisis de grandes cantidades de datos y detector de patrones que puedan indicar riesgos potenciales (*big data*), sensores, cámaras y pulseras inteligentes, asistentes virtuales, robots colaborativos, entre otros, que han proporcionado beneficios significativos como la reducción de tareas engorrosas con la automatización, la disminución de la carga de trabajo o el trabajo riesgoso, la identificación temprana de los riesgos, la alerta de peligros que puedan conllevar a accidentes de trabajo, el diagnóstico precoz de las enfermedades ocupacionales o del estado de salud de los trabajadores, la formación en campo virtual de tareas peligrosas, entre otros, haciendo más efectiva la gestión, la capacitación, los procesos e inspecciones.

En fin, se han logrado avances en la imitación de actividades como el aprendizaje, el razonamiento y la percepción, pero será ¿qué las investigaciones, las innovaciones podrán crear sistemas que excederán de la capacidad de los humanos? ¿sobrepasará a los profesionales de la seguridad y salud laboral?

Al respecto, un informe de la OIT evalúa el efecto de la inteligencia artificial generativa en la cantidad y calidad de los empleos, indicando que es probable que el mayor impacto de esta tecnología no sea la destrucción del empleo, sino más bien los cambios potenciales en la calidad de los puestos de trabajo, en particular la intensidad del trabajo y la autonomía²⁵.

En este sentido, los avances tecnológicos siempre traerán cambios de

²⁵ OIT, [La IA generativa complementará empleos, en vez de destruirlos](#), en www.ilo.org, 21 agosto 2023.

adaptación y de conocimiento, y esas transformaciones las hemos experimentado todos desde que se reemplazó la máquina de escribir por la computadora o el teléfono de mesa con el móvil o un reproductor de disco con el CD, etc.; pero a su vez estas evoluciones traen desafíos como el límite de acceso por su inversión, el desplazamiento del trabajador o su aprovechamiento para potenciar estas herramientas con trabajadores con mano de obra económica, y el riesgo de violación de la privacidad y la ética de las personas. No obstante, la inteligencia artificial aportará a su vez beneficios y esa balanza entre lo positivo y lo negativo la obtendremos dependiendo de nuestro comportamiento.

Asimismo, en el panorama de América, la encuesta realizada y las estadísticas presentadas, demuestran que a medida que la inteligencia artificial continúa avanzando, transformando industrias, corporaciones, sociedades, también están cambiando las opiniones sobre sus beneficios y desventajas, que a pesar que aún existe el miedo, la incertidumbre de aquello que va “suceder en la vida de las personas” – *siendo un aspecto normal porque todo cambio genera angustia* –, por otra parte existe un impulso por un gran porcentaje de la población de un creciente interés en la transformación digital, en especial en la seguridad y salud laboral, y los países latinoamericanos se han manifestado dispuestos a aprovechar los beneficios derivados de los productos y servicios de la inteligencia artificial.

En tal sentido, la inteligencia artificial puede constituir una herramienta valiosa para mejorar la seguridad y salud, pero es de nuestro criterio que no sustituirá completamente a los trabajadores ni al personal que presta servicios en la materia, ya que no reemplazará la experiencia, el juicio humano y el carisma, al contrario se transforma, y nos exigirá nuevas habilidades que tendremos que adoptar, trabajando en conjunto, porque al final la máquina dependerá de nosotros que hará que se mantenga viva.

Además, la inteligencia artificial cooperará a que nuestra vida se desarrolle con menos complejidad, caracterizada de fortalezas y oportunidades para el empleador y los trabajadores. Pero, dependiendo del trato y la actitud del ser humano en su diseño y creación, podría convertirse en una amenaza y por consiguiente un daño para los trabajadores²⁶, por ello que los investigadores deben desarrollarla con ética donde se asuman la responsabilidad, pero sin aplicar restricciones innecesarias que podrían causar un estancamiento al avance tecnológico.

En resumen, la implementación de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos, accidentes de trabajo y enfermedades requerirá de la

²⁶ Y. TROPANO, A. NOGUERA, *Impacto de la sustitución del trabajador por la máquina, en especial la robotización. Oportunidad y/o amenaza*, cit., pp. 146-148.

colaboración entre trabajadores, empleadores y especialistas, por lo cual tenemos que velar para que su inclusión no llegue a ser una intromisión a nuestra vida privada, al contrario sea aplicada de forma responsable y que incorpore beneficios para lograr una vida más fácil, eficiente, segura, con mejores incentivos económicos, productiva con reducción de los riesgos y del agotamiento físico y mental.

Además, los países de América están apostando por su efectividad de respuesta, que será acompañada por una reorganización en las instituciones que, dependiendo de su visión y objetivos proyectados, en algunos se originará de inmediato y en otros de forma paulatina, donde inclusive los factores económicos, sociales y políticos de cada país serán elementos que influirán y conducirán a los cambios laborales y de seguridad social que tendrán que implementarse.

7. Bibliografía

- AGUILAR DEL CASTILLO M.C. (2020), *El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, pp. 262-293
- APRENDIZAJE JURÍDICO (2023), *Encuesta sobre la inteligencia artificial en la seguridad y salud en el trabajo en América*
- ASOCIACIÓN PERUANA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS (2017), *Inteligencia Artificial aplicada a la Prevención de Riesgos*, en www.youtube.com/@APDRPeru, 16 mayo
- BIBLUS (2019), *Inteligencia Artificial: descubramos la I.A. que reducirá los accidentes en obras de construcción*, en biblus.accasoftware.com, 26 febrero
- CHEVALIER NARANJO S. (2023), *¿Apoyan los latinoamericanos el uso de la inteligencia artificial?*, en es.statista.com, 6 julio
- DATA ROBOT (2018), *DataRobot AI Experience – Keynote from CEO Jeremy Achin*, en www.youtube.com/@DataRobot, 23 enero
- DATASCIENTEST (2022), *Inteligencia artificial: definición, historia, usos, peligros*, en data.scientest.com, 10 agosto
- EU-OSHA, *Impact of artificial intelligence on occupational safety and health*, EU-OSHA Policy Brief, 2021
- FONG E. (2019), *Artificial intelligence as a service in occupational safety and health*, en *Safety and Health at Work*, vol. 10, n. 3, pp. 263-265
- GANASCIA J.-G. (2018), *Inteligencia artificial: entre el mito y la realidad*, en courier.unesco.org, 29 junio

- MEDINA P. (2023), [*Los trabajadores fantasma venezolanos que alimentan la inteligencia artificial*](#), en [*elpais.com*](#), 20 junio
- MELO M.F. (2023), [*Los países donde trabajar es peligroso*](#), en [*es.statista.com*](#), 3 mayo
- OIT (2023), [*Salud y seguridad en trabajo en América Latina y el Caribe*](#), en [*www.ilo.org*](#), 2 diciembre
- OIT (2023), [*La IA generativa complementará empleos, en vez de destruirlos*](#), en [*www.ilo.org*](#), 21 agosto
- OIT (2023), [*Mejorar la seguridad y salud en el trabajo, un desafío para América Latina y el Caribe*](#), en [*www.ilo.org*](#), 15 mayo
- OPS (2023), [*Inteligencia artificial. 8 Principios rectores de la transformación digital del sector salud. Caja de herramientas de transformación digital*](#)
- OPS (2023), [*Más de 100.000 personas mueren cada año en las Américas por accidentes o enfermedades relacionados con el trabajo*](#), en [*www.paho.org*](#), 22 mayo
- ÖZLÜK M., GÜMÜŞ I., ŞAHINKAYA S. (2020), *Occupational Health and Safety in Industry 4.0 Era: A Comparative Analysis*, en *International Journal of Industrial Engineering and Management Systems*, vol. 19, n. 3, pp. 757-767
- PUYAL ESPAÑOL E. (2001), [*La Conducta Humana frente a los Riesgos Laborales. Determinantes individuales y grupales*](#), en [*Acciones e Investigaciones Sociales*](#), n. 12, pp. 157-184
- ROGELIO LEAL SALGADO & COMPAÑÍA (2023), [*La Inteligencia Artificial Transformando la Capacitación en Seguridad y Salud en el Trabajo \(SST\)*](#), en [*www.rogelirolealsalgado.com*](#), 2 junio
- ROLAND BERGER, ASGARD (2018), [*Artificial Intelligence – A strategy for European startups. Recommendations for policymakers*](#)
- SESST (2021), [*E prevenir a predecir: el uso de sistemas de inteligencia artificial para reducir la siniestralidad en el trabajo*](#), en [*www.sesst.org*](#), 17 mayo
- SOFTIMIZA (2022), [*Origen de la Inteligencia Artificial*](#), en [*softimiza.co*](#), 24 junio
- TROPIANO Y., NOGUERA A. (2022), [*Impacto de la sustitución del trabajador por la máquina, en especial la robotización. Oportunidad y/o amenaza*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), n. 1, pp. 113-151
- TROPIANO Y., NOGUERA A. (2020), [*Los efectos positivos de la tecnología en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo*](#), en [*Noticias CIELO*](#), n. 3, pp. 1-5
- VALLEJO-NOGUERA F.F., RUBIO-ENDARA O.W., TELLO-MOREIRA J.A. (2022), [*Implementar el Uso de la Inteligencia Artificial para Detectar el Comportamiento del Trabajador en la Prevención de Accidentes Laborales en la Empresa*](#), en [*Dominio de las Ciencias*](#), n. 1, pp. 1035-1045

VIVE TV (2023), *Venezuela gana Mundial de Robótica 2023*, en www.youtube.com/@vivetvoficial8619, 11 octubre

Páginas web

Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial: <https://indicelatam.cl/>

El impacto de la digitalización y de la inteligencia artificial en la privacidad de los trabajadores: desafíos y soluciones*

Gloria María MONTES ADALID**

RESUMEN: La evolución de las máquinas desempeña un papel crucial en cuanto a rendimiento y la automatización de tareas laborales. Sin embargo, surgen preguntas sobre los riesgos para los trabajadores en un entorno laboral marcado por la IA, y la garantía de derechos. La IA en el ámbito laboral ha redefinido la eficiencia y la productividad, y también ha difuminado las fronteras entre la vida profesional y personal, llevando a una mayor supervisión y planteando desafíos en términos de privacidad. En este contexto, este estudio analiza el impacto de la IA y el *big data* en los entornos de trabajo y su influencia en el derecho a la privacidad, tomando como punto de partida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Reglamento (UE) 2016/679. Asimismo, explora las cuestiones éticas y legales que surgen, con un enfoque en el respeto de los derechos individuales, culminando en un debate sobre la regulación de la supervisión laboral llevada a cabo por la IA.

Palabras clave: Inteligencia artificial, privacidad, entornos laborales, datos personales, protección de datos.

SUMARIO: 1. Una breve aproximación al impacto de la inteligencia artificial y la digitalización en el mercado de trabajo. 2. Una breve referencia a los fenómenos de la digitalización, la IA, el *big data* y la robotización. 2.1. La digitalización. 2.2. La robotización y la IA. 2.3. *Big data*. 3. El mundo del trabajo en un contexto de cambios estructurales y

* El presente artículo proviene de la ponencia *El impacto de la digitalización y de la Inteligencia Artificial en la privacidad de los trabajadores: desafíos y soluciones*, presentada en el XIII Congreso Internacional ADAPT, *Towards a Workless Society?*, Bérgamo, 30 noviembre-2 diciembre 2023. También es fruto del trabajo de investigación desarrollado en el marco de los proyectos que siguen: a) Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre “Políticas de empleo, igualdad e inclusión social”, financiado por la Junta de Andalucía y dirigido por el profesor Francisco Vila Tierno; b) Proyecto de I+D+i *El sistema español de pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar* (ref. B1-2021_11), financiado por el Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga; c) Proyecto de I+D+i *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (ref. B1-2023-031), financiado por el Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga.

** Contratada en Periodo de Orientación Posdoctoral (POP Ministerio) en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

transformaciones tecnológicas: controversias en el uso de la IA y los algoritmos digitales en materia de privacidad y protección de datos. 4. La encrucijada de la protección de datos en entornos laborales digitalizados: exploración de los límites del derecho fundamental. 5. Definiendo límites en la vigilancia y control por IA en el trabajo a través de normativas y protección de datos en entornos laborales digitalizados: garantía de derechos digitales. 5.1. Una cuestión de equilibrio entre la eficiencia empresarial y el respeto por los derechos humanos fundamentales. 5.2. Acciones tomadas por la UE. 5.3. Acciones tomadas en el panorama nacional español: la importancia de los derechos digitales de las personas trabajadoras. 6. Propuestas de intervención a través de normativas y políticas en el ámbito de la privacidad y protección de datos: una base ética. 6.1. Propuestas a nivel comunitario. 6.2. Propuestas en España. 7. Conclusiones y propuestas *de lege ferenda*. 8. Bibliografía.

The Impact of Digitisation and Artificial Intelligence on Workers' Privacy: Challenges and Solutions

ABSTRACT: The evolution of machines plays a crucial role in terms of performance and the automation of work tasks. However, questions arise about the risks for workers in a working environment marked by AI, and the guarantee of rights. AI in the workplace has redefined efficiency and productivity and has also blurred the boundaries between professional and personal life, leading to increased supervision and posing challenges in terms of privacy. In this context, this study analyses the impact of AI and big data on work environments and their influence on the right to privacy, taking as a starting point the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Regulation (EU) 2016/679. It also explores the ethical and legal issues that arise, with a focus on respect for individual rights, culminating in a discussion on the regulation of labour supervision carried out by AI.

Key Words: Artificial intelligence, privacy, workplace environments, personal data, data protection.

1. Una breve aproximación al impacto de la inteligencia artificial y la digitalización en el mercado de trabajo

A lo largo del tiempo, tanto las máquinas analógicas como las digitales han sido utilizadas para ayudar a los diseñadores de entornos laborales en el cálculo de rendimientos laborales y en la automatización de tareas. En la actualidad, este objetivo se persigue mediante el uso de herramientas y aplicaciones de inteligencia artificial (IA). Pero nos surgen ciertas controversias con respecto a su uso: ¿cómo y para qué se emplean los datos personales recopilados por las máquinas y cómo se extraen conclusiones a partir de ellos? ¿Es la IA un componente fundamental en el proceso de toma de decisiones en las empresas? Y, especialmente relevante, ¿qué riesgos enfrentarán los trabajadores en un entorno laboral digitalizado en el que la IA está completamente integrada? ¿Cómo garantizar sus derechos?

En este contexto, se constata que la implementación de la IA en los entornos laborales ha generado un cambio en la forma en que las empresas gestionan la productividad y la eficiencia de sus trabajadores. Estas transformaciones suponen una transición digital y la tendencia hacia el *work-life blending*¹, que implican una mayor superposición entre la vida profesional y la vida personal. Así, se ha llegado a una situación en la que existe una mayor vigilancia y control de las personas trabajadoras por parte de las empresas, lo que supone un desafío para su derecho a la privacidad, a la intimidad y a la protección de datos.

De esta manera, este trabajo se configura como un examen del verdadero impacto de los rápidos avances en IA y *big data* en los sistemas productivos, en relación con el derecho fundamental de los trabajadores a la protección de sus datos personales y su privacidad. Con este objetivo general, se busca brindar una visión integral de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, discutir las implicaciones éticas y legales de la IA en la relación laboral, y realizar una propuesta de enfoque que se fundamente en el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores.

¿Cómo podemos definir los límites ante el poder de vigilancia y control

¹ El *work-life blending* es un concepto innovador que promueve una perspectiva más holística de la vida, reconociendo que las diferentes esferas de nuestra existencia, como el trabajo y la vida personal, no necesariamente deben mantenerse completamente separadas y aisladas para evitar interferencias. En lugar de insistir en una estricta segregación entre estas áreas, aboga por la integración armoniosa de los diversos roles que desempeñamos en la vida cotidiana. Este enfoque reconoce nuestra capacidad para combinar, entrelazar y permitir que estos aspectos convivan de manera sinérgica, sin que uno perjudique negativamente al otro. En resumen, el *work-life blending* nos invita a abrazar nuestra naturaleza multifacética y a encontrar formas de equilibrar y fusionar exitosamente nuestras responsabilidades laborales y personales.

de la parte empleadora a los trabajadores a través de IA, para la recopilación y procesamiento de datos? ¿De qué forma impacta en las personas trabajadoras y en las empresas? ¿Cuáles son los riesgos que se derivan y cuáles son las oportunidades que plantean estas herramientas?

En este escenario, es trascendental someter a análisis los desafíos y límites en la protección de datos en los entornos laborales digitales, partiendo de la disposición del art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, conocido como RGPD. Este último dispone, en su art. 88 y en el considerando 155 de su Exposición de Motivos, la aplicación completa de la protección de datos personales en el contexto de las relaciones laborales, marcando así un hito significativo.

Como antesala, podemos apuntar que la implementación de tecnologías de IA en el ámbito laboral representa un desafío para la privacidad de los trabajadores. Sin embargo, existen soluciones que pueden ayudar a proteger la privacidad de los trabajadores y garantizar que se respeten sus derechos, que se deben promover a través de actuaciones normativas y políticas que se realicen en la esfera de la privacidad y la protección de datos, favoreciendo la protección de las personas trabajadoras, y permitiendo simultáneamente la implementación de la IA en el lugar de trabajo. Veámoslo.

2. Una breve referencia a los fenómenos de la digitalización, la IA, el *big data* y la robotización

En primera instancia, abordar el impacto de la digitalización y la IA en la privacidad de los trabajadores implica una comprensión sólida de los conceptos fundamentales en juego: la digitalización (como la conversión de procesos y datos en formato digital), la IA (que permite a las máquinas aprender y tomar decisiones), el *big data* (manejo y análisis de grandes volúmenes de datos) y la robotización (una extensión de la digitalización involucra la automatización de tareas por robots y sistemas autónomos). Estos elementos han convergido en los entornos laborales, dando lugar a una profunda transformación.

2.1. La digitalización

Desde la forma en que trabajamos y nos conectamos con otros, hasta la forma en que consumimos contenido y hacemos compras, la

digitalización ha transformado el panorama en muchos campos. En este sentido, en el marco de esta era digital, es importante comprender y adaptarse a los cambios que trae el fenómeno de la digitalización.

Comenzando por una aproximación al concepto, en primera instancia, la digitalización viene definida por el Diccionario RAE, en una de sus acepciones, como la acción y efecto de «registrar datos en forma digital» y también de «convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro». Por otro lado, el Diccionario Enciclopédico Espasa habla de este fenómeno como la «transformación de una información analógica en información digital»; asimismo, la digitalización se considera un proceso que «supone un cambio radical en el tratamiento de la información» y que «permite su almacenamiento en grandes cantidades en objetos de tamaño reducido o, lo que es más revolucionario, liberarla de los propios objetos y de sus características materiales y hacerla residir en espacios no topológicos (el “ciberespacio” o la “infoesfera”) como las redes informáticas, accesibles desde cualquier lugar del mundo en tiempo real. También podemos reproducirla sin merma de calidad de modo indefinido, enviarla instantáneamente a cualquier lugar de la Tierra y manipularla en modos que nuestros antepasados ni siquiera soñaron. La digitalización de la información está cambiando el soporte primordial del saber y el conocimiento y con ello cambiará nuestros hábitos y costumbres en relación al conocimiento y la comunicación y, a la postre, nuestras formas de pensar»².

Al mismo tiempo, resumiendo la doctrina científica en la materia, se puede aludir a otras acepciones del término digitalización: proceso necesario para las empresas que quieren adaptarse a un nuevo mercado³, proceso de avance de las TIC gracias a las redes⁴, proceso de conversión de información en formato físico al formato digital⁵, transformación de la información codificada analógicamente en códigos numéricos para su manipulación y distribución⁶, proceso consistente en una transformación a

² J. ADELL, *Tendencias en educación en la sociedad de las tecnologías de la información*, en *Edutec*, 1997, n. 7, p. 7.

³ S. ARTIDIELLO, *¿Cuál es el valor añadido de la digitalización para la empresa industrial asturiana?*, en *ConectaIndustria*, 2019, n. 1, p. 11.

⁴ M. GONZÁLEZ ARENCIBIA, D. MARTÍNEZ CARDERO, *Digitalización*, en *Economía y Sociedad*, 2014, n. 45, p. 48.

⁵ M. ROUSE, *Digitalización*, en www.techopedia.com, 7 marzo 2024.

⁶ J. CABERO ALMENARA, *Nuevas tecnologías, comunicación y educación*, en *Comunicar*, 1994, n. 3, p. 17; J. CABERO ALMENARA, *Nuevas tecnologías, comunicación y educación*, en *Edutec*, 1996, n. 1, p. 2.

gran escala de datos y contenidos de información a formato digital⁷.

De manera interconectada a la digitalización surgen los términos “robotización” e “inteligencia artificial”, que suponen una metamorfosis de la economía y el mercado laboral.

2.2. La robotización y la IA

Antes de entrar a analizar los conceptos que se presentan, debemos tener en cuenta que, como ya hemos podido vislumbrar, nos encontramos en el corazón de una transformación disruptiva en la concepción futura del trabajo, ante una aceleración que comenzó con la incorporación de la máquina como elemento fundamental en el sistema de producción, y su evolución ha sido progresiva, con cada avance tecnológico siendo más viral y veloz que el anterior⁸.

En este sentido, comenzando con el concepto de robotización, se puede referir, de un lado a la introducción de máquinas automatizadas y flexibles en sustitución de las personas trabajadoras, con capacidades y posibilidades superiores para la realización de tareas⁹. A su vez, otras definiciones apuntan a la robotización como uso creciente de robots en los procesos de producción, de manera autónoma, polivalente y con capacidad de ajuste a sí mismas (distinguiéndola, así, de la mecanización y la automatización)¹⁰.

La comprensión integral de la robotización se torna un desafío insuperable sin una sólida aprehensión de la naturaleza esencial de un “robot”, ya que ambos conceptos se entrelazan de manera inextricable en la evolución tecnológica y la automatización de procesos en la sociedad contemporánea. Según la Enciclopedia Británica, un robot es «cualquier máquina operada automáticamente que reemplaza la fuerza humana, aunque no se parezca ni funcione de la misma manera que los seres humanos». El Diccionario Merriam-Webster, por su parte, define al robot como «una máquina que se asemeja a un humano y realiza actos complejos (como caminar o hablar) de manera similar a un ser humano», «un dispositivo que realiza automáticamente tareas complicadas y generalmente

⁷ J.J. GOÑI ZABALA, *La tecnología: base de un progreso consciente para elegir un futuro*, Díaz de Santos, 2012, p. 384.

⁸ L. CONCEIRO, *Contra el tiempo. Filosofía práctica del instante*, Anagrama, 2016, pp. 26 y 29.

⁹ Al respecto, *vid.* L. GIRONDELLA MORA, *Robotización. ¿qué es? Una definición*, en *contrapeso.info*, 12 abril 2016; Á. CHOI, J. CALERO, *El capital humano en los procesos de automatización: una primera aproximación al caso español*, en *Cuadernos Económicos de ICE*, 2018, n. 95, p. 15.

¹⁰ *Vid.* guiasjuridicas.laley.es, entrada *Robotización*.

repetitivas», y «un mecanismo controlado por sistemas automáticos»¹¹.

La Real Academia Española (RAE) hace referencia a la definición de robot como «máquina o ingenio electrónico programable, capaz de manipular objetos y realizar operaciones antes reservadas solo a las personas». También podemos definir robot como «máquina programable que puede manipular objetos y realizar operaciones que antes sólo podían realizar los seres humanos»¹².

Las definiciones coinciden en el hecho de que un robot es una máquina que realiza tareas automáticamente, sin depender directamente de la fuerza humana. Esto es, capacidad de operar de manera automática, lo que puede ser considerado como un nivel de autonomía. Además, ambas definiciones mencionan, en cierta manera, la capacidad de los robots para llevar a cabo actos similares a los humanos, ya sea en términos de apariencia física o de ejecución de acciones que los humanos realizan, como caminar o hablar. Asimismo, ambas definiciones destacan que los robots pueden ser controlados por sistemas automáticos, lo que implica que tienen la capacidad de operar de manera autónoma, sin una intervención humana constante.

Este grado de autonomía hace que la automatización robótica sea diferente de ejemplos históricos de automatización en las anteriores las revoluciones industriales.

Sin ánimo de profundizar demasiado, resulta innegable que la introducción de la robótica ha tenido un impacto directo en entornos laborales¹³.

Resulta indiscutible que la incorporación de este nuevo actor, el robot, en el entorno laboral conlleva un cambio en el enfoque tradicional del trabajo. Si bien no siempre resultará en una sustitución de las personas trabajadoras, lo que implicaría que el robot se convierta en un auxiliar de la persona humana trabajadora correspondiente, sí será necesario que alguien desempeñe labores de control o supervisión sobre el robot (ya sea antes, durante o después de la ejecución de la tarea), dependiendo del caso. Como resultado, se produce una modificación de las tareas laborales y de las circunstancias concurrentes en el entorno de trabajo¹⁴.

No obstante, resulta imperativo reconocer que la comprensión

¹¹ Sobre el concepto de robot, A. ORTEGA, *La imparable marcha de los robots*, Alianza, 2016, pp. 14-16.

¹² J. PÉREZ PORTO, M. MERINO, *Definición de Robot*, en definicion.de, 13 julio 2022.

¹³ M. TOBOSO MARTÍN, M. APARICIO PAYÁ, *Entornos de funcionamientos robotizados. ¿Es posible una robótica inclusiva?*, en *Dilemata*, 2019, n. 30.

¹⁴ M. GOOS, *The impact of technological progress on labour markets: policy challenges*, en *Oxford Review of Economic Policy*, 2018, vol. 34, n. 3.

completa de la robotización y sus implicaciones en el contexto laboral puede requerir una revisión y actualización de los términos tradicionales, dado el continuo avance tecnológico. En este sentido, la inclusión del atributo “inteligente” al concepto de robot, lo cual se asemeja a la noción de IA, emerge como una evolución significativa que refleja la creciente convergencia de estos dos campos en la transformación laboral moderna

En cuanto al robot inteligente, el Parlamento Europeo¹⁵ proporciona un elenco de características que se incluyen bajo este concepto:

- capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos;
- capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio facultativo);
- un soporte físico mínimo;
- capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno;
- inexistencia de vida en sentido biológico.

Con el fin de abordar de manera exhaustiva este tema, es relevante definir un concepto fundamental: el de un robot inteligente. Este término hace referencia a una entidad tecnológica que ha evolucionado para adquirir autonomía mediante la interacción y el intercambio de datos con su entorno, además de la capacidad de aprender de manera autónoma a partir de la experiencia y la interacción, todo ello con un soporte físico mínimo para llevar a cabo sus funciones.

Aunque los robots tuvieron sus inicios en tareas simples, su desarrollo contemporáneo ha incorporado progresivamente funciones cognitivas derivadas de la IA, lo que los convierte en entidades singulares, lejos de ser meras máquinas desprovistas de capacidad de aprendizaje o mejora. Sin embargo, para comprender completamente esta transformación, es esencial abordar con precisión el significado del término IA.

Se trata de un tipo específico de inteligencia tecnológica que, si bien tiene su origen en las personas, quienes la crean y son su causa principal, puede operar de manera independiente y autónoma, incluso llegando a superar en diversos aspectos las capacidades cognitivas y procedimentales de la humanidad¹⁶. Ya forma parte integrante de nuestro día a día, a través

¹⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*, 2015/2103(INL), 2017.

¹⁶ P. BRITO PAREDES, C. VILLAVICENCIO AGUILAR, P. SÁNCHEZ SACA, *Reflexiones sobre posibles conflictos entre la inteligencia artificial y el futuro de la sociedad*, en *Revista de la Universidad del Zulia*, 2019, n. 28; J.J. VILLASMIL ESPINOZA, *Implicaciones de la inteligencia artificial para la humanidad*, *ibidem*, 2021, n. 32.

de los motores de búsqueda en la web que anticipan nuestras preferencias al acceder a la información, así como en los algoritmos de búsqueda de las plataformas de *streaming*¹⁷, como Netflix, que nos ofrecen contenidos adaptados a nuestros gustos, entre otros ejemplos.

Conforme a la definición ofrecida por el Diccionario Oxford, la IA alude a una disciplina que abarca la teoría y el desarrollo de sistemas informáticos con la capacidad inherente de llevar a cabo tareas que normalmente requieren la intervención de la inteligencia humana. Estas tareas abarcan aspectos como la percepción visual, el reconocimiento de voz, la toma de decisiones y la traducción de lenguajes. Por otra parte, la definición de la IA, según el Diccionario Merriam-Webster, consta de dos componentes fundamentales. Primero, se la conceptualiza como una subdisciplina de las ciencias de la computación que persigue la simulación de comportamientos inteligentes en máquinas. Segundo, se alude a la capacidad intrínseca de una máquina para emular el comportamiento humano inteligente.

Desde la perspectiva de la Encyclopedia Britannica, la IA se define como la capacidad inherente de una computadora digital o un robot bajo control computacional para ejecutar tareas que suelen atribuirse a entidades inteligentes. En este contexto, la inteligencia se asocia con la capacidad de adaptar el comportamiento a circunstancias variables.

De esta manera, estas definiciones convergen en una conceptualización de la IA que se enfoca en sistemas informáticos capaces de realizar tareas inteligentes, emular comportamientos humanos y ajustarse a situaciones cambiantes. Es evidente que la IA representa un progreso significativo en la evolución de la robótica inteligente a la que se hizo referencia previamente.

Este contexto de avance tecnológico implica cambios sustanciales en el ámbito laboral, donde se anticipa la coexistencia de sistemas inteligentes y robots en entornos como oficinas y fábricas. Su función será la automatización de tareas rutinarias, mecánicas y repetitivas, lo que reconfigurará de manera significativa la naturaleza de los trabajos disponibles.

¹⁷ Según la definición del Diccionario Oxford, “*streaming*” se refiere a «Tecnología que permite ver y oír contenidos que se transmiten desde internet u otra red sin tener que descargar previamente los datos al dispositivo desde el que se visualiza y oye el archivo».

2.3. *Big data*

Con el avance actual de la IA, se presenta también la técnica conocida como *big data*, que implica la recopilación y procesamiento de datos para hacer predicciones sobre el futuro comportamiento de las personas. Estas técnicas de *big data* son fundamentales en el contexto de la IA, ya que permiten obtener información personal que va más allá de la que se proporciona o está disponible inicialmente¹⁸.

3. El mundo del trabajo en un contexto de cambios estructurales y transformaciones tecnológicas: controversias en el uso de la IA y los algoritmos digitales en materia de privacidad y protección de datos

Como vemos, las transformaciones tecnológicas están reconfigurando de manera vertiginosa el paisaje laboral, y tanto los trabajadores como las empresas se encuentran inmersos en nuevos desafíos en esta era digital.

En este contexto de cambio acelerado, un fenómeno revolucionario en el ámbito laboral, entre otros escenarios, es la incorporación del *big data* y la IA con diversos propósitos. Esto permite a los empleadores recopilar y analizar una amplia gama de datos, ya sean personales o no, sobre los empleados para crear perfiles específicos. De esta manera, los empleadores tienen la capacidad de tomar decisiones, incluso de manera automatizada, basadas en la información obtenida a través de estas tecnologías¹⁹.

Al mismo tiempo, el estado de desarrollo de los sistemas de IA y *big data* permite combinar instantáneamente datos de diversas fuentes, considerando metadatos, datos personales tanto sensibles como no sensibles, y datos no relacionados con personas. Estos datos pueden ser recopilados tanto durante la realización de actividades laborales como fuera de ellas. Facilita la reutilización de información laboral para la creación de perfiles y la toma automatizada de decisiones que afectan a los trabajadores. Como resultado, a través de un análisis de sus actitudes y aptitudes, los trabajadores pueden quedar sujetos a predicciones sobre su comportamiento o estados futuros²⁰, a través de los algoritmos.

¹⁸ O. MOLINA HERMOSILLA, *Inteligencia Artificial, Bigdata y derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 6.

¹⁹ L. ARAGÜEZ VALENZUELA, *Debates emergentes en materia laboral y de privacidad: sistemas de videovigilancia, algoritmos digitales e identificación biométrica, de la persona trabajadora*, en *Themis*, 2021, n. 79, p. 460.

²⁰ O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*

En esta línea, un algoritmo puede entenderse como un método sistemático y eficaz utilizado para resolver un problema específico. Está compuesto por un conjunto concreto de instrucciones claramente definidas diseñadas para operar sobre un tipo particular de datos a través de un número finito de pasos y su objetivo principal es proporcionar una solución, generalmente de naturaleza matemática, para todos los casos que se analicen.

En cuanto a la calidad de un algoritmo, esta se basa en su carácter sistemático, coherente y, fundamentalmente, en su falta de ambigüedad, evitando cualquier interpretación abierta de la solución. En este sentido, es importante destacar que la función de un algoritmo no se limita a calcular una solución exacta o precisa, ya que en muchos casos esta meta resulta inalcanzable. En cambio, su propósito principal es facilitar una respuesta a un problema dado²¹.

Por lo tanto, la verdadera finalidad de un algoritmo es proporcionar información objetiva al empleador acerca de un hecho específico, sin verse influenciado por emociones o sensibilidades hacia los empleados. En la actualidad, existen diversos algoritmos que facilitan el procesamiento de datos para encontrar la solución más adecuada, utilizando diferentes enfoques según su formulación. Este aspecto es bastante ajeno al conocimiento de los expertos legales y, por supuesto, a la comprensión de los propios trabajadores debido a la complejidad técnica involucrada en su diseño y desarrollo²². En consecuencia, los datos se convierten en un recurso de gran poder para las empresas, permitiéndoles tomar decisiones significativas de manera automatizada, eficiente y objetiva en relación con el trabajo, con un esfuerzo mínimo requerido²³.

En este contexto, surge la pregunta de si este acceso a través de la IA y los algoritmos a los datos de los trabajadores cumple o no con los estándares de justicia, un tema que exploraremos en los siguientes párrafos. Es importante recordar que, aunque los algoritmos se utilicen para analizar datos y tomar decisiones de diversa índole, también pueden dar lugar a posibles infracciones del derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras.

A esto se añade la capacidad de los algoritmos para realizar predicciones relacionadas con el talento y las habilidades de los trabajadores; supervisar, evaluar y fomentar el rendimiento; establecer

²¹ L. BENÍTEZ EYZAGUIRRE, *Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género*, en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 2019, n. 3, p. 1308.

²² *Ibidem*, p. 1308.

²³ J.L. GOÑI SEIN, *Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial*, Lección inaugural del Curso Académico 2019-2020, Universidad Pública de Navarra, 2019.

objetivos y evaluar los resultados laborales; facilitar la comunicación entre los trabajadores y los clientes; analizar estados emocionales y de ánimo; ofrecer capacitación modular en el lugar de trabajo; identificar patrones de comportamiento dentro del personal, entre otras funciones.

Por lo tanto, el uso de la IA para la toma automatizada de decisiones empresariales puede considerarse un avance, pero hay que tener en consideración otros factores. En la actualidad, muchas empresas recurren a la utilización de algoritmos digitales, lo que plantea preocupaciones sobre la posible violación del derecho a la privacidad y la protección de datos de las personas empleadas, e interrogantes sobre el futuro del empleo y la protección de la privacidad de los trabajadores.

En resumen, a través de la IA y los algoritmos la experiencia humana se comercializa y plantea interrogantes sobre la efectividad de los derechos fundamentales, no solo de los trabajadores, sino de toda la sociedad. Esto otorga a ciertos actores el poder y el control sobre una gran parte de la población, con la capacidad de influir en sus comportamientos. Esto plantea un riesgo significativo para los valores democráticos y podría llegar a manipular la libertad en formas hasta ahora desconocidas²⁴.

Ahora, adentrándonos en la materia, surge un cuestionamiento crucial: la preservación de la privacidad de los trabajadores en la era digital. Esta pregunta plantea un desafío complejo que exige un entendimiento profundo de las transformaciones que han dado forma al mercado laboral digital. Abordar esta interrogante requiere una base sólida de análisis y conclusiones fundamentadas en dicha comprensión.

4. La encrucijada de la protección de datos y los entornos laborales digitalizados: exploración de los límites del derecho fundamental

Como se puede apreciar, el uso de IA y *big data* en el ámbito laboral conlleva numerosos cambios, transformaciones y desafíos, especialmente en lo que respecta al respeto y la preservación de los derechos fundamentales de los trabajadores. Estos riesgos son reconocidos tanto a nivel nacional como internacional por las autoridades gubernamentales.

A nivel europeo, la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales ha llevado a cabo un análisis sobre cuáles son los derechos fundamentales más impactados por la implementación de sistemas de IA, basándose en los derechos reconocidos en la Carta de Derechos

²⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, *Ciudadanía, empresa y constitución social del trabajo: por un constitucionalismo de derecho social*, en *La Ciudadanía Europea – Online*, 2022, n. 1, I, p. 29.

Fundamentales de la Unión Europea. Este informe destaca que los derechos a la dignidad humana, la intimidad, la privacidad y la protección de datos, así como la igualdad y la no discriminación, son los más afectados por la aplicación actual de estos sistemas²⁵. En cuanto al derecho a la protección de datos, tal como se establece en el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se considera un derecho independiente y no se superpone necesariamente con el derecho a la intimidad. Aunque ambos derechos buscan proteger la vida privada, sus alcances son distintos.

A nivel nacional, en España se ha establecido recientemente la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. Por su parte, la Constitución Española (CE) refleja una distinción entre el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad siendo tratados por separado en el art. 18.4 y 18.1, respectivamente.

En cuanto a la jurisprudencia, incluida la Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional, de 30 de noviembre, ha respaldado esta idea, reconociendo la sustantividad de cada uno de estos derechos. Mientras que el derecho a la intimidad se enfoca en proteger datos íntimos de la persona, el derecho a la protección de datos se extiende a cualquier dato relevante que pueda afectar los derechos de la persona, ya sean o no derechos fundamentales. Esto incluye datos personales que pueden ser utilizados para crear perfiles ideológicos, raciales, sexuales, económicos y otros que puedan representar una amenaza para el individuo.

En resumen, el derecho a la intimidad protege la esfera más íntima y reservada de las personas, mientras que el derecho a la privacidad abarca una gama más amplia de aspectos de la personalidad²⁶, que, aunque individualmente pueden carecer de importancia, cuando se combinan, ofrecen un retrato completo de la personalidad que la persona tiene derecho a mantener privado.

El ejercicio de los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones laborales no es un tema nuevo, sino que ha sido objeto de estudio en la doctrina científica durante algún tiempo. Sin embargo, la novedad radica en la necesidad de encontrar un equilibrio justo entre las legítimas facultades empresariales y el respeto al derecho a la privacidad y la protección de datos de los trabajadores, tanto en su entorno laboral como en su vida privada.

Este desafío está lejos de estar resuelto y requiere una revisión

²⁵ O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, p. 94.

²⁶ J.R. MERCADER UGUINA, *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, 2019, p. 23.

constante debido a los avances tecnológicos actuales, en particular, el desarrollo de sistemas de IA combinados con tecnologías de *big data* en el ámbito laboral. Esta necesidad de ajuste y reequilibrio no es temporal, sino que se convertirá en un aspecto fundamental de las relaciones laborales, ya que la IA está en una fase inicial y todavía hay mucho por descubrir, incluyendo la IA general y la superinteligencia²⁷.

El debate científico debe versar sobre cómo llenar las lagunas y resolver las incertidumbres en la regulación actual, tanto a nivel nacional como supranacional, en lo que respecta a la protección del derecho fundamental de los trabajadores. La implementación de estos sistemas podría comprometer seriamente este derecho, y es necesario abordar estas cuestiones de manera efectiva y continua.

En este sentido, el desafío que surge del uso de las TIC en el entorno laboral debe considerar la importancia otorgada por el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al derecho de la persona trabajadora a la Protección de datos de carácter personal. Esto puede generar un conflicto entre los derechos de la parte empleadora a maximizar la eficiencia de los recursos productivos, enmarcado en la libertad de empresa (art. 38 CE), y los derechos fundamentales del trabajador. Estos últimos se refieren a aspectos como la dignidad (art. 10.1 CE), intimidad (art. 18.1 CE), vida e integridad (art. 15 CE), protección de datos (art. 18.4 CE) y secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), además de los establecidos en el ordenamiento laboral, como el derecho al respeto de la intimidad de la persona trabajadora (art. 4.2 e) ET) y la intimidad, la dignidad e inviolabilidad de la persona (arts. 16, 18, 20, 39 y 50 ET).

5. Definiendo límites en la vigilancia y control por IA en el trabajo a través de normativas y protección de datos en entornos laborales digitalizados: garantía de derechos digitales

5.1. Una cuestión de equilibrio entre la eficiencia empresarial y el respeto por los derechos humanos fundamentales

La incorporación de las TIC en el entorno laboral no conlleva necesariamente consecuencias positivas o negativas, siendo en sí misma neutral. Sin embargo, como mencionamos anteriormente, las consecuencias

²⁷ M.J. DEL JESÚS DÍAZ, *Inteligencia artificial y datos para la sociedad*, Lección inaugural del Curso Académico 2021-2022, Universidad de Jaén, 2021.

dependen de cómo se utilicen o implementen estas tecnologías²⁸. En este contexto, las TIC en el ámbito laboral han dado lugar a ciertos conflictos laborales. La perspectiva predominante en la literatura jurídico-laboral se ha centrado en lo que podríamos denominar como problemas tradicionales relacionados con la utilización de estas tecnologías, en particular, en relación con el ejercicio del poder de dirección por parte de la empresa y la protección de los derechos individuales de los trabajadores²⁹.

En línea con lo previo, se hace necesaria una reflexión sobre la necesidad de establecer límites claros en la vigilancia y control de los trabajadores mediante la IA en la recopilación y procesamiento de datos; así como un examen de cómo el Reglamento Europeo de Protección de Datos y la legislación española han abordado esta cuestión fundamental en el contexto de la digitalización laboral, centrándose en la garantía de los derechos digitales de los trabajadores.

En este orden de ideas, podemos vislumbrar que el establecimiento de límites en la vigilancia y control de los trabajadores mediante IA en la recopilación y procesamiento de datos es esencial para garantizar un equilibrio entre la eficiencia empresarial y el respeto por la privacidad y los derechos de las personas empleadas. Así, si bien este acceso puede ser útil para optimizar procesos y mejorar la productividad, es crucial recordar que cada individuo tiene derecho a su privacidad y dignidad en el lugar de trabajo.

Los mencionados límites no tienen por qué implicar una renuncia a la innovación tecnológica, sino más bien adoptar un enfoque ético y equilibrado. En este sentido, lo ideal sería que las empresas se preguntasen si la recopilación y el procesamiento de datos son realmente necesarios para alcanzar sus objetivos, y si es así, deben hacerlo de manera transparente y respetuosa con la privacidad. Todo ello involucrando a los empleados en el proceso, ya que la transparencia y la comunicación abierta sobre cómo se utilizan los datos pueden ayudar a construir la confianza, y que los trabajadores corroboren que sus derechos son respetados y que tienen cierto control sobre la recopilación y el uso de sus datos personales.

En última instancia, establecer límites en la vigilancia y control de los trabajadores es una cuestión de equilibrio entre la eficiencia empresarial y el respeto por los derechos humanos fundamentales. Cuando las empresas logran este equilibrio, pueden aprovechar la IA y la recopilación de datos de manera ética y responsable, creando un entorno de trabajo más

²⁸ E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., p. 103.

²⁹ F. CAMAS RODA, *La influencia del correo electrónico y de internet en el ámbito de las relaciones laborales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2001, n. 224, p. 143.

productivo y respetuoso para todos.

5.2. Acciones tomadas por la UE

A este respecto, y de conformidad con el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya mencionada, la UE toma cartas en el asunto a través Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD).

Esta normativa pretende establecer las pautas para proteger los datos personales en el ámbito laboral en su art. 88. Este precepto permite a los Estados miembros establecer normativas específicas para proteger los datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, asegurando la dignidad de los empleados, sus intereses y derechos fundamentales, con énfasis en la transparencia en el manejo de datos y la supervisión en el trabajo. En este sentido, cada Estado miembro debe informar a la Comisión Europea sobre estas normativas y sus modificaciones. Asimismo, en el considerando 155 de su Exposición de Motivos también se alude al ámbito específico de las relaciones laborales.

Por lo tanto, es necesario tener en cuenta esta legislación europea para garantizar una protección efectiva de la privacidad de los trabajadores.

En la Exposición de Motivos se esclarece que, aunque reconoce el derecho fundamental a la protección de datos, también permite ciertos sacrificios proporcionados para equilibrar otros derechos fundamentales, como la libertad de empresa. Asimismo, el aludido RGPD enfatiza la responsabilidad proactiva del usuario de los datos y establece la necesidad de medidas técnicas y organizativas adecuadas, a la vez que garantiza el control humano y la transparencia algorítmica, y prohíbe decisiones completamente automatizadas sin intervención humana significativa que tengan un impacto real en las personas. Del mismo modo, también busca proporcionar explicaciones comprensibles sobre las decisiones tomadas. Igualmente, amplía la protección de la privacidad, que es considerada un derecho fundamental de tercera generación³⁰.

Por ende, en este contexto laboral digital, y para el cumplimiento de

³⁰ A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en M.G. LOSADO, A.E. PÉREZ LUÑO, M.F. GUERRERO MATEUS (dirs.), *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 142 ss.

estos parámetros establecidos por el RGPD, es esencial diseñar una política de privacidad desde el inicio, incluyendo auditorías de sistemas de IA. La posibilidad de auditar estos sistemas es crucial para aumentar la confiabilidad de la tecnología. En este sentido, la política de privacidad específica debe adaptarse a las condiciones laborales y la naturaleza de los datos involucrados³¹.

En síntesis, a pesar de facilitar el tratamiento de datos en el ámbito laboral, el RGPD establece límites claros para proteger los derechos fundamentales. A modo de ejemplo, podemos destacar el art. 5.1, apartado b), del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), por el que se establece la necesidad de que los propósitos relacionados con el tratamiento de datos, incluyendo su recopilación, transferencia y posible publicación, sean legítimos, lo que supone una estricta prohibición de recopilar datos con propósitos que vayan en contra de la ley³², especialmente en lo que respecta a los derechos fundamentales³³.

En esta línea, es fundamental reflexionar sobre el equilibrio delicado que se debe mantener entre la libertad de empresa y la garantía de los derechos de los trabajadores en el contexto de la protección de datos y la privacidad. Por un lado, la flexibilidad que brinda el RGPD en cuanto a la reutilización de datos obtenidos mediante técnicas de IA y *big data* puede ser beneficiosa para las empresas al impulsar la innovación y la eficiencia. Sin embargo, esta flexibilidad plantea preguntas críticas sobre hasta qué punto se deben ceder los derechos fundamentales a la intimidad y la privacidad de los trabajadores en aras del progreso empresarial.

El RGPD muestra una dualidad innegable en su naturaleza, ya que, a pesar de estar centrado en la protección de los datos personales como su objetivo principal, también se esfuerza por no entorpecer la libre circulación de dichos datos, siempre y cuando se aseguren las garantías adecuadas en

³¹ J.A. BAZ TEJEDOR, *Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible*, en J.A. BAZ TEJEDOR (dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, 2021, pp. 328-329. A modo de ejemplo, en casos de trabajo móvil o teletrabajo, debe abordar los riesgos asociados al acceso desde ubicaciones fuera del control de la empresa, así como ajustarse según la sensibilidad de la información, especialmente para datos sensibles, con restricciones salvo excepciones.

³² A. TODOLÍ SIGNES, *Evaluación de los trabajadores por los clientes: Reputación digital y Reglamento General de Protección de Datos de la UE*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2021, n. 1, p. 83.

³³ En este sentido, es imperativo que ninguna información sea recopilada, transmitida o publicada con el propósito de discriminación, ya sea basada en la ideología, religión, creencias, afiliación sindical, nacionalidad u cualquier otro motivo, incluso si la empresa considera que dicha información podría ser relevante para evaluar el desempeño profesional.

cada situación. Y, a pesar de ser un paso importante en la protección de datos, un hito, el RGPD ha mostrado limitaciones en su aplicación efectiva en el contexto de la IA y el *big data*, especialmente en el ámbito laboral, donde surgen con mayor intensidad los conflictos entre el poder de la tecnología y los derechos fundamentales de las personas³⁴. Las lagunas en la regulación y los riesgos para la privacidad siguen siendo desafíos importantes en este campo. La elección legislativa ha sido no proporcionar una regulación detallada y dejar esta decisión en manos de los legisladores nacionales o interlocutores sociales, según corresponda (como se establece en el artículo 88 del RGPD). Esta decisión ha dado lugar al riesgo real de una fragmentación en la forma en que diferentes estados miembros de la Unión Europea abordan esta cuestión.

5.3. Acciones tomadas en el panorama nacional español: la importancia de los derechos digitales de las personas trabajadoras

En el entorno español, es importante destacar que el art. 18.4 CE establece el derecho fundamental a la protección de datos personales. Este derecho no se limita únicamente a datos íntimos de una persona, sino que abarca cualquier tipo de información cuyo acceso o uso por parte de terceros pueda tener un impacto en sus derechos, independientemente de si son considerados fundamentales o no.

Asimismo, podemos hablar del nacimiento de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), que recoge lo previsto en el Reglamento Europeo de Protección de Datos³⁵.

La LOPDGDD parte del principio de que el procesamiento de datos personales en el ámbito laboral es válido para fines legítimos, siempre y cuando se respeten ciertas garantías tanto a nivel individual, a través de la transparencia en los procesos, como a nivel colectivo, involucrando a la

³⁴ J.C. GARCÍA QUINONES, *Reflexiones sobre la necesidad de una regulación legal transversal para la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 1251-1261.

³⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

representación de los trabajadores.

No obstante a su intencionalidad protectora, los déficits que presenta esta regulación, especialmente en su contexto laboral, son muy significativos, ya que se limita a incorporar criterios jurisprudenciales que estaban en vigor en el momento de su aprobación, algunos de los cuales posteriormente fueron corregidos³⁶.

En lo que respecta a esta norma específica de protección de datos en el ámbito laboral, que abarca los artículos 87 a 91, se presenta un catálogo de derechos digitales. Sin embargo, este catálogo carece de exhaustividad, ya que se basa en la jurisprudencia existente en materia de protección de datos previa a su entrada en vigor. En concreto, esta norma aborda cuatro derechos digitales fundamentales:

1. el derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de dispositivos digitales en la empresa (art. 87);
2. el derecho a la privacidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos (art. 89);
3. el derecho a la privacidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el entorno laboral (art. 90);
4. el derecho a la desconexión digital (art. 88), que está relacionado con la privacidad, pero también está estrechamente vinculado al derecho al descanso y a la limitación de las horas de trabajo, como una garantía para la salud física y mental de los trabajadores en el entorno laboral digital.

Asimismo, la norma sugiere que estos derechos pueden mejorarse a través de la negociación colectiva (art 91).

En esta línea, es oportuno también aludir a la Carta de los Derechos Digitales³⁷. En específico, los Derechos en el ámbito laboral. Así, la carta contempla la garantía a la dignidad y derechos fundamentales de las personas que trabajan en entornos digitales; así como una entidad de derechos de las personas teletrabajadoras del sector público y privado, destacando derecho a la desconexión digital, conciliación laboral y familiar, protección de datos, puesta a disposición de los medios tecnológicos

³⁶ Un ejemplo de esto es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que a través de una sentencia emitida el 17 de octubre de 2019, modificó su criterio previo establecido en el caso *López Ribalda II*. Esta nueva decisión permitió la grabación con fines de control sin la necesidad de proporcionar información previa. *Vid.*, en este sentido, J.A. ALTÉS TÁRREGA, *La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos laborales digitales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 55, p. 335 ss.

³⁷ En España, la Carta de los Derechos Digitales se encuentra en el ámbito de las actuaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

necesarios para el desarrollo de su actividad o capacitación o cualificación digital de las personas trabajadoras para la adquisición de competencias digitales y adaptación a las nuevas circunstancias laborales. A su vez, se hace mención de la promoción de las condiciones de acceso al trabajo a distancia y el teletrabajo en los términos previstos en la LTD.

Además, es también reseñable la sección de la carta dedicada a la empresa en el entorno digital, en la que se establece que el desarrollo tecnológico y la transformación digital de las empresas ha de respetar los derechos digitales de las personas y que los poderes públicos tienen que promover la «investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación ordenados a la transformación digital de las empresas, el emprendimiento digital y el fomento de las capacidades de la sociedad para la generación de ciencia y tecnología nacionales».

En la actualidad, es evidente que el derecho a la protección de datos exige un mayor enfoque y una seguridad reforzada en el contexto de las relaciones laborales, debido al creciente riesgo de vulnerabilidad en entornos laborales altamente digitalizados, donde los datos se han convertido en un recurso valioso. Esto implica un riesgo actualizado en la gestión de información y datos relacionados con los trabajadores, que va más allá de lo necesario para la ejecución del contrato laboral o de un interés empresarial genuino, extendiéndose a la protección y seguridad de los propios empleados³⁸.

6. Propuestas de intervención a través de normativas y políticas en el ámbito de la privacidad y protección de datos: una base ética

A tenor de lo anterior, se discierne que la propuesta ha de ser un enfoque basado en el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y la ética en la aplicación de la IA y el *big data* en entornos laborales digitalizados.

En este sentido, se torna fundamental formular una política concreta y bien definida en relación con la supervisión y control mediante dispositivos tecnológicos como la videovigilancia o la geolocalización, que debe ser efectiva para garantizar el respeto al derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de los empleados³⁹. Asimismo, es crucial que nazcan nuevas propuestas de soluciones a través de normativas y políticas en el

³⁸ C. MOLINA NAVARRETE, *El “trabajador transparente” entre metáfora y realidad y el efecto útil de los derechos de la personalidad en la empresa del Siglo XXI*, en *Trabajo y Seguridad – CEF*, 2018, n. 419, p. 115 ss.

³⁹ E. GONZÁLEZ COBALEDA, *op. cit.*, p. 108.

ámbito de la privacidad y protección de datos, que no pierdan de vista el desafío de mantener la privacidad de los trabajadores ante la implementación de tecnologías de IA.

6.1. Propuestas a nivel comunitario

En esta línea, en el ámbito europeo, los diversos grupos de expertos coinciden formalmente en su compromiso de avanzar hacia el desarrollo de una IA confiable y centrada en el ser humano, con un enfoque basado en la ética y en el respeto de los valores y derechos fundamentales⁴⁰, aspecto que se refleja en la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea sobre los Principios y Derechos Digitales en la Década Digital, emitida en enero de 2023.

En consecuencia, la propia Declaración coloca a las personas en el centro de la transformación digital, estableciendo el Capítulo I con dicho enfoque. En este sentido, se compromete a:

- fortalecer el marco democrático para una transformación digital que beneficie a todas las personas y mejore las vidas de todos los europeos;
- adoptar las medidas necesarias para que los valores de la Unión y los derechos de los ciudadanos reconocidos por el Derecho de la Unión se respeten tanto en línea como fuera de línea [...];
- [...] promover activamente esta visión de la transformación digital.

Sin duda, uno de los aspectos fundamentales dentro del marco de protección de las personas vulnerables es el Capítulo II que aborda la solidaridad e inclusión. En este sentido, los compromisos adquiridos se centran en:

- asegurar que las soluciones tecnológicas respeten los derechos de las personas, permitan su ejercicio y promuevan la inclusión;
- llevar a cabo una transformación digital que no deje a nadie atrás y que debería incluir, en particular, a las personas mayores, a las personas con discapacidad o a las personas marginalizadas, vulnerables o privadas de derechos, así como a quienes actúen en su nombre;
- desarrollar marcos adecuados para que todos los agentes del mercado que se beneficien de la transformación digital asuman sus responsabilidades sociales.

⁴⁰ O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, p. 109.

En este sentido, se reconoce también en la Declaración que «toda persona tiene derecho a condiciones de trabajo equitativas, justas, saludables y seguras, así como a una protección adecuada en el entorno digital y en el lugar de trabajo físico, independientemente de su situación laboral y de la modalidad o duración del empleo».

Por tanto, vemos que la mencionada declaración conjunta enfatiza en el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, incluyendo el derecho a la privacidad, entre otros.

Para lograr este objetivo, se resalta la necesidad de desarrollar una IA segura, transparente, explicativa y libre de sesgos. Se busca fomentar un uso amigable y beneficioso para la sociedad de las predicciones algorítmicas, mediante la incorporación de acciones positivas en estos algoritmos que favorezcan a grupos tradicionalmente marginados en la toma de decisiones. Este enfoque busca contrarrestar lo que se conoce como “automatización de la desigualdad”⁴¹. En última instancia, con miras a disponer de un marco regulador integral basado en el principio de trabajo digno⁴², que implica una reducción significativa de la mercantilización⁴³.

De la mano de lo anterior, la UE tiene la intención de regular el uso de la IA a través de una *Ley de Inteligencia Artificial*, que será la primera ley integral sobre IA en el mundo. Esta medida es parte de la Estrategia Digital de la UE y busca garantizar un desarrollo y uso responsables de esta tecnología innovadora. Esta propuesta de regulación, presentada por la Comisión en abril de 2021, establece un marco para evaluar y clasificar los sistemas de IA según el riesgo que representen para los usuarios, que determinará el nivel de regulación aplicable. Una vez aprobada, estas normas serán pioneras a nivel mundial en cuanto a la regulación de la IA⁴⁴.

En esta línea, el Parlamento de la UE ha puesto el foco en garantizar que los sistemas de IA utilizados en la UE sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medio ambiente, con una supervisión activa de estos sistemas mediante la intervención humana

⁴¹ V. EUBANKS, *La automatización de la desigualdad*, Capitán Swing, 2021.

⁴² Dictamen CESE, *Trabajo digno en todo el mundo*, 2022. En este Dictamen el CESE destaca que la UE debe utilizar todas las políticas a su alcance para conseguir el objetivo de trabajo digno en todo el mundo, situándolo en el centro de la recuperación económica sostenible y de la transición digital.

⁴³ J.L. MONEREO PÉREZ, *Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, M. ESPOSITO, S. PERÁN QUESADA (dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Comares, 2021, p. 49.

⁴⁴ PARLAMENTO EUROPEO, *Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial*, en www.europarl.europa.eu, 12 junio 2023.

para prevenir resultados perjudiciales.

De la misma manera, la mencionada propuesta de normativa también trabaja en establecer una definición uniforme y tecnológicamente neutral de la IA⁴⁵, y establece diferentes obligaciones para proveedores y usuarios de sistemas de IA en función del nivel de riesgo que representen⁴⁶.

Indudablemente, esta propuesta representa un gran avance para la UE. Sin embargo, también se destacan notables limitaciones y carencias en la misma ya que, en lugar de ofrecer un marco regulatorio completo y exhaustivo, se concentra en la regulación de aplicaciones de alto riesgo, dejando sin regulación aquellas que no cumplan con esta categorización. Como resultado, los sistemas de IA que no sean considerados de alto riesgo continuarán siendo regulados por las Directivas éticas aprobadas por la Unión Europea en el campo de la IA confiable⁴⁷. Este hecho plantea el riesgo de que no cumplan con el objetivo general de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos frente a posibles abusos derivados de la IA.

Siguiendo, podemos destacar otras regulaciones a nivel comunitario, como la Recomendación CM/Rec(2020)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las repercusiones de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos (Adoptada por el Comité de Ministros el 8 de abril de 2020 en la 1373ª reunión de los Delegados de los Ministros), la cual aborda los efectos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos.

Y, por último, la reciente publicación de Eurofound, el informe [Ethical digitalisation at work: From theory to practice](#), publicado el 12 de septiembre de 2023, cuyos principales hallazgos son los siguientes, de manera resumida y no exhaustiva:

- a pesar de que los responsables políticos están cada vez más conscientes de las implicaciones éticas de las tecnologías digitales en el ámbito laboral, la mayoría de las políticas relacionadas con la ética

⁴⁵ En esta definición se busca una neutralidad máxima en la descripción de la inteligencia artificial, con el propósito de que pueda adaptarse a futuras realidades tecnológicas aún desconocidas. Esta definición no se enfoca en la tecnología en sí misma, sino en el análisis de cómo se utiliza la IA y con qué propósito. En particular, el art. 3 la caracteriza como «software que se desarrolla utilizando una o varias de las técnicas y estrategias enumeradas en el anexo I y que puede, para un conjunto específico de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida, como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que afecten a los entornos con los que interactúa».

⁴⁶ PARLAMENTO EUROPEO, [Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial](#), cit.

⁴⁷ Dictamen CESE sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión», 2021.

y la digitalización aún tienen un enfoque amplio y no abordan de manera adecuada la dimensión específica del entorno laboral;

- aunque las cuestiones vinculadas a la digitalización, como la ética de los datos, la gestión algorítmica, la vigilancia de los trabajadores y la gobernanza de la IA, no se abordan de manera sistemática en las negociaciones colectivas, existen algunos acuerdos sectoriales y empresariales innovadores que destacan la importancia del diálogo social en la gestión de la digitalización en el trabajo;
- existe una falta generalizada de políticas que guíen la implementación y el uso ético de la tecnología en el entorno laboral una preocupación intensa por la protección de datos y la privacidad;
- la confianza en las tecnologías es una preocupación fundamental tanto para los trabajadores como para las empresas. La incorporación de políticas enfocadas en la digitalización ética del entorno laboral en las estrategias nacionales de digitalización e IA podría fomentar la confianza necesaria.

Vemos, por tanto, que en el frente normativo, la UE ha ido ampliando constantemente el marco jurídico existente para la protección de datos. No obstante, es evidente que todavía debemos avanzar considerablemente en este ámbito.

6.2. Propuestas en España

En cuanto al plano español, en relación a la LOPDGDD, la misma en el aporte IV del Preámbulo insinúa la necesidad de una futura reforma constitucional que actualice y aborde una nueva generación de derechos digitales en la era digital. Esta llamada a la reforma constitucional cobra pleno sentido debido a la capacidad de los entornos digitales para impactar en los derechos fundamentales de toda la ciudadanía, no solo de los trabajadores. Asimismo, en España contamos con la Agenda España Digital⁴⁸, en la cual encontramos diversos ejes de acción con afección en la privacidad y protección de datos, como el eje 3, dedicado a la ciberseguridad, el eje 4, dedicado a la economía del dato y la IA, y el eje 10, dedicado a los derechos digitales.

En última instancia, resulta fundamental considerar la necesidad de incorporar un elenco más amplio y específico de derechos digitales para los

⁴⁸ España Digital es una estrategia nacional promovida por la Estrategia Digital de la UE, que promueven la adopción de medidas para impulsar la digitalización en Europa y abordar los desafíos asociados.

ciudadanos en el marco normativo establecido por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, relativa a la Protección de Datos Personales y la Garantía de los Derechos Digitales, así como en la Carta de los Derechos Digitales. Este imperativo responde a la creciente importancia de garantizar una protección integral de los derechos digitales de los individuos en un entorno cada vez más digitalizado y complejo.

7. Conclusiones y propuestas *de lege ferenda*

I

En el actual escenario lleno de incertidumbres y desafíos legales que rodea la implementación de sistemas de IA y *big data* en el ámbito laboral, es crucial enfocar todas las acciones normativas y políticas hacia la primacía de las personas en general y, en particular, de los trabajadores. Debe ser una prioridad dirigir la adopción de estos sistemas solo hacia aquellos que respeten plenamente los derechos fundamentales en la era digital.

La cuestión radica en establecer límites claros desde los derechos fundamentales que puedan convivir con el legítimo derecho de los empleadores a una gestión eficiente. Sin embargo, como hemos podido observar, el entorno laboral actual está experimentando una tendencia preocupante hacia la instrumentalización a través del uso excesivo de tecnologías de la información y la comunicación. Esta no parece ser una prioridad genuina para las empresas ni para la legislación.

La pregunta clave es: ¿Cuál es la utilidad de la tecnología si no mejora el bienestar social? Como sociedad, ¿por qué deberíamos respaldar una tecnología que implica renunciar a nuestros derechos más básicos como seres humanos?

En realidad, estamos viendo un aumento en el poder de control de las empresas, lo que parece socavar la confianza depositada en los trabajadores, ya que requiere una vigilancia más intrusiva de su persona. Está claro que, en estos modelos digitalizados de relaciones laborales, el elemento humano se ve desplazado por el factor tecnológico, y además, su uso a menudo se lleva a cabo de manera poco transparente, a veces de manera inadvertida.

El enfoque principal es promover el uso de la tecnología en el ámbito laboral con un énfasis en el uso de estas herramientas de manera ética y evitando una intrusión desproporcionada o innecesaria en la vida privada de los trabajadores, siguiendo el principio de proporcionalidad.

En última instancia, se trata de explorar nuevas estrategias que permitan crear alternativas frente a las opciones políticas y económicas

basadas en la mercantilización de las personas y sus datos identificativos, y que permitan un desarrollo balanceado de tecnología y derechos fundamentales, en un entorno que llame a la consideración ética y legal en el avance de la tecnología en el ámbito laboral. El Derecho debe enfrentar el desafío de desarrollar una protección adaptada a la época actual, sin sacrificar derechos fundamentales en pos de respaldar tecnologías.

La cuestión central aquí es si el equilibrio actual entre la libertad empresarial y la protección de los derechos de los trabajadores es adecuado. ¿Hasta qué punto es aceptable que se utilicen datos personales para fines empresariales sin restricciones significativas? ¿Cuáles son los límites que deben establecerse para preservar la dignidad y la privacidad de los empleados? Cada uno de nosotros puede tener una opinión diferente sobre este equilibrio, dependiendo de nuestras experiencias y valores personales.

La clave está en encontrar soluciones que permitan a las empresas operar de manera eficiente y, al mismo tiempo, proteger los derechos de privacidad de los trabajadores. Para lograr esto, es crucial contar con una regulación sólida.

Sin embargo, en la actualidad, la regulación de la digitalización en las relaciones laborales está en proceso de metamorfosis, ya que muchos aspectos aún están por definirse debido a su reciente incorporación en el mercado laboral. No obstante, se evidencia que estamos avanzando significativamente en la dirección deseada.

II

Para lograr un equilibrio entre la libertad de empresa y la protección de datos de los trabajadores en el contexto de las propuestas actuales de la UE, se pueden considerar las siguientes reformas:

1. *ampliar el alcance de la Ley de Inteligencia Artificial*. En lugar de enfocarse únicamente en aplicaciones de alto riesgo, la ley podría abordar de manera más amplia todas las formas de IA utilizadas en el entorno laboral. Esto aseguraría una mayor supervisión y regulación de las tecnologías que afectan a los trabajadores, independientemente de su nivel de riesgo;
2. *establecer estándares éticos sólidos*. La legislación podría incluir estándares éticos claros que guíen el desarrollo y el uso de la IA en el lugar de trabajo. Estos estándares deben abordar cuestiones como la privacidad de los trabajadores, la no discriminación y la transparencia en los algoritmos utilizados en la toma de decisiones laborales;
3. *promover la transparencia en el uso de IA*. Las empresas deberían estar

obligadas a ser transparentes en cuanto a cómo utilizan la IA en el lugar de trabajo. Esto incluye divulgar qué datos se recopilan, cómo se utilizan y cómo afectan a las decisiones relacionadas con el empleo;

4. *fomentar la participación de los trabajadores.* Se podría promover la participación activa de los trabajadores en la toma de decisiones relacionadas con la implementación de tecnologías de IA en el trabajo. Esto podría lograrse a través de la consulta a los representantes de los trabajadores y la incorporación de su retroalimentación en las políticas de tecnología de la empresa.

En España, y considerando las limitaciones y deficiencias actuales en las regulaciones existentes, se pueden proponer las siguientes reformas:

1. *ampliar y fortalecer el catálogo de derechos digitales de los trabajadores.* La Ley Orgánica 3/2018 podría ser reformada para incluir un conjunto más completo y específico de derechos digitales para los trabajadores. Esto podría abarcar temas como el uso de algoritmos en la toma de decisiones laborales, la protección de datos en herramientas de colaboración digital y la transparencia en la recopilación y el uso de datos personales en el entorno laboral;
2. *promover la negociación colectiva en la protección de datos.* Fomentar y facilitar la negociación colectiva entre los empleadores y los representantes de los trabajadores para establecer normas y salvaguardias adicionales relacionadas con la protección de datos en el lugar de trabajo. Esto permitirá adaptar las regulaciones a las necesidades específicas de cada sector y empresa;
3. *reforzar las sanciones por violación de datos y privacidad.* Establecer sanciones más severas para las empresas que incumplan las regulaciones de protección de datos y privacidad en el ámbito laboral. Esto incentivará el cumplimiento y la adopción de prácticas más éticas por parte de las empresas;
4. *incorporar una regulación específica sobre algoritmos en el empleo.* Desarrollar regulaciones específicas que aborden el uso de algoritmos en la toma de decisiones laborales, incluyendo la transparencia en el funcionamiento de estos algoritmos y la capacidad de los trabajadores para impugnar decisiones basadas en algoritmos injustos o sesgados;
5. *coordinación con la legislación constitucional.* Iniciar el proceso de reforma constitucional mencionado en la Ley Orgánica 3/2018 para abordar una nueva generación de derechos digitales que se adapten a la era digital y protejan adecuadamente los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Estas reformas buscarían garantizar una protección más sólida de los derechos digitales de los trabajadores en un entorno laboral cada vez más digitalizado, al tiempo que se equilibra con la necesidad de permitir la innovación y la libertad de empresa, en el contexto de la digitalización del trabajo en la Unión Europea y España.

8. Bibliografía

- ADELL J. (1997), *Tendencias en educación en la sociedad de las tecnologías de la información*, en *Edutec*, n. 7, pp. 1-21
- ALTÉS TÁRREGA J.A. (2020), *La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos laborales digitales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 55, pp. 327-362
- ARAGÚEZ VALENZUELA L. (2021), *Debates emergentes en materia laboral y de privacidad: sistemas de videovigilancia, algoritmos digitales e identificación biométrica, de la persona trabajadora*, en *Thēmis*, n. 79, pp. 451-466
- ARTIDIELLO S. (2019), *¿Cuál es el valor añadido de la digitalización para la empresa industrial asturiana?*, en *ConectaIndustria, n. 1*, pp. 11-11
- BAZ TEJEDOR J.A. (2021), *Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible*, en J.A. BAZ TEJEDOR (dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer
- 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
- BRITO PAREDES P., VILLAVICENCIO AGUILAR C., SÁNCHEZ SACA P. (2019), *Reflexiones sobre posibles conflictos entre la inteligencia artificial y el futuro de la sociedad*, en *Revista de la Universidad del Zulia*, n. 28, pp. 260-280
- CABERO ALMENARA J. (1996), *Nuevas tecnologías, comunicación y educación*, en *Edutec*, n. 1, pp. 1-12
- CABERO ALMENARA J. (1994), *Nuevas tecnologías, comunicación y educación*, en *Comunicar*, n. 3, pp. 14-25
- CAMAS RODA F. (2001), *La influencia del correo electrónico y de internet en el ámbito de las relaciones laborales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 224, pp. 139-162
- CONCHEIRO L. (2016), *Contra el tiempo. Filosofía práctica del instante*, Anagrama
- CHOI Á., CALERO J. (2018), *El capital humano en los procesos de automatización: una primera aproximación al caso español*, en *Cuadernos Económicos de ICE, n. 95*, pp. 13-32

- DEL JESÚS DÍAZ M.J. (2021), *Inteligencia artificial y datos para la sociedad*, Lección inaugural del Curso Académico 2021-2022, Universidad de Jaén
- EUBANKS V. (2021), *La automatización de la desigualdad*, Capitán Swing
- GARCÍA QUIÑONES J.C. (2022), *Reflexiones sobre la necesidad de una regulación legal transversal para la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- GIRONDELLA MORA L. (2016), [Robotización. ¿qué es? Una definición](#), en [contrapeso.info](#), 12 abril
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*
- GONZÁLEZ ARENCIBIA M., MARTÍNEZ CARDERO D. (2014), *Digitalización*, en *Economía y Sociedad*, n. 45, pp. 41-71
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2019), *Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. extra., pp. 85-112
- GOÑI SEIN J.L. (2019), *Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial*, Lección inaugural del Curso Académico 2019-2020, Universidad Pública de Navarra
- GOÑI ZABALA J.J. (2012), *La tecnología: base de un progreso consciente para elegir un futuro*, Díaz de Santos
- GOOS M. (2018), *The impact of technological progress on labour markets: policy challenges*, en *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 34, n. 3, pp. 362-375
- MERCADER UGUINA J.R. (2019), *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre
- MOLINA HERMOSILLA O. (2023), *Inteligencia Artificial, Bigdata y derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 6, pp. 89-117
- MOLINA NAVARRETE C. (2018), *El “trabajador transparente” entre metáfora y realidad y el efecto útil de los derechos de la personalidad en la empresa del Siglo XXI*, en *Trabajo y Seguridad – CEF*, n. 419, pp. 115-123
- MONEREO PÉREZ J.L. (2022), [Ciudadanía, empresa y constitución social del trabajo: por un constitucionalismo de derecho social](#), en [La Cittadinanza Europea – Online, 2022, n. 1](#), I, pp. 1-48
- MONEREO PÉREZ J.L. (2021), *Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, M. ESPOSITO, S. PERÁN QUESADA (dirs.), *Innovación tecnológica*,

cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI, Comares

- ORTEGA A. (2016), *La imparable marcha de los robots*, Alianza
- PARLAMENTO EUROPEO (2023), [*Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial*](#), en www.europarl.europa.eu, 12 junio
- PARLAMENTO EUROPEO (2017), *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*, 2015/2103(INL)
- PÉREZ LUÑO A.E. (1989), *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en M.G. LOSADO, A.E. PÉREZ LUÑO, M.F. GUERRERO MATEUS (dirs.), *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales
- PÉREZ PORTO J., MERINO M. (2022), [*Definición de Robot*](#), en definicion.de, 13 julio
- RISO S., ADĂSCĂLIŢEI D., RODRIGUEZ CONTRERAS R. (2023), [*Ethical digitalisation at work: From theory to practice*](#), Eurofound Research Report
- ROJO TORRECILLA E. (2023), [*Declaración Europea sobre los Principios y Derechos Digitales para la Década Digital. Una nota sobre su contenido laboral*](#), en www.eduardo.rojotorrecilla.es, 24 enero
- ROUSE M. (2024), [*Digitalización*](#), en www.techopedia.com, 7 marzo
- TOBOSO MARTÍN M., APARICIO PAYÁ M. (2019), *Entornos de funcionamientos robotizados. ¿Es posible una robótica inclusiva?*, en *Dilemata*, n. 30, pp. 171-185
- TODOLÍ SIGNES A. (2021), *Evaluación de los trabajadores por los clientes: Reputación digital y Reglamento General de Protección de Datos de la UE*, en *Revista Internacional del Trabajo*, n. 1, pp. 71-92
- VILLASMIL ESPINOZA J.J. (2021), *Implicaciones de la inteligencia artificial para la humanidad*, en *Revista de la Universidad del Zulia*, n. 32, pp. 4-6

Normativa Europea

Dictamen CESE, *Trabajo digno en todo el mundo*, 2022

Dictamen CESE sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión», 2021

WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras: los conflictos que plantea esta herramienta*

Arturo MONTESDEOCA SUÁREZ**

RESUMEN: La introducción de nuevas tecnologías en el medio ambiente laboral conlleva oportunidades pero también riesgos para ambas partes del contrato, concretamente, en cuanto a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales. En este sentido se pretende analizar cómo se está llevando a cabo la convivencia entre estos nuevos métodos de comunicación y el derecho fundamental a la protección de datos a través del estudio de la jurisprudencia social, el criterio administrativo aportado por la Agencia Española de Protección de Datos, así como la actuación de la negociación colectiva.

Palabras clave: WhatsApp, digitalización, negociación colectiva, desconexión digital, intimidad, protección de datos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sistema de mensajería instantánea WhatsApp: luces y sombras de su utilización tanto en el ámbito personal como profesional. 3. El uso de WhatsApp en el ámbito de las relaciones laborales: un apunte a la interpretación por la jurisprudencia. 4. Grupos laborales de WhatsApp: el criterio de interpretación de la Agencia Española de Protección de Datos. 5. Análisis del tratamiento del WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras: prácticas en la negociación colectiva y en las políticas internas sobre desconexión digital. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Este trabajo es fruto de la comunicación presentada al Congreso Internacional *Is it the end of the labour society? An interdisciplinary Reflection on the Changing Concept of Work and its Rules in Contemporary Economies*, celebrado en Bérgamo desde el 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2023. El presente artículo se enmarca en las líneas de actuación del Grupo de Investigación de la Universidad de Alcalá, PID2020-112731RB-I00, *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*. Además, con la publicación se plasma el resultado de la estancia de investigación en la Universidade do Porto.

** Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Personal Investigador en Formación, Contrato predoctoral cofinanciado entre la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo y el Fondo Social Europeo.

WhatsApp as a Means of Communication between the Company and Workers: the Conflicts Raised by This Tool

ABSTRACT: The introduction of new technologies in the work environment entails opportunities but also risks for both parties to the contract, specifically, in terms of safeguarding the fundamental right to the protection of personal data. In this sense, the aim is to analyse how the coexistence between these new communication methods and the fundamental right to data protection is being carried out through the study of social jurisprudence, the administrative criteria provided by the Spanish Data Protection Agency, as well as the performance of collective bargaining.

Key Words: WhatsApp, digitization, collective bargaining, digital disconnection, privacy, data protection.

1. Introducción

El uso de WhatsApp se ha extendido plenamente desde el ámbito privado al ámbito profesional. En este sentido, las personas utilizan esta herramienta de comunicación indistintamente para fines personales y/o profesionales. No obstante, se plantean serios interrogantes en cuanto a su implantación como medio de comunicación diaria y formal por la empresa y personas trabajadoras; en concreto, respecto a su instalación en el dispositivo personal.

Este tipo de actuaciones que se corresponden con la decisión empresarial *ex* art. 33 de la Constitución Española, chocan frontalmente en la práctica con derechos fundamentales de las personas trabajadoras como la intimidad personal *ex* art. 18.1 CE y protección de datos personales *ex* art. 18.4 CE. Y, coetáneamente, suponen una vulneración de preceptos clásicos del derecho del trabajo como puede ser el límite máximo de la jornada pactada.

Por un lado, se pretende ofrecer una visión sobre el posicionamiento que ha ido elaborando la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) respecto a la legitimidad de la empresa de conformar grupos de WhatsApp para informar sobre el devenir de la empresa. Y, por otro lado, se ofrece un repaso de la jurisprudencia más relevante que conecta la utilización de WhatsApp con la repercusión en derechos tales como la desconexión digital de las personas trabajadoras *ex* art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

Por tanto, se pretende poner de relieve el papel que juega la negociación colectiva en esta cuestión a fin de concretar en la política corporativa sobre uso de dispositivos digitales y/o juntamente con la política de desconexión digital, las directrices de uso y funcionamiento de este canal de mensajería instantánea. Así, se llevará a cabo una revisión práctica de Convenios Colectivos y Políticas Corporativas para identificar el tratamiento de WhatsApp como herramienta de comunicación empresarial y su interrelación con el derecho a la desconexión. Tanto en el terreno de la prestación laboral presencial como en el caso de la prestación laboral en modalidad de teletrabajo.

En definitiva, el objetivo será plasmar un criterio pacífico a fin de ofrecer el camino que debe seguir la negociación colectiva en la redacción de cláusulas colectivos. De este modo, se podrá evidenciar un equilibrio entre el poder de dirección de la empresa y el respeto de derechos fundamentales como la intimidad y la protección de datos, así como la salvaguardia de derechos laborales como son la duración máxima de la

jornada de trabajo y la seguridad y salud en el trabajo.

2. El sistema de mensajería instantánea WhatsApp: luces y sombras de su utilización tanto en el ámbito personal como profesional

Las nuevas tecnologías y su imparable desarrollo han plasmado significativos avances en cuanto a las posibilidades de comunicación e interacción humana. Este hecho se materializó en la denominada sociedad de la información, una etapa marcada por el acceso por las personas a la información a través de la tecnología¹. A partir de este momento, la sociedad experimentó una experiencia sin precedentes, puesto que pudo acceder a la información automáticamente a través de internet y por medio de diferentes dispositivos sin prácticamente restricción alguna². Por lo que, se puede constatar un comienzo de una relación cada vez más estrecha y dependiente entre la sociedad y la tecnología por las evidentes aportaciones positivas que aporta el desarrollo tecnológico.

Superada esta etapa, nos adentraríamos en el proceso industrial 4.0, quizás ya superado o en tránsito hacia la etapa 5.0. En estos momentos, y por las razones que serán evidenciadas, Europa se está enmarcando en una política proactiva de protección de las personas frente a los procesos de innovación tecnológica³. En definitiva, se pretende alcanzar un proceso de tránsito industrial equilibrado Y que permita, además, ahuyentar las amenazas emergentes para las personas trabajadoras. Dicho lo anterior, esta nueva etapa está impregnada por el respeto de los procesos de innovación tecnológica con los derechos y libertades fundamentales de la sociedad europea; una convivencia humano-digital pacífica.

Fruto de esta reflexión europea sobre la augurada etapa 5.0, Europa ha publicado la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, inspirada, precisamente, en remarcar las bondades y oportunidades del proceso de transformación digital de la sociedad europea. Y expone cuál debería ser el camino a seguir en los compromisos políticos futuros sobre esta materia: situar a las personas en el centro de la transformación digital; respaldar la solidaridad y la integración, mediante la

¹ H. CAMPUZANO TOMÉ, *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Tecnos, 2000, p. 20 ss.

² M. CASTELL OLIVÁN, *Prefacio: Autocomunicación de masas y movimientos sociales en la era de Internet*, en *Anuari del Conflicte Social*, 2011, n. 1, p. 11 ss.

³ M. BREQUE, L. DE NUL, A. PETRIDIS, *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, European Commission, 2021, pp. 7-8.

conectividad, la educación, la formación y las capacidades digitales, unas condiciones de trabajo justas y equitativas, así como el acceso a los servicios públicos digitales en línea; recordar la importancia de la libertad de elección en la interacción con los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial, así como en un entorno digital equitativo; fomentar la participación en el espacio público digital; aumentar la seguridad, protección y empoderamiento en el entorno digital, en particular de los niños y jóvenes, al tiempo que se garantiza la privacidad y el control individual de los datos; promover la sostenibilidad.

En esta declaración *soft law*, se llevan a cabo varias aportaciones referidas al ámbito laboral. Por un lado, en cuanto a las condiciones de trabajo justas y equitativas, se hace referencia al derecho a la desconexión digital, a la protección de la salud físico y mental frente al uso de dispositivos tecnológicos, así como garantizar derechos fundamentales en el entorno tecnológico como la privacidad y la confidencialidad de sus comunicaciones.

El ámbito laboral, por tanto, no es ajeno al proceso de revolución industrial provocado por el auge de nuevas tecnologías y su constante evolución. Al contrario, se insertan rápidamente en este contexto a fin de ofrecer notas de innovación, productividad, competitividad y optimización de recursos⁴. Ante esta nueva realidad productiva-digital que permite la implementación informática en los sistemas de gestión de personal⁵, debe prestarse especial atención a la situación de vulnerabilidad en la que pudieran encontrarse ciertos derechos fundamentales de las personas trabajadoras tales como el derecho a la intimidad y la protección de datos personales⁶.

En relación con el derecho a la protección de datos personales, para la empresa supone un reto la gestión de los datos personales de las personas trabajadoras puesto que se manejan infinidad de datos – algunos personales y otros no (número de teléfono, imagen de perfil, fecha/hora de conexión y lectura de mensajes, envío de documentos, imágenes, vídeos) – e incluso confidenciales referidos a la empresa. Más aún si cabe, el peligro se constata aún mayor cuando el dispositivo en donde se encuentra descargada la aplicación no es un bien corporativo sino un bien personal de la persona trabajadora⁷.

⁴ T. COELHO MOREIRA, *Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores*, en *Minerva*, 2019, n. 2, p. 165.

⁵ M.B. CARDONA RUBERT, *Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas*, en *Lan Harremanak*, 2003, n. especial, p. 161.

⁶ M.E. CUADROS GARRIDO, *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*, Aranzadi, 2018, p. 60.

⁷ J.L. GOÑI SEIN, *Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en *Trabajo y Derecho*, 2020,

La irrupción desorbitada de la aplicación de mensajería WhatsApp ha confirmado la dependencia tecno-digital de la sociedad a estar interconectados e interrelacionados permanentemente. En estos momentos, el Smartphone constituye una herramienta indispensable para el día a día pero, aún más imprescindible resulta la utilización de este canal de mensajería. El éxito de este canal de comunicación social-profesional se constata en los datos aportados por el estudio del Panel de Hogares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia del IV trimestre de 2022. En este estudio se pone de relieve que WhatsApp no cuenta con competencia en mensajería instantánea (un 93,6% frente a un 18% de Telegram) puesto que es la aplicación principal utilizada para el envío de mensajes y realización de video llamadas.

Por todo lo anterior, se ha constatado que WhatsApp constituye una herramienta de comunicación ágil, sencilla como práctica entre la empresa y su plantilla para cuestiones relativas a la organización, gestión y desarrollo de la prestación laboral. No obstante, plantea serios interrogantes en cuanto a la legitimidad de la empresa para implementar este medio de comunicación.

La doctrina ha señalado que existen una serie de factores esenciales en la problemática del uso de WhatsApp en el ámbito laboral⁸, a saber: la comodidad en su uso constatada por su extensión social, la diferencia de tratamiento respecto a la titularidad del dispositivo/línea de teléfono, la inmediatez, tipo y características de la información que es objeto de envío/recepción así como su potencial acceso colectivo por las personas integrantes del grupo con el evidente impacto que pudiera generar.

Todo ello ha provocado diferentes tipos de situaciones y conflictos en el medio ambiente laboral que han sido objeto de análisis por los tribunales a fin de dar respuesta a las controversias planteadas por el uso de este canal de comunicación⁹. Así, en el intercambio de mensajes a través de este tipo de canales de mensajería pueden verse afectados derechos y libertades fundamentales tales como el derecho al honor, al secreto de las comunicaciones, a la intimidad, a la protección de datos personales, a la libertad de expresión o a la desconexión digital¹⁰. De este modo, se procederá a continuación a examinar una serie de pronunciamientos

n. extra. 11, p. 6 ss.

⁸ M.J. CERVILLA GARZÓN, *Efectos del uso de la aplicación "WhatsApp" en el marco de las relaciones laborales*, en *Temas Laborales*, 2016, n. 136, pp. 76-77.

⁹ *Vid.* un primer estudio sobre la materia en M.E. CUADROS GARRIDO, *El uso del WhatsApp en las relaciones laborales*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, n. 171.

¹⁰ M.C. PONCE ÁVILA, M.H. RUIZ CABEZÓN, *El uso del WhatsApp en las relaciones laborales*, Estudio UGT, 2023, n. 28, pp. 7-14.

judiciales en materias concretas.

3. El uso de WhatsApp en el ámbito de las relaciones laborales: un apunte a la interpretación por la jurisprudencia

El estudio de la problemática generada en torno al uso de WhatsApp gira en torno a varias vías. La primera de ellas supone la aportación por parte de las personas trabajadoras de su número de teléfono personal. A este respecto, la AEPD¹¹ ya tuvo ocasión de señalar que «el número de teléfono constituirá un dato de carácter personal cuanto resulte adscrito al concreto titular del mismo, o se asocie a datos identificativos adicionales como pueden ser la dirección y esta se almacene con el número llamante, de acuerdo con la definición de datos personales incluida en el artículo 3.a) de la Ley Orgánica, que comprende “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”». Por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, la puesta a disposición del número de teléfono personal de la persona trabajadora a la empresa constituye un dato personal en cuanto permite su identificación.

En segundo lugar, la aportación del número de teléfono personal de la persona trabajadora a la empresa debe realizarse de forma voluntaria. A este respecto, el TS¹² ha interpretado la nulidad de las cláusulas contractuales del contrato de trabajo que disponen la necesidad de proporcionar por las personas trabajadoras de su número de teléfono para establecer cualquier comunicación referida a la relación laboral¹³.

Por un lado, el TS porque apoyó que la aportación de este dato

¹¹ AEPD, *Número de teléfono y concepto de dato personal*, Informe, 2006, n. 285, p. 1, § I.

¹² STS 4086/2015, de 21 de septiembre.

¹³ En este sentido, la SAN 13/2014, de 28 de enero, concluyó que «la comunicación de los números de teléfono móvil y dirección de correo electrónico requerirá el consentimiento de los interesados a menos que la misma pueda ampararse en alguno de los supuestos excepcionados por el artículo 6.2, LOPD y ninguno de los cuales parece concurrir en el supuesto contemplado, al no haberse acreditado que tales datos son necesarios para el mantenimiento o el cumplimiento del contrato, sin perjuicio de que el trabajador pueda proporcionar voluntariamente sus datos a la empresa de forma separada, pudiendo cancelarlos en cualquier momento, por lo que la empresa no puede imponer a los trabajadores, al firmar el contrato de trabajo, que le faciliten los referidos datos por ser contrario a la Ley 15/1999, significando que el poder de dirección del empresario, cuyo fundamento constitucional se encuentra en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la CE no es un poder absoluto y ha de sujetarse a determinados límites: – los “externos” impuestos por los derechos que la Constitución, Leyes y Convenios reconocen a los trabajadores, y – límites “internos” en cuanto que ha de ser ejercido de buena fe y de forma regular (artículos 5.c y 20.2 ET)».

personal era absolutamente necesario para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, es decir, conforme a la excepción del art. 6.2 LOPD para exigir el consentimiento del titular. Esta negación al carácter imprescindible del número de teléfono lo justifica al afirmar que «el hecho de que la relación laboral pueda desenvolverse – lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avances tecnológicos eran inexistentes – sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general». Y, por otro, que teniendo en cuenta el desequilibrio entre las partes del contrato, no resulta legítimo incorporar al contrato de trabajo cláusulas tipo en las que se haga constar la voluntariedad de la persona trabajadora en la aportación de sus tales datos personales ya que constituiría un “consentimiento viciado”. Por tales razones estimó la nulidad de esta cláusula contractual en el contrato de trabajo.

Esta temática no ha dejado de ser conflictiva en nuestros días, concretamente, en referencia al teletrabajo, regulado en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD). En este marco jurídico sí que podemos hacer una referencia expresa al reconocimiento a favor de las personas trabajadoras por parte de la empresa de la aportación de medios o equipos informáticos para el desarrollo de la prestación laboral. Así, el art. 11 LTD reconoce una obligación a la empresa como es la dotación y mantenimiento adecuado de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad de las personas trabajadoras. Conforme a la redacción literal del precepto, la empresa deberá aportar un correo electrónico y teléfono móvil corporativos ya que serán medios o herramientas de trabajo de las personas trabajadoras.

A este respecto, la SAN determinó la nulidad de una cláusula incorporada al contrato de trabajo cuya redacción era «el trabajador facilitará a la empresa, su correo electrónico y número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar con él, por urgencias del servicio». Entre sus argumentos, la SAN señaló que «no es obstáculo para llegar a esta conclusión la indicación de por si fuera necesario contactar con él por necesidades del servicio, ya que la posible urgencia que pudiera tener que atenderse no justifica que sea el trabajador el que, para ello, ponga sus medios personales a disposición del empresario y éste eludir sus obligaciones legales».

Por lo tanto, se puede estar de acuerdo en que existen dos situaciones diferenciadas por el régimen jurídico. La primera, para las relaciones laborales tradicionales, en las que no existe una previsión alguna respecto a la puesta a disposición de medios personales o corporativos para cumplir una finalidad laboral. La segunda, un régimen específico, el trabajo a

distancia o teletrabajo, en el cual se dispone un derecho a favor de las personas trabajadoras como es la puesta a disposición por la empresa de los medios o herramientas necesarias para cumplir con la prestación laboral *ex* art. 11 LTD.

Tras todo lo anterior, se ha estimado conveniente analizar cuáles son las principales temáticas controvertidas que se están suscitando en los tribunales por el uso de WhatsApp como medio de comunicación entre las partes del contrato. De este modo, puede señalarse los siguientes.

En relación con el derecho a la intimidad *ex* art. 18.1 CE, en la STSJ de Madrid 1170/2018, de 20 de diciembre¹⁴, se examina el alcance de afectación al derecho a la intimidad de la persona trabajadora por la difusión de un vídeo a través de un grupo de WhatsApp. En concreto, Por lo que, el derecho a la intimidad debe preservarse también en el ámbito de las relaciones y, con independencia de quien sea el que atente contra él, la empresa u otros compañeros de trabajo. Y, es evidente que en caso de constatarse una agresión de este derecho fundamental, deben adoptarse las medidas de carácter disciplinario que correspondan conforme al marco jurídico laboral. En este caso al tratarse de una socia cooperativista, la acción ha sido constitutiva de una acción muy grave conforme a los estatutos de la sociedad cooperativa que conlleva la expulsión.

Conviene señalar que, como ha estimado el TSJ de Madrid, la gravedad debe «medirse en atención a que, además de hacerse en el baño, que es el lugar físico en el que la intimidad del usuario debe estar indudablemente más protegida frente a cualquier otro lugar del centro de trabajo, afecta sin duda a la intimidad de otra persona, puesto que el matiz que dota al hecho de especial gravedad, no es, solo y en su estricto sentido, la realización de la grabación, sino el conocimiento que otros trabajadores tuvieron de la misma, difundida por un medio al que no solo pueden tener acceso aquellos a quienes se envió, sino también cualquier otra persona que puede recibirlo por esta aplicación del teléfono móvil que permite enviar y recibir mensajes».

Y en cuanto a la incidencia en el derecho a la desconexión digital *ex* art. 88 LOPD, la STSJ de Asturias 697/2022 de 29 de marzo¹⁵ cuestiona la incidencia del envío de un WhatsApp fuera del horario sobre el derecho a la desconexión digital. La controversia se suscitó a raíz de la comunicación enviada por la empresa al número personal de la persona trabajadora a través del medio de comunicación WhatsApp. Esta comunicación se efectuó a fin de poner en conocimiento de la persona trabajadora

¹⁴ Rec. supl. 1087/2018.

¹⁵ Rec. supl. 322/2022.

información de los servicios mínimos en la empresa de transportes de carretera en la que prestaba servicios ante la convocatoria de una huelga.

La persona trabajadora reivindicó una vulneración conjunta de derechos fundamentales como el derecho a la huelga, a la intimidad y a la protección de datos personales. Y, en suma, de su derecho a la desconexión digital por haber recibido una comunicación fuera del horario de trabajo. A este respecto, el TSJ concluyó que «el derecho a la desconexión digital no tiene la consideración de derecho fundamental, por sí mismo y desconectado del derecho a la intimidad». Además, la persona trabajadora se comunica habitualmente por este canal digital denominado WhatsApp, con diferentes cargos de la empresa para cuestiones referidas a la prestación laboral. Ello lleva a entender que la persona trabajadora ha consentido voluntariamente a recibir en su teléfono móvil este tipo de comunicaciones con impregnación laboral. Por tales motivos, el TSJ desestimó sus pretensiones al no haberse constatado vulneración alguna de derechos fundamentales y porque el envío de comunicaciones por WhatsApp no era ajeno a cuestiones relacionadas con la prestación de servicios.

Revierde un especial interés mostrar un ejemplo de manifestación del ejercicio del poder de dirección de la empresa a través de este canal de comunicación, por lo que se ha seleccionado la STSJ de Galicia 2005/2021 de 14 de mayo¹⁶. En este procedimiento se aborda un asunto relacionado con un incumplimiento de órdenes empresariales efectuadas por un grupo de WhatsApp creado a tal efecto.

El grupo de WhatsApp fue creado para atender diferentes fines, (pedidos, promociones, peticiones de material, etc.) y uno de ellos fue comunicar el uso obligatorio de la mascarilla y del gel de manos. Pese a esta instrucción, la empresa comprobó que la persona trabajadora no cumplió con dicho requerimiento; motivo principal del despido. No obstante, el TSJ de Galicia, confirmando el criterio de instancia, calificó de improcedente el despido al entender que las referencias efectuadas sobre este tema en el grupo laboral de WhatsApp «es mínimo y pasa totalmente desapercibido, no constando de forma fehaciente que hubieran sido leídos por la actora, y en concreto, no consta que hubiese leído el mensaje». Por lo que, sin restar importancia a la desobediencia examinada y dado que se ha efectuado la máxima sanción posible, es decir el despido, la empresa podría haber solventado esta situación habiendo notificado previamente «de forma fehaciente y con mayor diligencia las órdenes dadas que se invocan como desobediencias».

Por último, este canal de comunicación también ha sido empleado por

¹⁶ Rec. supl. 1075/2021.

ambas partes para dejar constancia de la finalización de la relación laboral¹⁷. En primer lugar, la STSJ de País Vasco 1770/2023, de 11 de julio¹⁸, versa sobre un supuesto de dimisión de la persona trabajadora tras abandonar el grupo de WhatsApp de “cuadrantes”. Tras abandonar el grupo, recibió una llamada de teléfono para hacerle saber que dicho grupo digital constituye un «grupo operativo y tiene que estar ahí». Pese a ello, la persona trabajadora le comunica que no sabe si seguirá trabajando en la empresa; posteriormente, envió un WhatsApp a la jefa de equipo para comunicar que no volvería a trabajar más. Tras haber agotado los plazos para efectuar la baja laboral y sin presentarse en las dependencias de la empresa, se efectuó la baja voluntaria. Pese a interponer recurso de suplicación basado principalmente en una revisión de hechos para dejar constancia que en un momento dado cambió de opinión y solicitó la reincorporación a su puesto de trabajo, el TSJ desestimó sus pretensiones al no constar prueba documental o pericial que justificase ese hecho¹⁹.

En segundo lugar, la utilización de WhatsApp por la empresa para comunicar a la persona trabajadora la finalización de la relación laboral tiene diferentes resultados. En el caso de la comunicación a la persona trabajadora de la no superación del periodo de prueba *ex* art. 14.2 ET, la STSJ de Galicia 3124/2015, determinó que «la comunicación a través del llamado “WhatsApp” [...], es válida como medio de comunicar el cese del trabajador, y en todo caso sería la fecha de inicio de computo de la caducidad, puesto que es la fecha en la que el trabajador tiene conocimiento de su cese, sea despido o no lo sea». Sin embargo, existen otros tribunales que se muestran contrarios a validar la «comunicación digital del despido» a la persona trabajadora ya que no se ajusta a los parámetros exigidos por el art. 55 ET²⁰. Así, la STSJ de Galicia 2070/2021²¹, de 20 de mayo concluyó que este tipo de comunicación no cumple las previsiones exigidas por la normativa laboral y, por tanto, surtir efectos en el mismo sentido que una notificación “clásica”. Por otro lado, porque este tipo de comunicación puede entrar en conflicto con varios derechos fundamentales tales como el

¹⁷ *Vid.* al respecto, en profundidad, E.E. TALÉNS VISCONTI, [La extinción del contrato de trabajo manifestada a través de WhatsApp](#), en [esta Revista](#), 2023, n. 1, p. 474 ss.

¹⁸ Rec. supl. 1145/2023. En el mismo sentido, STJS Cantabria 541/2021, de 16 de julio, rec. supl. 465/2021.

¹⁹ Al respecto sobre las características de este medio de prueba y los requisitos para su admisión en el orden de lo social, *vid.* 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, p. 24 ss.

²⁰ STS 2449/2022, rec. cas. 1969/2021.

²¹ Rec. supl. 47/2021. En el mismo sentido respecto al envío de un SMS, STSJ Castilla y la Mancha 1334/2022, de 14 de julio, rec. supl. 884/2022.

derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la protección de datos personales pero también al derecho a la desconexión digital. En definitiva, esta vía digital no permite dejar constancia fehaciente en los términos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la acreditación del envío y recepción.

En conclusión, se ha puesto de manifiesto que el uso de WhatsApp como medio de comunicación entre las partes del contrato puede y está generando conflictos de diferente índole. Esta situación justifica la necesidad de adoptar una política empresarial concienzuda que evalúe los beneficios/perjuicios que conlleva la implantación de este modelo de gestión de la información. A fin de cuentas, no es sino una posibilidad que ofrece la tecnología en su catálogo de innovación, por lo que puede evaluarse otro tipo de alternativas que pudieran generar menos conflictividad en el uso diario entre las partes.

4. Grupos laborales de WhatsApp: el criterio de interpretación de la Agencia Española de Protección de Datos

En cuanto al criterio administrativo, la AEPD ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a las reclamaciones efectuadas por personas trabajadoras por el uso o inclusión en grupos de WhatsApp laborales. En este sentido, el objetivo es plasmar cuál ha sido el criterio de resolución en este tipo de conflictos así como los parámetros de legitimidad de la empresa para implantar este canal de comunicación laboral.

En primer lugar, en el procedimiento AI-00408-2017, se discutió acerca de la difusión por parte de la encargada de tienda de un parte de baja de una persona trabajadora a través del grupo laboral de WhatsApp. En definitiva, la persona trabajadora presentó reclamación a la AEPD para reclamar una vulneración de sus datos personales a través de este grupo laboral ya que fue un acto que la encargada de tienda repitió en varias ocasiones.

Ante el requerimiento efectuado por la AEPD, la empresa sostuvo que «la entidad no dota de líneas telefónicas propias ni dispositivos móviles a su personal laboral, a excepción de determinadas personas de alta dirección, y no ha ordenado la creación de un grupo de WhatsApp entre sus empleados. De ello se desprende que han sido un grupo de personas que, de forma particular, han decidido crear un grupo de WhatsApp». Además, en su protocolo interno para incapacidades laborales no consta un procedimiento efectuado a través de este canal de comunicación.

La AEPD tras las alegaciones presentadas, archivó el procedimiento

puesto que se constató que la empresa no ordenó en ningún momento la creación de este grupo de WhatsApp laboral. Por lo que, ante una actuación voluntaria de la encargada de tienda, no pueden imponerse responsabilidades sancionadoras a la empresa. Sin perjuicio de que la empresa pueda adoptar las medidas disciplinarias correspondientes frente a esta actuación.

En segundo lugar, el asunto AP-00050-2017, se discutió acerca de un desvío de la finalidad inicial prevista para los datos personales facilitados por un grupo de personas funcionarias en prácticas. A este respecto, una entidad pública creó un grupo de WhatsApp sin el consentimiento de los afectados para comunicarles la realización de la revisión médica obligatoria. Este grupo se creó para notificar concretamente a 30 personas con las que no se pudo contactar previamente por vía telefónica, la fecha de realización del reconocimiento médico. En consecuencia, todas y cada una de las personas integrantes del grupo tuvieron conocimiento del nombre, número de teléfono y fotografía de perfil del resto de miembros.

Conforme a los hechos probados, se puede estar de acuerdo con que se efectuó un tratamiento de datos personales al crear este grupo de WhatsApp. Y en suma, que el tratamiento de datos personales referido a datos identificativos y de contacto atendía a una finalidad legítima y concreta, el examen médico obligatorio para el puesto. Un tratamiento de datos que no requería el consentimiento inequívoco de las personas funcionarias a tenor de la excepción prevista en el art. 6.2 de la antigua LOPD. Sin embargo, la AEPD concluyó que «entregados los datos para una finalidad concreta, el uso o tratamiento posterior que no esté en consonancia con la finalidad para la que fueron facilitados, constituiría un desvío de finalidad».

Por lo tanto, la autoridad pública, pese a estar habilitada a tratar dicho dato personal – número de teléfono – no estaba habilitada por el procedimiento selectivo a efectuar este tipo de comunicación. En tanto en cuanto, podría haberlo hecho por esta misma aplicación de mensajería de forma individual y no colectiva.

En tercer lugar, el expediente TD-00161-2020, versa sobre la elección por parte de la persona trabajadora del medio o canal de comunicación con la empresa. En este caso, la persona trabajadora comunicó a la empresa que, a efectos de comunicación, se efectuase vía postal. Además, solicitó la supresión de su dato de teléfono personal y correo electrónico, así como que se abstuviera de seguir enviando mensajes vía WhatsApp. Por su parte, la empresa justificó esta actuación, es decir, la comunicación a través de aplicaciones de mensajería instantánea, para efectuar notificaciones urgentes, cambios de horarios, situaciones de fuerza mayor, etc., máxime

en época Covid-19.

Por un lado, la AEPD se mostró rotunda al señalar que la empresa no entregó, en tiempo y forma, una respuesta al derecho de supresión a la persona trabajadora. En su decisión, podría haber justificado su disconformidad con la reclamación presentada por la persona trabajadora conforme a las causas alegadas en este procedimiento. Y, por otro lado, la AEPD apoyó a la empresa respecto a la comunicación por vía WhatsApp como un medio o dispositivo telemático imprescindible para prestaciones laborales que se efectúan fuera de la sede laboral como en este caso. Por consiguiente, en determinadas situaciones, como por ejemplo, la emergencia sanitaria del Covid-19, se justifica la comunicación por esta vía digital en un contexto laboral ya que constituye un canal idóneo, ágil y operativo en contraste con el envío postal.

En cuarto lugar, el procedimiento PS-00270-2022, la persona trabajadora prestaba servicios de limpieza en una comunidad de propietarios y fue incluida en un grupo de WhatsApp sin previo aviso y sin su consentimiento. La finalidad principal de este canal era «el seguimiento de su actividad laboral, ordenándole que enviara imágenes de las tareas realizadas al finalizar cada jornada laboral». Como resultado a la oposición de la persona trabajadora a ceder a terceros sus datos personales, fue despedida.

En este procedimiento, la AEPD fue bastante escueta en el desarrollo de los argumentos jurídicos por las que impuso una doble sanción a la Comunidad de Propietarios; ya que nada se dice al respecto de la idoneidad del sistema o canal de mensajería como medio de comunicación entre las partes. Por un lado, se constató una infracción *ex art.* 15 RGPD y tipificada *ex art.* 83.5.a RGPD, del derecho de acceso de la persona trabajadora puesto que nunca recibió una contestación por parte de la Comunidad de Propietarios. Y por otra parte, con más relevancia para el objeto de este estudio, la AEPD concluyó que la Comunidad de Propietarios no contaba con una base legal, de conformidad con el art. 6.1 RGPD, que legitimara la inclusión de la persona trabajadora en el grupo de WhatsApp.

En quinto lugar, en el procedimiento AI-00050-2022, se suscitó una controversia respecto a la inclusión de una persona trabajadora en dos grupos laborales de WhatsApp sin su consentimiento. La empresa justificó la creación de dichos grupos digitales a fin de aportar «datos relativos a las rutas de reparto, las personas que la realizan, las horas, la ubicación de las furgonetas al terminar la jornada laboral y diversa información laboral». Por consiguiente, todas las personas integrantes del grupo de WhatsApp eran conocedores de información del resto de compañeros.

En suma, la empresa alegó que, de conformidad con las características

de su sector, el reparto de mercancías, si la prestación laboral de la persona trabajadora se efectúa prácticamente en su totalidad fuera de las instalaciones de la empresa realizando reparto y entrega de paquetería. De este modo, se justifica la idoneidad del grupo de WhatsApp como medio de comunicación interno. Además, se efectuó una comunicación expresa a las personas trabajadoras sobre la utilización de este canal de comunicación y no ha recibido ninguna solicitud o reclamación por parte de ninguna por la inclusión en dicho grupo.

Este procedimiento es sumamente interesante porque la AEPD sí que profundiza y se detiene en abordar los parámetros legales sobre protección de datos personales y su conformidad con la creación de grupos de WhatsApp laborales. Así, la AEPD determinó que cabe el archivo de las actuaciones frente a la empresa por varios motivos. El primero, estima que la legitimación de este tipo de tratamiento de datos personales se corresponde *ex art. 6.1.b* RGPD con la ejecución del contrato de trabajo. El segundo, que la empresa ha efectuado un tratamiento de datos personales mínimamente necesarios para la organización del trabajo. El tercero, la finalidad del grupo de WhatsApp estaba claramente determinada e informada previamente a las personas trabajadoras, esto es, a «asuntos relacionados con el contrato de trabajo, condiciones laborales, organización y desarrollo de tareas de trabajo y reparto».

Por lo tanto, para la AEPD el tratamiento de datos personales efectuado por la empresa es conforme con los parámetros fijados por los arts. 5 y 6 RGPD. De este modo, se ha justificado la legalidad de este tipo de canales de comunicación entre las personas trabajadoras y la empresa siempre que se respete el marco jurídico actual implantado por el RGPD y la LOPDGDD.

Y, por último, el procedimiento PS-00472-2022 versa sobre un asunto en el que la persona trabajadora presentó una reclamación ante la AEPD porque su empresa le incluyó en un grupo de WhatsApp sin su consentimiento. Además, la persona trabajadora se comunicaba formalmente a través del correo electrónico, oponiéndose a las comunicaciones a través de WhatsApp.

El grupo de WhatsApp fue denominado “Comisión de Igualdad”, y estaba integrado por cuatro personas. De conformidad con las alegaciones presentadas por la empresa, «ante la insistencia de la empresa en obtener respuesta por mail, a la necesidad de formar una Comisión Negociadora de Igualdad y no ser posible, recurre al contacto telefónico y por WhatsApp con la finalidad de cumplir los plazos establecidos para la empresa en la implantación y desarrollo del plan de igualdad».

En la fase de diligencias de prueba, la AEPD quería saber dos

cuestiones: si el número de teléfono incluido en el grupo de WhatsApp era personal o se trataba de uno corporativo y si el número de teléfono que creó el grupo era corporativo. Y el resultado de las pesquisas determinó que, efectivamente, se efectuó la inclusión del número de teléfono personal de la persona trabajadora sin su permiso, tal y como consta en el expediente.

En consecuencia, la AEPD concluyó que «no se considera que el método utilizado fuera el idóneo. Al añadir los números de teléfonos móviles particulares de tres empleados al mencionado grupo, se estaban facilitando de forma automática dichos datos de carácter personal al resto de integrantes del mismo». Y puntualizó, además, que «tampoco era la única vía posible de cara a efectuar la comunicación a la reclamante, ya que finalmente ésta se hizo en mano».

5. Análisis del tratamiento del WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras: prácticas en la negociación colectiva y en las políticas internas sobre desconexión digital

El art. 91 LOPDGDD determina que «los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral». De la lectura del precepto puede entenderse que el legislador ha canalizado y realzado a través de esta LOPDGDD el papel que asume la negociación colectiva en este ámbito digital²²; ello quiere decir, la posibilidad de instaurar nuevas y positivas garantías adicionales que las previstas en la ley en cuanto a la regulación de los derechos digitales²³.

Por tales razones se ha estimado conveniente llevar a cabo una revisión sobre la actuación de la negociación colectiva en esta materia. Y en una primera aproximación, puede estarse de acuerdo con que el estudio de los convenios colectivos en cuanto al tratamiento de la negociación colectiva del WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras es variopinto y diverso²⁴, por los motivos que se expondrán a continuación.

²² J. BAZ RODRÍGUEZ, *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Wolters Kluwer, 2019, p. 15 ss.

²³ J.M. SERRANO GARCÍA, *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Bomarzo, 2019, p. 35.

²⁴ *Vid.* J. LLORENS ESPADA, *Los derechos digitales en la negociación colectiva*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. extra. 11, p. 25.

En primer lugar, se ha podido comprobar que un gran número de convenios colectivos regula específicamente el uso de WhatsApp; sin embargo, este tratamiento nada tiene que ver con la protección de los tiempos de descanso digital de las personas trabajadoras. Así, es el caso para el contrato fijo-discontinuo²⁵ determinando que «cuando la persona trabajadora se comuniquen habitualmente con la empresa mediante el uso de su teléfono móvil, el llamamiento se podrá realizar mediante mensaje por SMS o WhatsApp al teléfono móvil que este haya facilitado a la empresa».

En segundo lugar, se ha podido identificar en otro grupo de convenios colectivos que la referencia al WhatsApp se encuentra inserta en el desarrollo del protocolo para la prevención y procedimiento de actuación en los casos de denuncia por acoso laboral y/o sexual y violencia en el trabajo²⁶. A este respecto, su previsión se encuentra referido dentro de comportamientos o conductas tales como «llamadas telefónicas, cartas, mensajes de correo, SMS, WhatsApp o similares de carácter ofensivo, de contenido sexual».

En tercer lugar, la negociación colectiva también ha optado por ofrecer un hueco al uso o, mejor dicho, al mal uso de WhatsApp durante el

²⁵ Convenio Colectivo de ámbito Provincial para la actividad de Oficinas y Despachos, año 2022, 2023 y 2024; Resolución de 14 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU; Resolución de 13 de diciembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes; Resolución de 15 de diciembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXV Convenio colectivo estatal de oficinas de farmacia; Convenio colectivo para las Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Jaén para los años 2023, 2024 y 2025; Resolución de 13 de marzo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Partnerwork Solution, SLU; Resolución de 22 de marzo de 2023, de la Subdirección General de Relaciones Laborales, por la que se disponen el registro y la publicación del texto del Convenio colectivo para las empresas que tengan adjudicada mediante contrato con alguna administración pública la gestión de residencias de tercera edad, servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, centros de día, centros mujer 24 horas, centros de acogida y servicio de ayuda a domicilio de titularidad pública y gestión privada, en la Comunitat Valenciana; Convenio colectivo provincial de las industrias panificadoras de Córdoba y su provincia para los años 2023-2025; Resolución de 23 de marzo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del Convenio Colectivo de Trabajo para las personas trabajadoras de la Agrupación de Cooperativas Valle del Jerte.

²⁶ IV Convenio Colectivo de Galicia Editorial, 2022-2023; Convenio colectivo de aplicación de la empresa Mieres Asesores, 2023-2027; Convenio Colectivo de la Voz de Galicia, 2019-2020.

desarrollo de la prestación laboral. De este modo, se ha llegado a calificar «la utilización de móviles personales o de empresa para recibir o efectuar llamadas, WhatsApp, descargas o juegos durante la jornada laboral por cuestiones ajenas del trabajo, siempre que no generen perjuicios o una situación de riesgo» constitutivas de falta leve²⁷.

Y, en cuarto lugar, la práctica convencional ha regulado tímidamente otro tipo de situaciones relacionadas con este sistema de mensajería instantánea. Una cláusula interesante es aquella que reconoce la posibilidad de trasladar iniciativas e información de interés referidas a igualdad y acoso mediante los «grupos laborales de WhatsApp»²⁸ así como para la cumplimentación de encuestas referidas a los datos del diagnóstico de situación, facilitando un enlace de acceso a través de este tipo de grupos laborales. Ello significa que se reconoce la existencia de grupos laborales de WhatsApp, aunque se desconoce por completo cuál es su finalidad principal, es decir, si cumple una finalidad laboral o es simplemente una finalidad social²⁹. No obstante, en algún caso se niega su potencial uso³⁰, por ejemplo, para «todos los cambios de horarios, descansos, etc., comunicados por medios no oficiales (como WhatsApp, SMS o aplicaciones de mensajería instantánea), serán nulos y sus efectos, serán asumidos por la Empresa».

Por otro lado, en el caso de las políticas internas sobre desconexión digital el uso o regulación del WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y la plantilla, el estudio no es nada satisfactorio al respecto³¹. En cuanto a las conclusiones, el mayor número de políticas sobre desconexión digital no incluyen ninguna referencia, no solo a WhatsApp, sino que tampoco a otro sistema de mensajería instantánea. Y, por otro lado, la gran mayoría de las políticas sobre desconexión digital hacen una mera referencia al reconocimiento a favor de las personas

²⁷ Resolución de 22 de marzo de 2023, de la Subdirección General de Relaciones Laborales, por la que se disponen el registro y la publicación del texto del Convenio colectivo para la recolección de cítricos de la Comunitat Valenciana, 2022-2026; Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del acuerdo de convenio colectivo, para la empresa Omega Spice, S.L.

²⁸ I Plan de Igualdad (2021-2024) entre mujeres y hombres de la empresa BLU Fruit.

²⁹ I Plan de Igualdad (2021-2024) entre mujeres y hombres de la empresa Instalaciones Eléctricas Cerreñas.

³⁰ Resolución de 31 de agosto de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Lidl Supermercados.

³¹ *Vid.* un estudio más exhaustivo sobre la materia en D. MEGINO FERNÁNDEZ, *El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2022, n. 466.

trabajadoras a «no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp), una vez finalizada su jornada laboral». Y, ni tan siquiera, se hace referencia a la posibilidad de acudir a este medio para solicitar la reconexión de la persona trabajadora en circunstancias de fuerza mayor o que supongan un grave, inminente o evidente perjuicio social o del servicio para la entidad³².

En definitiva, el análisis de las políticas internas sobre desconexión digital y, particularmente, sobre la incidencia del WhatsApp en este derecho, deja mucho que desear tras lo anterior³³. Todo ello refleja una necesidad de potenciar el papel que debe desempeñar esta política de desconexión digital a fin de salvaguardar los descansos digitales de las personas trabajadoras frente a las posibles injerencias causadas por este tipo de aplicativos o sistemas³⁴.

6. Conclusiones

La creación e implantación de grupos laborales de WhatsApp ya está generando diversas controversias entre ambas partes del contrato, personas trabajadoras y empresa. Este canal de comunicación se implanta, en la mayoría de los supuestos, a fin de informar a las personas trabajadoras sobre cuestiones de organización de la prestación laboral. No obstante, esta actuación plantea serios interrogantes en tanto en cuanto las personas trabajadoras aportan su número de teléfono personal para ser incluidos en

³² Política interna Ayuntamiento de Borox, Política interna Enagás, Política interna GTM, Política interna Grupo H&A, Política interna Cofares, Política interna Endesa, Política interna Airbus, Política interna Prim, Política interna Príncipe Felipe – Centro de Investigación, Política interna Grupo Axa, Política interna Solarig.

³³ M. MIÑARRO YANINI, *La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 440, p. 7.

³⁴ En el mismo sentido, y por el interés que recae sobre esta materia, se ha estimado oportuno la revisión de las políticas de dispositivos digitales a fin de evaluar si en este tipo de documentos si se encuentra regulado el uso del WhatsApp. El resultado es el mismo, pocas políticas sobre uso de los dispositivos o seguridad de la información hacen una referencia clara y explícita al uso de este tipo de servicios de mensajería. Así, la política de seguridad de la información del Grupo Inditex establece que «el uso de los Sistemas o servicios digitales por parte de los empleados, incluyendo expresamente el correo electrónico y los servicios de mensajería instantánea, estará limitado a fines lícitos y exclusivamente profesionales, para la realización de tareas relacionadas con el puesto de trabajo». Y, por otro lado, la política de uso de medios tecnológicos del Grupo FCC equipara las reglas específicas aplicables a los usuarios del correo electrónico a «cualquier otro sistema de comunicación digital, especialmente los servicios de mensajería o similares».

dichos grupos de trabajo. Ello implica que, como parte más débil del contrato, se planteen cuestiones interesantes acerca de la prestación del consentimiento *ex* art. 4.11 RGPD, la legitimación de la empresa para adoptar dicha decisión *ex* art. 6.1 RGPD, así como la finalidad de este tratamiento de datos personales.

En este sentido, un sector doctrinal ha puntualizado que este tipo de uso del WhatsApp socialmente admitido puede generar un conflicto serio en derechos los derechos de las personas trabajadoras. Por un lado, puede señalarse una sobreexposición al dispositivo digital con la merma en su salud *ex* 4.2.d ET una invasión de la esfera privada de las personas trabajadoras *ex* art. 4.2.e ET, así como sobrepasar los límites de la jornada de trabajo conculcando su derecho a la desconexión digital *ex* art. 88 LOPD. Esta situación se puede materializar «en tanto en cuanto el trabajador usa el móvil para comunicarse con sus familiares o amigos puede igualmente encontrarse con los mensajes de contenido laboral, sintiéndose con ello obligado moralmente a contestar sin importar el momento o el lugar»³⁵.

Lo cierto es que, de conformidad con los tiempos actuales, la utilización y aportación del número personal de las personas trabajadoras a la empresa para recibir cualquier tipo de comunicación es un “hábito social aceptado”. Todo ello a razón de la comodidad, rapidez e inmediatez que ofrece para ambas partes la comunicación vía WhatsApp. Sin embargo, este acto debe estar basado en un consentimiento informado y voluntario de la persona trabajadora así como ofrecer garantías de ejercitar su oposición futura a dicho tratamiento.

Esta actuación, bajo la apariencia de voluntariedad y consentimiento, puede ocasionar un serio problema para la empresa como responsable del tratamiento de datos personales de su plantilla. Por lo que, se justifica la necesidad de evaluar conscientemente cuál es la necesidad de implantar este tipo de canal de comunicación entre las partes así como si no existe otro menos invasivo para garantizar así la seguridad de los datos personales *ex* art. 32 RGPD. Y en el caso de posicionarse a favor de este tipo de canales de comunicación instantánea, que su instalación y utilización se efectúe a través de un dispositivo corporativo, es decir, facilitado por la empresa para atender sus requerimientos de organización y gestión del trabajo.

Sobre esta cuestión, el estudio de las cláusulas convencionales ha demostrado un cierto desinterés o, mejor dicho, un tratamiento bastante

³⁵ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Uso de grupos de Whats.App sin consentimiento de los trabajadores: la necesidad de fomentar los estándares de protección de la privacidad en el ámbito laboral*, en *La Ley Privacidad*, 2023, n. 15, p. 6.

tímido y diverso en cuanto al uso de WhatsApp como canal de comunicación e interacción digital entre las partes del contrato. Fruto de esta experiencia de revisión de cláusulas convencionales, se reclama una participación más activa e innovadora de la negociación colectiva. Ello a fin de concretar el canal y el medio de comunicación entre la empresa y la plantilla para cuestiones laborales, el derecho a la protección de datos personales de las personas trabajadoras en relación con la aportación de su número de teléfono personal, la determinación de la forma de contacto en casos de situación de fuerza mayor en relación con el derecho a la desconexión digital.

En este contexto tecno-digital, la negociación colectiva afronta un reto sumamente importante fruto de los cambios que ofrece esta nueva revolución industrial en cuanto al ejercicio y puesta en práctica de sus funciones. En definitiva, adoptar una renovación o, quizás más bien de modernización, del modelo institucional de organización y acción sindical a un contexto social, económico y productivo diferente³⁶ ante los retos que debe afrontar el campo de las relaciones laborales.

En conclusión, una cuestión evidente es que en este tipo de situaciones conflictivas adquieren un mayor protagonismo las políticas internas de privacidad y de desconexión digital. La empresa deberá adoptar y amoldar su cultura corporativa a los nuevos tiempos digitales que plantean interesantes desafíos en la gestión y organización de la plantilla. Y todo ello no supone un obstáculo para que pueda alcanzarse un objetivo conjunto, es decir, la tan ansiada competitividad y optimización de la empresa así como la garantía y respeto de los derechos laborales de las personas trabajadoras.

7. Bibliografía

AEPD (2006), *Número de teléfono y concepto de dato personal*, Informe, n. 285

BAZ RODRÍGUEZ J. (2019), *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Wolters Kluwer

BREQUE M., DE NUL L., PETRIDIS A. (2021), *Industry 5.0. Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, European Commission

CAMPUZANO TOMÉ H. (2000), *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Tecnos

³⁶ J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista de Treball, Economia i Societat*, 2019, n. 92, p. 25.

- CARDONA RUBERT M.B. (2003), *Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas*, en *Lan Harremanak*, n. especial, pp. 157-173
- CASTELL OLIVÁN M. (2011), *Prefacio: Autocomunicación de masas y movimientos sociales en la era de Internet*, en *Anuari del Conflicte Social*, n. 1, pp. 11-19
- CERVILLA GARZÓN M.J. (2016), *Efectos del uso de la aplicación "WhatsApp" en el marco de las relaciones laborales*, en *Temas Laborales*, n. 136, pp. 73-98
- COELHO MOREIRA T. (2019), *Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores*, en *Minerva*, n. 2, pp. 129-166
- CUADROS GARRIDO M.E. (2014), *El uso del WhatsApp en las relaciones laborales*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 171, pp. 91-112
- CUADROS GARRIDO M.E. (2018), *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*, Aranzadi
- GOERLICH PESET J.M. (2019), *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista de Treball, Economia i Societat*, n. 92, pp. 1-26
- GOÑI SEIN J.L. (2020), *Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en *Trabajo y Derecho*, n. extra. 11, pp. 1-35
- LLORENS ESPADA J. (2020), *Los derechos digitales en la negociación colectiva*, en *Trabajo y Derecho*, n. extra. 11, pp. 1-30
- LÓPEZ AHUMADA J.E. (2023), *Uso de grupos de WhatsApp sin consentimiento de los trabajadores: la necesidad de fomentar los estándares de protección de la privacidad en el ámbito laboral*, en *La Ley Privacidad*, n. 15, pp. 1-20
- MEGINO FERNÁNDEZ D. (2022), *El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 466, pp. 129-161
- MIÑARRO YANINI M. (2019), *La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 440, pp. 5-18
- 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
- PONCE ÁVILA M.C., RUIZ CABEZÓN M.H. (2023), *El uso del WhatsApp en las relaciones laborales*, Estudio UGT, n. 28
- SERRANO GARCÍA J.M. (2019), *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Bomarzo
- TALÉNS VISCONTI E.E. (2023), [*La extinción del contrato de trabajo manifestada a través de WhatsApp*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1](#), pp. 470-490

En búsqueda del equilibrio entre las actividades de vigilancia del empresario y la privacidad del trabajador en la era digital

Ivonne SÁNCHEZ CASTRO*

RESUMEN: En la era digital, la incorporación de nuevas tecnologías en el entorno laboral ha transformado la dinámica de la supervisión empresarial afectando ineludiblemente la privacidad del trabajador. Este artículo aborda la controversia entre los mecanismos de control y vigilancia empresarial y los derechos de intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos del trabajador en ese contexto. Se analiza en detalle la videovigilancia y sus implicaciones sobre los derechos fundamentales del trabajador, destacando la importancia de establecer buenas prácticas para la implementación de herramientas de vigilancia en el ámbito laboral.

Palabras clave: Videovigilancia, control y vigilancia empresarial, privacidad, era digital, derechos digitales.

SUMARIO: 1. Introducción a la era digital y a la aplicación de nuevas tecnologías en el lugar de trabajo. 2. El impacto de las nuevas tecnologías en el entorno laboral. 3. Mecanismos de control y vigilancia empresarial *vs* privacidad del trabajador y su derecho de protección de datos. 3.1. Tecnologías de vigilancia en el lugar de trabajo. 3.2. Privacidad del trabajador y otros derechos conexos. 4. Análisis de la videovigilancia y los derechos fundamentales del trabajador. 5. Buenas prácticas para implementar herramientas de vigilancia en el ámbito laboral. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca (España); Máster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la misma casa de estudios; Especialista en Derecho de Protección de Datos y Ciberseguridad, Universidad Nacional de Educación a Distancia (España).

Seeking a Balance between Employer Surveillance Activities and Worker Privacy in the Digital Age

ABSTRACT: In the digital era, the integration of new technologies in the workplace has transformed the dynamics of corporate supervision, inevitably impacting worker privacy. This article addresses the controversy between corporate control and surveillance mechanisms and the rights to privacy, communication confidentiality and data protection of the worker in that context. Video surveillance and its implications on the fundamental rights of the worker are analysed in detail, emphasizing the importance of establishing best practices for the implementation of surveillance tools in the workplace.

Key Words: Video surveillance, corporate control and monitoring, privacy, digital era, digital rights.

1. Introducción a la era digital y a la aplicación de nuevas tecnologías en el lugar de trabajo

La omnipresente digitalización ha dado lugar a un fenómeno irrefutable: la *hiperconexión*. Nos encontramos perpetuamente en línea y al alcance a través de una variedad de dispositivos electrónicos y redes de comunicación. En estos tiempos hacemos uso intensivo de recursos que abarcan desde internet y aplicaciones móviles hasta herramientas telemáticas y sistemas de monitorización, todos los cuales han permeado la esfera laboral. Este fenómeno ha desencadenado una serie de situaciones con notables implicaciones jurídicas.

La *hiperconexión*, como fenómeno propio en el contexto de la era digital, hace referencia a la creciente interconexión de dispositivos y sistemas a través de redes de comunicación, y a un uso excesivo e indiscriminado de las *tecnologías de la información*. Este planteamiento resulta una variable que impulsa una constante transformación en la forma en que las personas se relacionan entre sí y con la información. Como se observa, la proliferación de dispositivos móviles, la expansión de las redes sociales y la omnipresencia de Internet han contribuido a una sociedad cada vez más hiperconectada. Esto ha llevado a un aumento significativo en la velocidad y la facilidad de comunicación, así como a un acceso instantáneo a vastas cantidades de datos y conocimientos que no son ajenos a la relación laboral.

Sumado a ello, la *mundialización de la información*¹ plantea un modelo de organización social, laboral, económica y cultural notablemente diferente, en el cual destaca, tal vez, la primordial relevancia otorgada a la información y la facilidad de acceso a esta mediante las tecnologías de la información. Desde luego, esta mundialización de la información se ha vuelto especialmente prominente en la era de Internet y las redes digitales. Se considera una de las dimensiones de la globalización, relacionada con la globalización tecnológica y la difusión de información a nivel mundial. Estos conceptos en un mismo escenario, la hiperconexión, el uso abusivo de las tecnologías de la información y la mundialización de la información, tienen la capacidad de desdibujar de forma importante los límites a la intimidad y la esfera privada de los individuos, en especial del trabajador.

En este contexto, las organizaciones empresariales pretenden integrar, adaptar y utilizar estas nuevas tecnologías para su propio beneficio. La revolución tecnológica no debe entenderse en sí misma como un fin sino

¹ I.V. LUCENA CID, *El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos*, en A. GALÁN MUÑOZ (coord.), *La protección jurídica de la intimidad y de los datos personales frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 33.

un medio², una herramienta para obtener mejoras en la productividad y maximizar la eficiencia de los procesos que integran las cadenas de producción. Al respecto, no existe alguna regulación normativa que prohíba su empleo en vista que en este escenario su uso se encuentra legitimado por los parámetros de la libertad de empresa y amparado en los poderes empresariales que ostenta el empleador como parte de una relación de trabajo. Una empresa podrá implementar medidas y herramientas basadas en nuevas tecnologías, inteligencia artificial e inclusive robótica, teniendo como único límite aquellos derechos que el ordenamiento reconoce a favor de los trabajadores.

El uso de la tecnología debe considerarse como una herramienta que no desplace o amenace el uso de la fuerza vital o el intelecto, es decir, que el enfoque del trabajo mantenga como **eje central al hombre**.

Es esencial destacar que los avances tecnológicos han facilitado la recopilación masiva de datos en el ámbito laboral. El monitoreo de correos electrónicos, llamadas telefónicas, actividades en línea e incluso la ubicación física de los empleados se ha vuelto cada vez más común. A medida que se implementan prácticas como la videovigilancia, la geolocalización y la captación de audio en el entorno laboral, se incrementan las disputas legales. Aunque estas prácticas pueden tener como objetivo mejorar la productividad, la eficiencia y la seguridad en el lugar de trabajo, no se puede pasar por alto que también plantean dilemas éticos y cuestiones legales de gran relevancia.

2. El impacto de las nuevas tecnologías en el entorno laboral

El entorno laboral no permanece inmune a las ventajas inherentes al aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC). En una perspectiva positiva, estas tecnologías brindan una vía expedita para la transmisión de información, lo que agiliza los procesos productivos y optimiza tanto los sistemas de comunicación internos como externos en las organizaciones empresariales. Es innegable que las TIC contribuyen significativamente a aumentar la eficiencia laboral, otorgando

² Cfr. A.N. MARTÍNEZ, A.M. PORCELLI, *Implicancias de las tecnologías informáticas en el ambiente y nuevas tendencias en el desarrollo de la informática verde como aporte al desarrollo sustentable*, en www.actualidadjuridicambiental.com, 1º octubre 2015, p. 1.

a los trabajadores la capacidad de superar obstáculos geográficos y temporales al permitir la transmisión y el acceso instantáneos a información diversa desde cualquier lugar y en cualquier momento. Esta agilidad temporal y espacial redundan en la ejecución de tareas en lapsos más breves y en una reducción sustancial de los gastos asociados a los desplazamientos. En paralelo, la adopción masiva de las TIC ha dado origen a una plétora de nuevos roles laborales directamente vinculados a su implementación. Asimismo, ha generado la imperativa necesidad de que los trabajadores se formen y capaciten en el manejo de estas herramientas, a medida que los procesos productivos se automatizan de manera generalizada, de acuerdo con el sector de actividad.

En este contexto, las TIC se han erigido en catalizadoras del progreso laboral al mejorar la comunicación y la accesibilidad a la información. No obstante, es relevante destacar que este panorama no está exento de desafíos y consideraciones éticas. La acelerada proliferación de las TIC en el ámbito laboral también ha suscitado preocupaciones relacionadas con la privacidad de los empleados, la dependencia tecnológica y la brecha digital, cuestiones que demandan una gestión y regulación adecuadas. Por lo tanto, aunque las TIC han revolucionado positivamente la esfera laboral al impulsar la productividad y el desarrollo de competencias digitales, también han planteado desafíos significativos que requieren una atención cuidadosa y equilibrada.

La introducción de la digitalización en la empresa ha conllevado innegables beneficios, pero al mismo tiempo ha dado lugar a emergentes fuentes de discordia que involucran los derechos fundamentales de los empleados en cuanto a la preservación de su privacidad laboral mínima y la promoción de los intereses corporativos³. La utilización de medios tecnológicos, en particular la videovigilancia, por parte de las empresas para ejercer su poder de supervisión, junto con las capacidades facilitadas por Internet y las nuevas herramientas técnicas para la obtención, conservación y aplicación de datos gráficos de naturaleza personal de los empleados, ejerce un impacto considerable en la esfera de privacidad de estos últimos.

En esta nueva era se produce una mutación en la morfología del concepto clásico de trabajador, los valores cambian y también lo hacen los conceptos jurídicos sobre los que las realidades se asientan⁴. Frente a ello, uno de los desafíos más controvertidos para el Derecho entorno a las relaciones laborales radica en no exceder los límites establecidos por la

³ M.E. CASAS BAAMONDE, *Anotaciones sobre las obligaciones del Estado de garantizar la vida privada en el trabajo en la era digital*, en *Actum Social*, 2018, n. 136, p. 1.

⁴ J.R. MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, 2002, p. 78.

privacidad de los trabajadores.

En teoría dentro de la relación laboral se ha perseguido un **equilibrio constante**, por una parte, los **derechos fundamentales del trabajador** en constante adaptación – no limitación – a los requerimientos de la organización productiva y los cambios tecnológicos; y, por otra parte, las **facultades empresariales** limitadas por estos derechos.

Visto así se trata de un binomio en una marcada confrontación por los límites o cesiones que hacen mutuamente. A tales efectos, el contrato de trabajo no debe tratarse como un título legitimador para efectuar restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, ya que la centralidad de estos derechos fundamentales en el sistema jurídico constitucional español tiene como punto originario la *dignidad humana* y ello faculta ciertas limitaciones en el poder de dirección, control y vigilancia del empresario.

La interacción de ambas situaciones jurídicas integra la dinámica de las relaciones laborales, así las organizaciones empresariales no forman mundos separados en una sociedad que vive conformada por un mismo texto constitucional; y porque las manifestaciones de feudalismo industrial son retrógradas, contrarias al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza⁵. Además, la «efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE»⁶.

Las innumerables utilidades que estas técnicas han aportado al mundo laboral han estado acompañadas de la creación de nuevos riesgos relacionados con la vulneración de la privacidad e intimidad de los trabajadores. A medida que las tecnologías avanzan y se integran en los procesos laborales, se han revelado aspectos complejos y preocupantes relacionados con la gestión de datos personales y la preservación de la privacidad de los empleados. El impacto de las tecnologías de vigilancia y monitoreo en el entorno laboral es especialmente susceptible de afectar la vida personal de los trabajadores. Por lo tanto, resulta imperativo evaluar minuciosamente cada caso en el cual se pretende integrar las TIC como una

⁵ En concordancia con lo expuesto: art.1.1 CE y STC 88/1985.

⁶ Para mayor detalle, véase STC 151/2004 y STC 56/2008.

expresión del control y vigilancia del empleador, y no solo como una herramienta de trabajo que facilita la ejecución de la prestación laboral. Es esencial ponderar estos aspectos dentro del marco legal existente para encontrar un equilibrio entre el uso legítimo de las tecnologías de vigilancia y el respeto de los derechos y la privacidad de los trabajadores. Esta situación genera preocupaciones legales y éticas en torno a la recopilación, el almacenamiento y el uso de datos personales en el entorno laboral, así como la necesidad de establecer salvaguardias adecuadas para proteger los derechos de privacidad e intimidad de los trabajadores.

En consonancia con esta dinámica, la evolución tecnológica ha llevado a una mayor dependencia digital⁷ en el trabajo, lo que implica una interconexión constante con dispositivos y sistemas digitales. Si bien esto puede aumentar la eficiencia y la flexibilidad laboral, también conlleva el riesgo de que los trabajadores se sientan siempre disponibles y experimenten dificultades para desconectar fuera del horario laboral, lo que socava su privacidad y puede tener un impacto negativo en su bienestar. Se dificulta una disociación entre el espacio laboral y personal debido a la ruptura de las fronteras tradicionales que separan el tiempo y el lugar de trabajo, gracias al uso de las TIC. La capacidad de los ordenadores y los dispositivos móviles, como los teléfonos inteligentes, para facilitar una comunicación inmediata y continua entre la empresa y sus empleados ha eliminado efectivamente las oportunidades de desconexión y ha dado lugar a un escenario donde la supervisión puede ser más intensiva.

Esta transformación ha resultado en un incremento significativo en los poderes de dirección y control por parte de las empresas sobre las actividades laborales de sus empleados. No obstante, esta mayor capacidad de supervisión no está exenta de importantes riesgos en lo que respecta a la libertad personal y la intimidad de los trabajadores.

3. Mecanismos de control y vigilancia empresarial vs privacidad del trabajador y su derecho de protección de datos

La relación entre los mecanismos de control y vigilancia empresarial y la protección de la privacidad del trabajador, especialmente en lo que respecta a sus datos personales, constituye un tema de creciente relevancia y complejidad en el entorno laboral moderno. En este contexto, se plantea

⁷ Para profundizar sobre la dependencia digital, consultar 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.

la necesidad de explorar en profundidad los desafíos y las implicaciones ético-legales que surgen cuando las empresas utilizan tecnologías de monitoreo, vigilancia y control para supervisar las actividades de sus empleados. Esta exploración abordará cuestiones cruciales relacionadas con la privacidad, el derecho de protección de datos y el equilibrio necesario entre la supervisión laboral legítima y la salvaguardia de los derechos individuales en el lugar de trabajo.

3.1. Tecnologías de vigilancia en el lugar de trabajo

Dentro de las atribuciones del empleador, el ejercicio de la supervisión y control adquiere una importancia destacada en relación con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, especialmente en lo que respecta a la preservación de la privacidad de los trabajadores que desempeñan sus labores de forma remota⁸.

Un sector relevante de la doctrina ha valorado que existen hasta tres circunstancias que motivan el ejercicio de medidas de control empresarial: en primer lugar, se trata de comprobar la ejecución debida de la prestación laboral, es decir, comprobar el cumplimiento de la actividad laboral del trabajador; una segunda finalidad, se encuentra dirigida hacia velar del patrimonio del empresario a través de verificar la integridad de las herramientas de trabajo puestas a disposición del trabajador; y la tercera, comprobar que no se produzcan usos privados o no autorizados de los equipos⁹. La integridad de estos activos es fundamental para el funcionamiento eficaz de la empresa y su capacidad para cumplir con sus compromisos laborales y comerciales.

Los conflictos laborales más frecuentes surgen en situaciones donde el **objeto de la supervisión empresarial se centra en el uso inapropiado de los recursos tecnológicos** proporcionados a los trabajadores o aquellos que estos aportan como parte de la tendencia "Bring Your Own Device" (BYOD) en la que dispositivos personales, como computadoras portátiles, tabletas o teléfonos inteligentes, se utilizan como herramientas de trabajo.

⁸ En la misma línea, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Teletrabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 835.

⁹ F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral hacia el equilibrio entre el control empresarial y la privacidad del trabajador*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 164.

En tales escenarios, el mismo instrumento de trabajo se convierte en un medio de control, permitiendo a los empleadores rastrear y registrar actividades como la navegación por páginas web, el acceso a documentos almacenados, la revisión de correos electrónicos o mensajes enviados, entre otras actuaciones. Además, la instalación de dispositivos GPS en teléfonos, tabletas o vehículos de la organización se ha convertido en una práctica común para monitorear la ubicación y el movimiento de los trabajadores de ciertos ámbitos del sector laboral, como sucede en el caso de trabajadores de campo y asesores comerciales.

El control del empresario es necesario y cumple múltiples propósitos, entre los más relevantes se trata de minimizar el impacto de problemas de seguridad, evitar fugas de información confidencial del negocio, evitar responsabilidades legales y supervisar el uso que hacen los trabajadores de su tiempo de trabajo; reducir pérdidas de productividad, etc.; no obstante, es importante que este control no se encuentre dirigido sobre aspectos propios de la vida íntima del trabajador, ya que cualquier control sobre la misma es ilícito. Complementariamente, el empleo de cualquier técnica de control, vigilancia y monitoreo empresarial tendrá que ser lo menos invasiva posible sobre la esfera privada del trabajador, sobre todo porque en plena era digital, los límites entre un trabajador que a su vez es un individuo regular se desdibujan con mucha facilidad.

En conclusión, la instalación de videocámaras en los lugares de trabajo plantea la posibilidad de infringir principalmente los derechos relacionados con la privacidad. Estas intrusiones pueden tener un alcance diverso, pudiendo afectar tanto a varios de los derechos mencionados como a uno en particular.

3.2. Privacidad del trabajador y otros derechos conexos

La privacidad se refiere al derecho de una persona a controlar su información personal y decidir cuándo, cómo y con quién se comparte. Incluye aspectos como la protección de datos personales, la confidencialidad de la correspondencia, y la capacidad de mantener ciertos aspectos de la vida en secreto si así se desea. La privacidad se relaciona con la gestión y protección de la información personal, se trata de una expresión del derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad integra la relación de trabajo erigiéndose como un límite importante frente a la potestad discrecional del empresario y al mismo tiempo garantiza el ejercicio pleno de otros derechos

fundamentales¹⁰. Hablar de intimidad implica entender su contenido esencial, por cuanto se trata de un núcleo originario que tiene una fase negativa orientada hacia la «abstención de injerencias por parte de otro» o pretensión de exclusión de cualquier forma de conocimiento intrusivo y de divulgación ilegítima de aspectos personales y reservados del sujeto¹¹. Según la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), la intimidad supone «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, para mantener una calidad mínima de vida» y ese ámbito ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, en las que es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para el derecho a la intimidad¹².

Durante mucho tiempo, debido al dinamismo de las TIC nuestra legislación carecía de disposiciones específicas que abordaran los sistemas y mecanismos de control en el ámbito laboral. En los últimos años, se ha producido un importante cambio en este aspecto con la introducción de una nueva disposición en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 20-*bis*) a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD). Este artículo hace referencia a diversos instrumentos de supervisión empresarial y establece una conexión directa con la normativa de protección de datos, donde se han establecido los límites y las garantías que son aplicables en esta materia. Este cambio normativo, si bien resulta incipiente, representa un paso significativo hacia la regulación de los sistemas de control empresarial en el contexto de la protección de datos y la preservación de los derechos digitales de los trabajadores.

¹⁰ J.L. GOÑI SEIN, *La tutela de la intimidad del trabajador*, Universidad de Salamanca, 1987, pp. 9-10.

¹¹ J.L. GOÑI SEIN, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral: ¿necesidad de una reformulación?*, en AA.VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2014, p. 41. En abundancia, también véase STC 142/1992, STC 151/1997, STC 202/1999 y STC 241/2012.

¹² Sobre el particular, véase STC 142/1993, STC 98/2000 y STC 186/2000. De esta forma el derecho a un núcleo inaccesible de intimidad se reconoce incluso a las personas más expuestas al público en la STC 134/1999.

Artículo 20-bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Por otro lado, internet se ha convertido en una presencia ubicua en todos los ámbitos de la vida, tanto profesional como personal. Ha evolucionado hasta convertirse en un medio de comunicación esencial y una herramienta indispensable para el desarrollo de la vida social. Sin embargo, esta red de doble filo, con sus oportunidades y riesgos inherentes, demanda una regulación normativa que facilite el acceso de todos los ciudadanos a su uso, al mismo tiempo que establece salvaguardias para proteger los derechos y las libertades en este entorno.

Con este propósito en mente, la LOPDGDD ha introducido un nuevo Título X, denominado *Garantía de los derechos digitales* (artículos 79-97), el cual regula los derechos de los usuarios en la era digital como opciones válidas para la resolución de controversias en esta materia. Entre estos derechos se incluyen el derecho a la rectificación, el derecho de desconexión, el derecho a la actualización en los medios de comunicación digitales y el derecho al olvido en las búsquedas en Internet y en las redes sociales, entre otros.

4. Análisis de la videovigilancia y los derechos fundamentales del trabajador

La tradicional supervisión presencial de la fuerza laboral mediante personal específico en el lugar de trabajo está siendo reemplazada progresivamente por el empleo de sistemas audiovisuales de control, dado los notables beneficios que estos mecanismos aportan. El constante avance tecnológico en estos dispositivos ha ampliado sustancialmente su capacidad, lo que permite llevar a cabo una supervisión más exhaustiva. Se trata de un monitoreo en tiempo real y continuo que, de manera simultánea, puede abarcar todas las áreas de la empresa y facilita su visionado de forma posterior. Además, al funcionar de manera remota o a distancia, facilita que

la actividad de los empleados sea supervisada en otro momento y lugar¹³, es decir, la vigilancia no está limitada a un seguimiento sincrónico de la actividad sujeta a control.

La posibilidad de un control constante en tiempo real presenta desafíos tanto en la preservación de los derechos individuales de los trabajadores como en la eficacia y la ética de estas prácticas de supervisión. La incorporación de técnicas de control tecnológicamente avanzadas convierte esta sociedad en una nueva sociedad transparente que no puede prescindir de un trabajo, también, “transparente”¹⁴. Este desarrollo tecnológico representa un cambio significativo en la forma en que se gestiona y supervisa el trabajo en las organizaciones modernas, ya que la capacidad de realizar un monitoreo continuo y a distancia introduce una dinámica laboral diferente. La implementación de sistemas de vigilancia de esta naturaleza plantea importantes cuestiones en términos de privacidad, dependencia (o autonomía) laboral y la relación entre empleador y trabajador.

La expansión de la vigilancia empresarial con la utilización de estos sistemas de control se ha visto correlacionada con la proliferación generalizada de estos dispositivos en diversos contextos. En la actualidad, es una experiencia cotidiana sentirnos bajo la constante observación de cámaras instaladas en edificios públicos, establecimientos comerciales como bancos, supermercados y gasolineras, y cada vez con mayor frecuencia, en la vía pública. Incluso, no sería sorprendente encontrarse con cámaras en los accesos a nuestras viviendas o en las zonas comunes de urbanizaciones. Se puede afirmar con fundamento que la creciente importancia otorgada a la seguridad, en contraposición a la libertad, y el desarrollo tecnológico en constante evolución están remodelando la sociedad actual, transformándola en una sociedad caracterizada por su “virtualidad” y “transparencia”¹⁵.

El origen de las cámaras de vigilancia puede rastrearse en la **necesidad de garantizar la seguridad pública**. En sus inicios, se implementaron

¹³ En estos mismos términos, L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, 2003, p. 72, y R. POQUET CATALÁ, *El actual poder de dirección y control del empresario*, Aranzadi, 2013, p. 242.

¹⁴ J.R. MERCADER UGUINA, *La transformación de la empresa en la era de la disrupción tecnológica y la industria 4.0*, en *Professionalità Studi*, 2017, vol. I, n. 1, p. 240.

¹⁵ J.R. MERCADER UGUINA, *Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, n. 1, p. 665.

sistemas de circuito cerrado de televisión en el ámbito público con el propósito de controlar manifestaciones y prevenir disturbios. Sin embargo, desde sus primeras aplicaciones, su adopción se propagó velozmente en el ámbito privado, especialmente en aquellos negocios que procuraban medidas para prevenir robos y daños a la propiedad.

Con el tiempo, estos sistemas se expandieron hacia los servicios públicos, como el transporte, hospitales, escuelas y otros edificios de naturaleza similar, hasta llegar a su instalación en espacios públicos, como calles, vías y plazas¹⁶. Esta evolución en la implementación de sistemas de vigilancia plantea interrogantes cruciales en relación con la privacidad, la seguridad y la ética en la sociedad contemporánea.

Las cámaras de videovigilancia se establecen como un instrumento legítimo de control en el lugar de trabajo, ya que rechazar su validez equivaldría a cuestionar la efectividad de prácticamente cualquier sistema de supervisión. La instalación de cámaras en el entorno laboral se considera una medida adecuada para ejercer el derecho al control, siempre y cuando se respeten las excepciones necesarias. Negar esta posibilidad sería absurdo, ya que equivaldría a negar la existencia misma del derecho al control de la actividad laboral¹⁷. En ciertos casos, las cámaras de videovigilancia pueden ser el único medio adecuado para probar incumplimientos o irregularidades.

Sin embargo, es importante destacar que la validez de la videovigilancia no es absoluta y está sujeta a ciertos requisitos y condiciones para garantizar un equilibrio adecuado entre los diversos derechos en juego. La implementación de cámaras de vigilancia debe ajustarse a normativas específicas y considerar la protección de la privacidad de los trabajadores, lo que implica establecer límites claros para su uso y cumplir con las regulaciones aplicables. Por consiguiente, la videovigilancia en el entorno laboral se encuentra sujeta a una serie de condiciones y requisitos para garantizar su licitud y proteger los derechos de todas las partes involucradas.

¹⁶ D. BARINAS UBIÑAS, *El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada. Las nuevas formas de ataque a la vida privada*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, n. 15, p. 5.

¹⁷ En ese extremo encontramos los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: STSJ Comunidad Valenciana 10 diciembre 2020 (AS 2021, 520), FD 4º: «Puede calificarse de proporcionada e idónea, pues en el caso no era posible emplear otros medios de control menos invasivos en la intimidad personal». *Vid.* también STSJ Galicia 21 septiembre 2020 (AS 2021, 209), FD 4º.

En cuanto a las **formalidades que permiten hacer referencia a la videovigilancia** en el ámbito laboral de manera lícita, encontramos: 1) **informar** a los trabajadores de las herramientas de vigilancia y/o monitorización; 2) exigencia de una **finalidad legítima** en el tratamiento de datos personales; 3) delimitar el **lugar de instalación** de las cámaras¹⁸.

Estas nuevas realidades obligan a un permanente equilibrio entre los derechos fundamentales en juego. De este modo, cuando nos preguntamos por el alcance de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, nos estamos refiriendo a una permanente y continua confrontación entre los derechos fundamentales de alcance laboral (intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos) y el derecho a la libertad de empresa¹⁹.

Es menester precisar que dentro de una relación laboral el empleador no podrá interferir en la esfera íntima y privada de sus trabajadores, pues se trata de una “esfera de inviolabilidad” que precisa para su intromisión de la observancia de un equilibrio necesario y la evaluación de las circunstancias propias de cada caso, ya que, cuando el Derecho reconoce a favor del trabajador un espacio o porción de la realidad que queda bajo la cobertura de la intimidad, de forma ineludible, el empleador queda con menos poder dentro de la relación laboral que lo vincula con ese trabajador. En concordancia la doctrina jurisprudencial, ha convenido que las facultades empresariales se encuentran efectivamente limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, que son prevalentes y constituyen un “límite infranqueable” no solo a sus facultades sancionadoras, sino también a las facultades de organización y de gestión del empresario, causales y discrecionales²⁰.

¹⁸ *Cfr.* art. 89.2 LOPDGDD: «En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos».

¹⁹ J.R. MERCADER UGUINA, *La transformación de la empresa en la era de la disrupción tecnológica y la industria 4.0*, cit., p. 241.

²⁰ Para mayor detalle, véase STC 292/1993, STC 136/1996, STC 90/1997, STC 1/1998, STC 90/1999, STC 98/2000, cit., STC 190/2001, STC 213/2002, STC 17/2003, STC 49/2003 y STC 1323/2011.

5. Buenas prácticas para implementar herramientas de vigilancia en el ámbito laboral

Un planteamiento válido para abordar la problemática de la privacidad y el control tecnológico en el ámbito laboral podría ser fomentar las siguientes iniciativas:

- *promover una regulación equilibrada y transparente.* Es esencial establecer regulaciones claras y transparentes que definan los límites y procedimientos para el monitoreo tecnológico en el lugar de trabajo. Esto debería incluir cumplir con el deber de información y analizar adecuadamente una base de legitimación válida para la recopilación y el uso de datos personales relacionados con su actividad laboral. Se deberá identificar las *situaciones legítimas* en las que el monitoreo es necesario, como cuestiones de seguridad o cumplimiento normativo;
- *fomentar la conciencia y la formación.* Las organizaciones empresariales deberán invertir en la concienciación y la formación de los empleados en relación con las políticas de privacidad y el uso responsable de la tecnología en el trabajo. Esto incluye educar a los trabajadores sobre sus derechos y responsabilidades en cuanto a la privacidad digital, así como proporcionar pautas claras y documentadas sobre el uso adecuado de los dispositivos y sistemas tecnológicos en el entorno laboral;
- *implementar medidas de protección de datos.* Las empresas deberán adoptar medidas efectivas para proteger los datos personales de los empleados. Esto incluye la encriptación de datos, el acceso controlado a la información y una política de borrado seguro de datos cuando estos ya no sean necesarios para fines laborales;
- *fomentar la transparencia y la participación.* Los empleadores deberán ser transparentes y leales en cuanto a las políticas y prácticas de monitoreo tecnológico. Esto implica proporcionar a los empleados información detallada sobre qué datos se recopilan, cómo se utilizan y con qué fines. Además, se debe fomentar la participación de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones relacionadas con la implementación y revisión de políticas de privacidad, seguridad y monitoreo tecnológico;
- *promover la mediación y el diálogo.* En casos de conflictos se deberá fomentar la mediación y el diálogo entre empleadores y trabajadores. La resolución de disputas de manera colaborativa puede ayudar a encontrar soluciones equitativas que equilibren las necesidades de la empresa con la privacidad y derechos conexos de

los trabajadores.

6. Conclusiones

En definitiva, un enfoque integral que combine una regulación clara, concienciación, protección de datos, transparencia y diálogo puede ayudar a abordar la problemática de la privacidad y las herramientas de vigilancia tecnológica en el entorno laboral de manera equilibrada y ética.

- La introducción de la era digital y las nuevas tecnologías en el entorno laboral ha dado lugar a una transformación significativa en la supervisión de los trabajadores durante la prestación de sus labores. La adopción de herramientas digitales ha permitido un mayor acceso a datos y la posibilidad de una supervisión más exhaustiva, lo que plantea cuestiones controvertidas en términos de privacidad y protección de datos.
- El impacto de las nuevas tecnologías en el entorno laboral es innegable, y este impacto se refleja en la tensión entre la vigilancia empresarial y la privacidad del trabajador. La proliferación de tecnologías de vigilancia en el lugar de trabajo plantea desafíos significativos en la protección de la privacidad y los derechos conexos de los empleados.
- La videovigilancia en el lugar de trabajo requiere una evaluación crítica de su impacto sobre los derechos fundamentales del trabajador, al tratarse de derechos en conflictos debe valorarse adecuadamente si esta herramienta resulta necesaria, o si en su defecto, las mismas actuaciones de monitoreo o vigilancia pueden satisfacerse con otras herramientas menos intrusivas. Como se observa, la capacidad de monitorear constantemente a los empleados plantea cuestiones éticas y legales en torno a la autonomía y la privacidad en el trabajo.
- Resulta esencial establecer buenas prácticas para la implementación de herramientas de vigilancia en el ámbito laboral. Esto implica la necesidad de regulaciones claras, analizar la licitud del tratamiento, es decir, que se encuentre adecuadamente motivado, fomentar la promoción de la educación en privacidad y la implementación de medidas de seguridad sólidas. Adicionalmente, se deberá fomentar el diálogo y la negociación para resolver conflictos relacionados con la vigilancia laboral de manera equitativa y ética.
- En la búsqueda de un equilibrio entre las actividades de vigilancia empresarial y la privacidad del trabajador en la era digital, es crucial

reconocer que la supervisión es esencial para la eficiencia y la seguridad en el lugar de trabajo, pero debe llevarse a cabo de manera responsable y ética. Este equilibrio implica la necesidad de establecer políticas y regulaciones claras que respeten la privacidad de los trabajadores, garantizando al mismo tiempo que la supervisión sea proporcionada y necesaria para los objetivos laborales legítimos. La protección de datos y la promoción de una cultura de privacidad en el entorno laboral son elementos clave para lograr este equilibrio.

7. Bibliografía

- BARINAS UBIÑAS D. (2013), *El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada. Las nuevas formas de ataque a la vida privada*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15, pp. 1-60
- CASAS BAAMONDE M.E. (2018), *Anotaciones sobre las obligaciones del Estado de garantizar la vida privada en el trabajo en la era digital*, en *Actum Social*, n. 136
- ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (2000), *Teletrabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2021), *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral hacia el equilibrio entre el control empresarial y la privacidad del trabajador*, Tirant lo Blanch
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN L.A. (2003), *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi
- GOÑI SEIN J.L. (2014), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral: ¿necesidad de una reformulación?*, en AA.VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca
- GOÑI SEIN J.L. (1987), *La tutela de la intimidad del trabajador*, Universidad de Salamanca
- LUCENA CID I.V. (2014), *El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos*, en A. GALÁN MUÑOZ (coord.), *La protección jurídica de la intimidad y de los datos personales frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch
- MARTÍNEZ A.N., PORCELLI A.M. (2015), *Implicancias de las tecnologías informáticas en el ambiente y nuevas tendencias en el desarrollo de la informática verde como aporte al desarrollo sustentable*, en www.actualidadjuridicaambiental.com, 1º octubre

- MERCADER UGUINA J.R. (2017), *La transformación de la empresa en la era de la disrupción tecnológica y la industria 4.0*, en [*Professionalità Studi*, vol. I, n. 1](#), pp. 228-251
- MERCADER UGUINA J.R. (2002), *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova
- MERCADER UGUINA J.R. (2001), *Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1, pp. 665-686
- POQUET CATALÁ R. (2013), *El actual poder de dirección y control del empresario*, Aranzadi
- 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

El plan de recolocación externa en la recualificación y transición profesional*

Alejandro MUROS POLO**

RESUMEN: Ante los nuevos retos que trae consigo la doble transformación digital y ecológica y el progresivo envejecimiento poblacional, los planes de recolocación externa pueden desempeñar un papel crucial en la necesaria recualificación y transición profesional de los trabajadores afectados. En esta idea se pretende analizar si la regulación actual posibilita el protagonismo que requieren tales servicios de recolocación en las operaciones de reestructuración presentes y futuras. De este modo, se estudia la actividad de recolocación en la Ley de Empleo como intermediación laboral; el encaje del plan de recolocación externa en el despido colectivo y en otros mecanismos de reestructuración empresarial; los requisitos legales y reglamentarios que se exigen para la elaboración e implementación del plan; la colaboración público-privada en esta materia; el control administrativo y judicial de la recolocación externa obligatoria en despidos colectivos. Todo ello para finalizar con unas conclusiones críticas y propuestas *de lege ferenda*, que permitan acabar con la ineficiencia de la norma a la hora de permitir el mero cumplimiento formal del plan.

Palabras clave: Plan de recolocación externa; despidos colectivos; reestructuración empresarial; recualificación; transición profesional.

SUMARIO: 1. A modo de introducción: una necesaria (y renovada) mirada a la recolocación externa en un mercado de trabajo cada vez más digital, verde y envejecido. 2. La recolocación como actividad de intermediación laboral. 2.1. Los servicios de recolocación externa en la Ley de Empleo. 2.2. El plan de recolocación externa en el despido colectivo. 2.3. El *outplacement* en otros procesos de reestructuración empresarial. 2.4. La implementación de la recolocación de la persona trabajadora afectada. 2.5. Los servicios públicos de empleo y la actividad de recolocación: la colaboración público-privada. 2.6. Control administrativo y judicial del plan de recolocación externa obligatorio. 3. Balance y propuestas de mejora del plan de recolocación externa. 4. Bibliografía.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+i *Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital*, PID2020-115701RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

** Investigador en Período de Orientación Posdoctoral (FPU 2019, Ministerio de Universidades), Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Seminario José Vida Soria, Universidad de Granada (España).

Outplacement Plan in Upskilling and Reskilling

ABSTRACT: Given the new challenges caused by the digital and ecological transformation and the progressive aging of the population, outplacement plans can play a crucial role in the required upskilling and reskilling of the affected workers. This work aims to analyse whether current regulation enables the prominence that such outplacement services require in present and future restructuring operations. In this way, the outplacement activity is studied in the Employment Act as labour intermediation; the fit of the outplacement plan in the collective redundancies and in other business restructuring mechanisms; the legal and regulatory requirements needed for the preparation and implementation of the plan; public-private collaboration in this matter; the administrative and judicial control of mandatory external relocation in collective redundancies. All of this to end with some critical conclusions and *lege ferenda* proposals, which enable an end to the inefficiency of the norm when it comes to allowing mere formal compliance with the plan.

Key Words: Outplacement plan; collective redundancies; corporate restructuring; upskilling; reskilling.

1. A modo de introducción: una necesaria (y renovada) mirada a la recolocación externa en un mercado de trabajo cada vez más digital, verde y envejecido

En la actualidad el mundo del trabajo está sometido a un extraordinario e incesante cambio a causa de diversos factores. Entre todos ellos destaca, sin lugar a duda, la transformación digital que, de la mano de la automatización, la robotización, la generalización de internet, la inteligencia artificial, la fabricación aditiva, el *blockchain*, el M2M, las redes de gran velocidad, la virtualización o los *cobots*, está mutando sensiblemente el entorno productivo y laboral, incrementando la competitividad empresarial, facilitando el trabajo humano y, en otras ocasiones, desplazando a la mano de obra por quedar total o parcialmente sustituida¹.

Si bien es cierto que en la actualidad todavía no existen estudios que hayan podido demostrar la acusada destrucción de empleo por la conocida como Cuarta Revolución Industrial², la digitalización y robotización de la economía³ ya están modificando el mercado de trabajo existente y las capacidades profesionales requeridas, en el sentido de extinguir, transformar e incluso crear puestos de trabajo, aunque a distintas velocidades⁴ y con el riesgo de acrecentar la polarización o segmentación entre distintos tipos de trabajadores⁵. Los primeros efectos de esta

¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Los agentes intermediadores a la luz de la Ley 3/2023, de Empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 66, p. 66.

² J. BAZ RODRÍGUEZ, *El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social (de la “cotización de los robots” a la búsqueda de mecanismos innovadores de financiación en la era de la inteligencia artificial)*, en AA.VV., *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva*, Laborum, 2023, p. 409.

³ Un estudio en M.Á. GÓMEZ SALADO, *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, 2021, *passim*.

⁴ Para J. ERCILLA GARCÍA, *La robotización como “causa técnica” de despido objetivo*, Aranzadi, 2020, p. 86, los efectos en el empleo de la introducción de maquinaria en cuanto al desplazamiento de mano de obra a otros sectores dependerá de que una mayor productividad se corresponda con un aumento total de la demanda agregada, sin perjuicio de la existencia de grupos de población trabajadora que queden apartados del mercado laboral por no contar con las nuevas competencias requeridas para los nuevos trabajos.

⁵ Se prevé que la automatización y robotización del trabajo afecte en mayor medida a los empleos de la “clase media” y, en cambio, se incremente la demanda de trabajos altamente cualificados, de difícil acceso por su mayor formación, así como se demanden más trabajos poco sofisticados y peor pagados por ser más difíciles de sustituir (servicios de limpieza, seguridad, transporte, de cuidado, etc.). *Vid.* J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Automatización y empleo: la “Paradoja de Polanyi” revisitada*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2021, n. 1. No obstante, también es cierto que hoy en día existen avances en materia de inteligencia

transformación digital se pueden vislumbrar en la existencia de puestos vacantes que no se pueden cubrir a causa de la dificultad de alcanzar la formación y capacitación profesional requerida⁶.

Así, es necesaria la formación en competencias digitales avanzadas para acceder a los nuevos empleos derivados de la disrupción tecnológica (programadores, mecánicos, operadores de robots a distancia, *data scientists* o trabajos relacionados con el metaverso o la realidad virtual)⁷, aunque también resulta obligado partir de las competencias digitales básicas⁸ que, además de contribuir a la empleabilidad de la persona trabajadora, son las que garantizan el respeto de la ciudadanía y de los valores y derechos individuales y colectivos⁹. Asimismo, junto con las competencias técnicas, se requiere fomentar las aptitudes y competencias transversales y sociales como la capacidad de resolución de problemas, el pensamiento crítico, las habilidades de colaboración y comunicación, la cocreación y la creatividad¹⁰.

Por otro lado, la emergencia climática y sus efectos adversos sobre la propia existencia humana están poniendo en tela de juicio nuestro modelo de desarrollo económico y social a causa de su insostenibilidad, para lo cual, si se quiere revertir o mitigar esta situación, es necesario, igualmente, una modificación de la producción basada en la descarbonización de la economía y la utilización de energías renovables, como así se viene reclamando desde instancias nacionales e internacionales¹¹. Y, ello,

artificial que pueden afectar a profesiones que se creían reservadas a la actividad humana (algoritmo Watson, Chat GPT o Dall-e-2). *Vid.* L. GORDO GONZÁLEZ, [¿Existirán trabajadores por cuenta ajena en el futuro? La necesidad de desarrollar un Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI \(...y para el XXII\)](#), en [www.elforodelabos.es](#), 20 diciembre 2022.

⁶ Según la asociación de empresas tecnológicas DigitalES, en 2022 existían en España 120 mil vacantes tecnológicas (principalmente, desarrolladores de software, técnicos de ciberseguridad, ingenieros de telecomunicaciones). *Vid.* R. VIDA FERNÁNDEZ, *Nuevos riesgos, nuevos instrumentos de protección social: de las rentas condicionadas a la renta básica universal*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Comares, 2023, p. 424.

⁷ OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA, [España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo](#), 2021, p. 302.

⁸ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia](#), 1º julio 2020, COM(2020)274 final, fija como objetivo que para 2025 alrededor del 70% de la población adulta de la UE tenga competencias digitales básicas.

⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, [Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social](#), en [Temas Laborales](#), 2021, n. 160, p. 95.

¹⁰ *Vid.* [European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation](#), 22 junio 2020.

¹¹ H. ÁLVAREZ CUESTA, [La formación en los nuevos yacimientos de empleo \(empleos digitales, verdes\) con especial atención a la perspectiva de género](#), en [Lan Harremanak](#), 2023, n. 49, pp. 40-42.

indudablemente, también va a afectar al empleo existente, en el sentido de que muchos trabajos quedarán obsoletos o serán destruidos a causa del cierre de minas o de centrales eléctricas en las que se utilice carbón, entre otros supuestos, y, en cambio, otros trabajos emergerán a consecuencia de la transición verde. Buena prueba de esta situación son los convenios de transición justa que prevé el art. 28 Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que buscan fomentar la empleabilidad «de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones».

Es necesario, por ende, que los puestos de trabajo “tradicionales” se nutran de competencias generales (concienciación y protección ambiental, capacidad de adaptabilidad a los procesos de transformación verde...) y de competencias específicas en puestos de trabajo de nivel medio y alto (análisis de riesgos y sistemas para interpretar la necesidad de cambio; capacidad de coordinación y gestión para alcanzar objetivos económicos, sociales y ecológicos; capacidad de innovación para identificar oportunidades y crear nuevas estrategias ecológicas...) ¹². De igual modo, más allá del fomento de competencias relacionadas con la sostenibilidad, para hacer frente a este proceso transicional deben de incentivarse nuevos empleos “verdes” en sectores como el de suministro de energía, el de transporte de personas y mercancías, manufacturas, edificación o agricultura ¹³.

Asimismo, el progresivo envejecimiento poblacional alerta sobre la cada vez más imperiosa exigencia de proteger el empleo de los trabajadores maduros y de fomentar la prolongación voluntaria de su vida laboral para garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones público ¹⁴. Es más, con el paso de los años cada vez se contará con una menor población en edad activa, lo cual puede redundar en un estancamiento económico del país y, aún más, en el difícil sostenimiento de los gastos públicos asociados a la vejez, en especial del gasto en pensiones. En este marco, el alargamiento de la vida laboral y la recapacitación constante deben de cumplir un protagonismo esencial si se quieren mitigar los riesgos, al igual que es

¹² C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *El concepto de «Transición Justa» para la OIT. Análisis del VI Informe «Lograr una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos», presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo 111ª reunión (2023)*, en *Trabajo y Derecho*, 2023, n. 103, p. 5.

¹³ Ampliamente, H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴ A. MUROS POLO, *El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre*, en G.L. BARRIOS BAUDOR, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Laborum, 2022, p. 181 ss.

necesario que la conocida como *silver economy* también abra nuevos caminos y brinde nuevas oportunidades de trabajo en diversos sectores como el sanitario y de cuidados, el comercio, el turismo, el ocio y la movilidad¹⁵.

Por todos estos desafíos anteriores para el mundo del trabajo es necesario integrar a las personas trabajadoras en un sistema de formación a lo largo del ciclo vital, junto con unas empresas implicadas en la empleabilidad, para alcanzar los empleos del futuro. Además se requiere eliminar los obstáculos a la incorporación o al mantenimiento voluntario en el mercado de trabajo de los trabajadores maduros, así como es necesario el retorno al empleo de las personas desempleadas, especialmente de los colectivos vulnerables. Resulta obligado que las empresas y entidades educativas se coordinen para cubrir las necesidades reales del mercado de trabajo con personal cualificado, al igual que debe de impulsarse la capacitación mediante la formación para el empleo ante las transiciones digital y verde para conseguir la recualificación, el reciclaje y la transición profesional de las personas trabajadoras¹⁶.

La formación debe de situarse como la piedra angular de las políticas públicas para facilitar la adaptación, no solo de las personas desempleadas, sino también de las personas ocupadas, a los nuevos trabajos y a las nuevas capacidades de los empleos del mañana. Eso sí, utilizando el estándar de “trabajo decente” de la OIT o trabajo de calidad para conseguir “transiciones justas”¹⁷ de la mejor forma, en el menor tiempo y con las mayores condiciones laborales y de vida posibles.

La importancia de la formación profesional dentro de las políticas activas de empleo deriva del papel que desempeña en la “desmercantilización” del trabajo, en el sentido de que protege al trabajador en las transiciones profesionales; tutela su profesionalidad; impone límites a los cambios impuestos por el empleador, ya sea en la movilidad funcional o en el despido; así como, en general, mejora la empleabilidad de la persona trabajadora como instrumento para adecuar, readaptar o adquirir nuevos conocimientos en función de las necesidades del mercado de trabajo y de la empresa en cuestión¹⁸.

En este marco se sitúa la Decisión (UE) 2023/936 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 sobre el Año Europeo de

¹⁵ Sobre estos retos y las posibles soluciones OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA, *op. cit.*, cap. 5, *Preparar nuestro estado de bienestar para una sociedad más longeva*.

¹⁶ M. FERNÁNDEZ PRIETO, *Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la Ley 3/2023*, en *Revista Justicia y Trabajo*, 2023, n. extra., p. 27.

¹⁷ *Id.*, aunque desde la perspectiva de la transición verde, C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *op. cit.*

¹⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, *op. cit.*, p. 111.

las Competencias, que expresa el deseo compartido de promocionar el rol crucial del *reskilling* y el *upskilling* como una prioridad para la Unión Europea y para la agendas políticas nacionales con el objetivo de, por un lado, mejorar el acceso al desarrollo de habilidades, la formación y el aprendizaje permanente, que sean de calidad e inclusivos, así como, por otro lado, ayudar a abordar la escasez y las brechas de habilidades que afectan de manera negativa, en particular en las pymes, a la competitividad, el crecimiento, el empleo y la cohesión social. Todo ello tiene su base en el art. 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se reconoce el derecho a la educación, y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁹ (concretamente, Pilar 1 dedicado a *Educación, formación y aprendizaje permanente* y Pilar 4 dedicado al *Apoyo activo para el empleo*), cuyo Plan de Acción sitúa como objetivo que para 2030 al menos el 60% de la población adulta participe en actividades de formación cada año.

Ante estos desafíos cabe preguntarse si el plan de recolocación externa puede ocupar un papel clave a la hora de acompañar las recualificaciones y transiciones profesionales de aquellas personas trabajadoras que se vean afectadas por el proceso de transición digital, verde y demográfica. Para ello, es absolutamente necesario partir de un análisis exhaustivo de la legislación vigente desde una posición crítica para, en última instancia, poder elaborar unas propuestas de mejora que caminen en la línea de reforzar los servicios de recolocación externa como una oportunidad para acabar con los desfases entre oferta y demanda de empleo y así reinsertar a las personas trabajadoras desplazadas por estos cambios disruptivos en el mercado de trabajo.

2. La recolocación como actividad de intermediación laboral

2.1. Los servicios de recolocación externa en la Ley de Empleo

Las empresas de recolocación o de *outplacement* tienen su origen en los años setenta de los Estados Unidos al convertirse en una herramienta para la gestión de recursos humanos en empresas en reconversión, y así alcanzar una buena imagen en el ámbito de la responsabilidad social corporativa²⁰. No obstante, ya desde los años cuarenta los psicólogos industriales estadounidenses comenzaron a intervenir en los procesos de reestructuración empresarial con estrategias de apoyo, ayuda y orientación

¹⁹ [Recomendación \(UE\) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales.](#)

²⁰ F. DE VICENTE PACHÉS, M.J. MATEU CARRUANA, *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social*, Comares, 2012, p. 89.

para facilitar la búsqueda de un nuevo empleo para las personas despedidas, con el fin de que el desempleo durase el menor tiempo posible. Inicialmente esta actividad recibió el nombre de *decrutment* o *debired*, expresiones que no tuvieron éxito hasta que North propuso el término de *outplacement*, que puede traducirse al castellano como “desvinculación programada” o “desvinculación asistida”²¹.

En efecto, los servicios de recolocación ayudan a las personas trabajadoras despedidas en su proceso de transición hacia un nuevo empleo, en la idea de que dicha transición sea eficaz, rápida y satisfaga las expectativas de los usuarios²². La recolocación externa de la persona trabajadora a través de una empresa especializada introduce la idea de que el trabajador no es el único sujeto responsable de la extinción de su contrato de trabajo, pues el antiguo empleador debe de desempeñar un papel decisivo en la recolocación de la persona trabajadora afectada por medio de la financiación de un plan de recolocación, que favorezca su empleabilidad²³. Así, el servicio de *outplacement* pone de relieve la necesidad de residenciar la tutela del trabajador despedido o afectado por la reestructuración empresarial no solo desde la perspectiva indemnizatoria, como ha venido ocurriendo tradicionalmente, sino desde la dimensión “empleativa” o de empleabilidad de los trabajadores excedentes, precisamente con la finalidad de instrumentar unas garantías más efectivas para el derecho social al trabajo del art. 35 CE²⁴.

A pesar de que la actividad de recolocación no es reconocida formalmente por nuestro ordenamiento jurídico hasta 2010, en España se empiezan a utilizar tales servicios de recolocación externa en los años ochenta, poco después de que se implementaran en otros países de Europa, como Reino Unido, Alemania o Francia. En concreto, el empleo del *outplacement* en nuestro país, a través de licencias de uso de esta metodología por empresas multinacionales norteamericanas especializadas en el sector, funcionó primero para directivos y personal altamente cualificado y posteriormente para el tratamiento de plantillas que habían resultado excedentes en procesos de reestructuración²⁵.

²¹ C. SÁEZ LARA, *Espacios y funciones de las empresas de recolocación*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 107, p. 338.

²² A ello también se refiere C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 129.

²³ O. MOLINA HERMOSILLA, *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, Aranzadi, 2014, pp. 17-18.

²⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, *El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, p. 340.

²⁵ F. DE VICENTE PACHÉS, M.J. MATEU CARRUANA, *op. cit.*, p. 89.

Como ya se ha comentado, es con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, cuando se introduce la recolocación de trabajadores como actividad específica dentro de la intermediación laboral, aunque es cierto que las empresas de *outplacement*, si bien tímidamente en comparación con otros países avanzados, ya venían operando al margen de la norma²⁶. De este modo, la reforma de 2010 modificó el art. 16 del Estatuto de los Trabajadores de 1995²⁷ y los artículos 20 a 23 de la Ley de Empleo de 2003²⁸ para incorporar, por un lado, a las agencias de colocación con ánimo de lucro como agentes de la intermediación laboral²⁹, en sintonía con el Convenio OIT n. 181 de 1997, sobre las agencias de empleo privadas³⁰, y, por otro lado, a las empresas de recolocación como agencias de colocación especializadas, ampliando el concepto mismo de intermediación, que ya no se limitaba a la mera puesta en contacto de ofertas de trabajo con los demandantes de empleo³¹. Este proceso de liberalización del mercado de intermediación laboral culmina con la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal actúen como agencias de colocación (y, por tanto, de recolocación) por mor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Para parte de la doctrina científica esta intervención normativa sobre las empresas de recolocación (que también abarca las modificaciones emprendidas en la regulación del despido colectivo, que posteriormente se detallarán) se justifica desde dos perspectivas distintas: una garantista, que persigue la protección de los trabajadores afectados por los procesos de recolocación, como motivo habitual de la regulación de la intermediación en el mercado de trabajo; y otra promocional, con el fin de promover el uso

²⁶ Sobre esta cuestión, véase S. DE LA CASA QUESADA, [Las Empresas de Recolocación \(Outplacement\) y Nuevos Derechos del Trabajador a la Prevención del Desempleo](#), en *Trabajo*, 2007, n. 20, pp. 138-140.

²⁷ RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

²⁹ Hasta 2010 solo se admitían en el mercado de la intermediación laboral a las agencias de colocación, públicas o privadas, pero sin fines lucrativos y, con anterioridad a la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, en exclusiva a los servicios públicos de empleo. Sobre la evolución histórico-normativa de las agencias de colocación G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, [Régimen jurídico de las agencias de colocación](#), en *Temas Laborales*, 2011, n. 110, p. 44 ss.

³⁰ Ratificado por España el 15 junio 1999.

³¹ M. LÓPEZ BALAGUER, *La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo*, en AA.VV., [Empleo y protección social. XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social](#), Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 82.

de los servicios de recolocación³².

En la actualidad, para comprender la ordenación de la actividad de recolocación se debe acudir a la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Una ley que en términos generales, a pesar de sus críticas³³, se erige como una norma positiva que «sin duda no es perfecta ni garantiza totalmente que se consiga lo pretendido», pero que atiende a una necesidad de actualización de la anterior ley de empleo y que sienta las bases para que en su posterior desarrollo, si se toman las medidas adecuadas, se consigan políticas de empleo eficaces³⁴.

En lo que aquí respecta, la Ley de Empleo (LE) incluye dentro del concepto de la intermediación laboral – entendida como «el conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades» (art. 3.c LE) – a la actividad de recolocación (art. 40.2.b LE). En concreto, el art. 40.3 LE expone que «se considerará colocación especializada la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos».

Se trata de una definición que sitúa a la recolocación como una actividad propia de la intermediación laboral, que se puede desarrollar tanto por los servicios públicos de empleo como por agencias de colocación especializadas (o de recolocación)³⁵. Esta previsión del art. 40.3 LE, que es “desarrollada” en cierto modo por el art. 44 LE, sigue el esquema de la predecesora Ley de Empleo de 2003, aunque introduce algunas novedades, sobre todo en materia de que el *outplacement* pueda ser decidido por los servicios públicos de empleo por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos y, a su vez, por la particular

³² C. SÁEZ LARA, *Espacios y funciones de las empresas de recolocación*, cit., p. 349.

³³ Para algunas críticas, *cf.* M.Á. GARCÍA DÍAZ, *Algunos comentarios sobre el proyecto de ley de empleo*, Apuntes FEDEA, 2022, n. 30, y UGT, *La Ley de Empleo abandona a su suerte a las personas desempleadas*, en www.ugt.es, 1º marzo 2023.

³⁴ C.L. ALFONSO MELLADO, *La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y eficaz?*, en www.aedtss.com, 8 marzo 2023.

³⁵ La especialización de las agencias de recolocación frente a las agencias de colocación “genéricas” no obedece al desarrollo de actividad distinta, sino al tipo de colectivo tratado como sujeto pasivo: las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración. *Vid.* F. DE VICENTE PACHÉS, M.J. MATEU CARRUANA, *op. cit.*, pp. 93 y 102.

mención al colectivo de trabajadores mayores de 52 años para que sean recolocados.

Como se puede observar, la LE muestra aparentemente una sensibilidad especial con las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración empresarial; de hecho, el art. 50 define como colectivo de atención prioritaria para la política de empleo a las «personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración»³⁶. Veamos a lo largo de las siguientes páginas si la regulación actual efectivamente obedece a una promoción de la actividad de recolocación externa en estos procesos de reestructuración, los cuales se pueden ver ciertamente intensificados con la transición digital y ecológica.

2.2. El plan de recolocación externa en el despido colectivo

Como ha reconocido autorizada doctrina, la inclusión de la recolocación en el ordenamiento jurídico español ha venido tradicionalmente anudada a la regulación del despido colectivo³⁷. En efecto, junto con las modificaciones emprendidas por la Ley 35/2010 ya comentadas, se modificó el art. 51.4 del Estatuto de los trabajadores de 1995 para introducir dentro del contenido de las consultas a las medidas de recolocación desarrolladas por empresas de recolocación autorizadas³⁸.

Unos años después, la Reforma laboral de 2012³⁹ reforzaría el protagonismo del plan de recolocación externa al sustituir al antiguo plan de acompañamiento social. Desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que traspuso la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos⁴⁰, se mantenía vigente en el Estado español un sistema por el cual era obligatorio elaborar un plan social, destinado a evitar o reducir el despido colectivo, así como a

³⁶ Como crítica puede decirse que los colectivos de atención prioritaria con la nueva Ley de Empleo se han ampliado considerablemente, y ello puede tener consecuencias desde el plano de la efectividad de las medidas a implementar. Cfr. D. PÉREZ DEL PRADO, *¿Cómo de prioritarios son los colectivos de la nueva Ley de Empleo?*, en www.elforodelabos.es, 14 marzo 2023.

³⁷ J. CABEZA PEREIRO, *La nueva dimensión de la intermediación laboral*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 6, p. 55 ss.

³⁸ Ello también se recogía en el art. 9.3.a del RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

³⁹ RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, convalidado por la Ley 3/2012.

⁴⁰ Directiva 75/129/CEE, en su versión dada por la Directiva 92/56/CEE del Consejo. En la actualidad, rige la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

paliar sus efectos para los trabajadores afectados, si la empresa tenía cincuenta o más trabajadores. Ahora bien, con la reforma del 2012 dichas medidas sociales de acompañamiento solo se destinan a su discusión en la “consulta-negociación”⁴¹, sin que se tengan que incluir como contenido mínimo necesario en la comunicación inicial⁴², y, por ende, el empresario únicamente está obligado a elaborar un plan de recolocación externa en el caso de que el despido afecte a más de cincuenta personas trabajadoras. Así, el plan social obligatorio, que ahora se circunscribe a la actividad de recolocación⁴³, se exige ante una mayor gravedad del despido (se habla de número de extinciones contractuales y no de número de trabajadores) y, por ello, se destina principalmente a despidos colectivos en grandes empresas o en empresas con estructura de grupo⁴⁴.

El actual art. 51.10 ET prevé que «la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas». De este modo, frente a la regulación del art. 44 LE que establece que la actividad de recolocación puede ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación especializadas, la norma estatutaria es más estricta y parece exigir la contratación con una agencia privada de colocación⁴⁵. Algunos autores han planteado incluso que la restricción del art. 51.10 ET puede suponer una vulneración del derecho constitucional a la libertad de empresa, al privar al empresario de la posibilidad de asumir directamente la obligación de recolocación externa o de acudir a los servicios públicos de empleo, sobre todo si se trata de empresas que ya se encuentran dañadas económicamente de por sí⁴⁶. En este sentido, si desde

⁴¹ No se trata de una simple consulta, sino de un procedimiento de diálogo social comunicativo que abre un verdadero proceso de negociación colectiva gestional o participativa entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores afectados. Una propuesta elaborada originalmente por J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, 1992, pp. 101 ss. y explícitamente pp. 106-114.

⁴² Esto supone un hito respecto a las regulaciones anteriores para 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.

⁴³ Sobre la batería de medidas que podía contener el plan social de acompañamiento véase el art. 9 del RD 801/2011.

⁴⁴ E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *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*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 313.

⁴⁵ C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 130.

⁴⁶ J. CRUZ VILLALÓN, [Hacia una nueva concepción de la legislación laboral](#), en [Temas Laborales](#).

la nueva Ley de Empleo se quiere fomentar la intervención directa de los servicios públicos de empleo debería de haberse modificado el art. 51.10 ET, especialmente si se tiene en cuenta la trayectoria del *outplacement* en nuestro país, que ha sido capitalizado por el sector privado⁴⁷.

Dos son los requisitos que se exigen en un despido colectivo para que sea obligatorio el plan de recolocación externa. Por un lado, que se alcance el umbral de más de 50 despidos y, por otro lado, que la empresa no se encuentre en situación de concurso.

Respecto al primero, aquellas empresas que despidan de forma colectiva a 50 personas trabajadoras o menos no estarán obligadas a negociar un plan de recolocación externa⁴⁸, a menos que ello se acuerde en sede de consultas con los representantes de los trabajadores o el empresario ofrezca el plan de recolocación de forma unilateral tras el despido colectivo. Cabe preguntarse qué ocurre si disminuyen finalmente los despidos inicialmente proyectados tras el procedimiento de consulta-negociación y, por tanto, no se alcanza el umbral de más de 50 despidos en el acuerdo o decisión final de despido colectivo. La respuesta no resulta sencilla si se atiende al silencio del legislador. Algún autor⁴⁹ defiende que la empresa deberá de seguir ofreciendo los servicios de recolocación externa aunque se negocien menos despidos en las consultas, teniendo en cuenta una aplicación analógica del criterio legal para determinar el número de plantilla en la empresa en el día en que se inicie el procedimiento de despido colectivo (art. 1.1 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)) o la regla del art. 9.5 RPDC, que se comentará a continuación. Asimismo, el Tribunal Supremo ha determinado en su sentencia de 23 de mayo de 2014⁵⁰ que los umbrales para acudir al despido colectivo deben de tenerse en cuenta al inicio del procedimiento, por lo que es indiferente que tras las consultas y la negociación de medidas alternativas se reduzca finalmente el número de despidos, salvo que se trate de un sobredimensionamiento inicial fraudulento⁵¹. En contra se sitúa una interpretación literal del art. 51.10 ET, que se refiere a la empresa «que lleve a cabo un despido colectivo que afecte

[2012, n. 115](#), p. 32.

⁴⁷ J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁸ STS 25 septiembre 2013, rec. 3/2013.

⁴⁹ 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*, cit., p. 282.

⁵⁰ Rec. 179/2013.

⁵¹ *Vid.* STS 29 enero 2019, rec. 168/2018.

a más de cincuenta trabajadores», lo cual puede dar a entender que la empresa que no lleve a cabo un despido colectivo de tal magnitud no se verá obligada a presentar plan de recolocación externa. Y ello puede suponer un aliciente para reducir los despidos presupuestados en la comunicación inicial con motivo de contener el gasto y no tener que financiar un plan de recolocación externa, en línea con la finalidad propia de la consulta-negociación: evitar o reducir los despidos, así como paliar sus efectos. No obstante, se trata de una cuestión que debería de ser aclarada por la norma en uno u otro sentido.

Ahora bien, para el cómputo de los despidos, no solo se incluirán aquellos que sean por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, ya que el art. 9.5 RPDC prevé que «a efectos del cómputo del número de trabajadores [...] se tendrán también en cuenta los trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido dentro de los noventa días inmediatamente anteriores al inicio del despido colectivo».

Qué ha de entenderse como extinciones computables a la luz de este artículo se presenta como una cuestión ciertamente enigmática. El art. 9.5 RPDC parece estar basado en las “extinciones asimiladas” o “despidos por equiparación” del art. 1.1.b de la Directiva 98/59. Si se atiende a la diferenciación entre despidos “en sentido estricto” del art. 1.1.a y “por equiparación”, estos últimos son los que se producen a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, pero con el consentimiento de la persona trabajadora⁵². Sin embargo, se trata de una limitación entre ambas figuras ciertamente difusa tras los últimos pronunciamientos del TJUE en los casos *Pujante Rivera*⁵³, *Ciupa*⁵⁴ y *Socha*⁵⁵, ya que incluso las modificaciones sustanciales de elementos esenciales del contrato de trabajo, sin que se exija ni siquiera posterior extinción

⁵² Por el contrario, el despido “en sentido estricto” es aquel que se efectúa por el empresario por razones no inherentes a la persona del trabajador y sin su consentimiento. *Vid.* Conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-422/14, *Pujante Rivera*.

⁵³ STJUE 11 noviembre 2015, asunto C-422/14, *Christian Pujante Rivera c. Gestora Clubs Dir, S.L., y Fondo de Garantía Salarial*.

⁵⁴ STJUE 21 septiembre 2017, asunto C-429/16, *Małgorzata Ciupa y otros c. II Szpital Miejski im. L. Rydygiera w Łodzi obecnie Szpital Ginekologiczno-Położniczy im dr L. Rydygiera Sp. z o.o. w Łodzi*.

⁵⁵ STJUE 21 septiembre 2017, asunto C-149/16, *Halina Socha y otros c. Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu*.

contractual, deben de ser calificadas como despido en sentido estricto y no como extinciones asimiladas⁵⁶.

En cualquier caso, si el plan de recolocación externa, tal y como reconoce la doctrina⁵⁷, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 98/59, no sería necesario aplicar la interpretación del Tribunal de Luxemburgo, y el art. 9.5 RPDC podría quedar referido en general a los despidos individuales o plurales materialmente colectivos⁵⁸, que se produzcan con anterioridad al procedimiento de despido colectivo (así lo entiende también el Criterio Operativo ITSS 105/2023) e incluso a las bajas voluntarias incentivadas con motivo del proyecto de reestructuración empresarial⁵⁹. Tales extinciones solo se tendrán en cuenta como “criterio corrector del cómputo”⁶⁰ para alcanzar el número mínimo de despidos, y en este caso sin que se deban de beneficiar o entren dentro del ámbito de aplicación del plan de recolocación externa.

Salvadas estas dificultades interpretativas, para el cómputo de dichas extinciones, sin que se les aplique el límite de 5 despidos previsto en el art. 51.1 penúltimo párrafo ET, se tendrán en cuenta aquellas que se produzcan tanto en el seno de la empresa como en el grupo empresarial al que pertenezcan. Así, a diferencia del régimen general del despido colectivo previsto en el art. 51 ET (sin que se trate, por tanto, de grupo de empresas a efectos laborales), adquiere relevancia para el cómputo del número de extinciones no solo la empresa, sino el grupo empresarial “mercantil” en su

⁵⁶ Para un estudio más detallado de la cuestión, *cfr.* M.Á. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Despido colectivo y “despidos indirectos”. Perspectivas española, italiana y francesa a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 85.

⁵⁷ La Directiva comunitaria no obliga ni a informar sobre las medidas sociales de acompañamiento ni a incluirlas en un plan social, habida cuenta de que solo obliga a consultar sobre ellas. *Vid.* M.P. ABRIL LARRÁINZAR, *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Aranzadi, 2016, pp. 235-236.

⁵⁸ Siguiendo la jurisprudencia del TJUE, son despidos “en sentido estricto” los despidos disciplinarios improcedentes, la extinción anticipada o fraudulenta de los contratos temporales, el despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas, las bajas voluntarias incentivadas o prejubilaciones en el marco de un procedimiento de regulación de empleo, los supuestos de jubilación forzosa, el desistimiento empresarial durante el período de prueba por motivos no inherentes a la persona del trabajador, la injustificada falta de llamamiento al fijo-discontinuo o el despido indirecto por traslado o modificación sustancial de condiciones de trabajo. Un análisis más minucioso en E. DE CASTRO MARÍN, *Despido Colectivo «de Hecho». Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del Art. 51.1 ET*, Aranzadi, 2018.

⁵⁹ *Vid.* STS 22 junio 2023, rec. 223/2022, y STS 19 septiembre 2023, rec. 61/2023.

⁶⁰ A. DESDENTADO BONETE, *La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho*, en M. GODINO REYES (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 38.

conjunto⁶¹.

Además, estas extinciones deberán de haberse producido con 90 días de anterioridad “inmediatos” al inicio del procedimiento de despido colectivo y, por tanto, inmediatamente anteriores a la comunicación inicial. En cuanto al sentido del cómputo temporal, mientras que la doctrina *Marclean*⁶² implantada por el TJUE recoge un cómputo bidireccional para determinar la superación de los umbrales del despido colectivo, el art. 9.5 RPDC establece un cómputo retrospectivo de 90 días desde la fecha de la comunicación empresarial de inicio para el caso del plan de recolocación externa y el cómputo de las “extinciones asimiladas”. Por tanto, dos métodos de cómputo, pero que son plenamente compatibles ya que, recuérdese, el plan de recolocación externa no es una cuestión regulada por la Directiva comunitaria y, por ello, no confronta con la doctrina del Tribunal de Justicia⁶³.

Respecto al segundo de los requisitos para que rija el plan de recolocación externa obligatorio, la empresa no deberá de estar sometida a procedimiento concursal. Como se ha determinado respecto a la obligación de suscribir convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo de trabajadores de 55 años o más, esta excepción para las empresas sometidas a procedimiento concursal solo se aplica a partir de la declaración judicial de concurso de la empresa en cuestión. Siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha de 15 de febrero de 2018⁶⁴ para el supuesto del convenio especial, el elemento clave para que se aplique el art. 51.9 ET (y por analogía el art. 51.10 ET) es que el procedimiento de despido colectivo finalice antes de la declaración de concurso, sin que la “fase preconcursal” despliegue los efectos jurídicos necesarios para que no sea exigible tal obligación, sobre la base de la excepción recogida en el Estatuto de los trabajadores («en todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal»).

2.3. El *outplacement* en otros procesos de reestructuración empresarial

La actual Ley de Empleo sigue vinculando la actividad de recolocación con la regulación del despido colectivo, aunque es cierto que introduce «un

⁶¹ F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 285.

⁶² STJUE 11 noviembre 2020, asunto C-300/19, *UQ c. Marclean Technologies, S.L.U.*

⁶³ F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁴ Rec. 3548/2015.

ligamen adicional con las instituciones» del art. 47 y, en particular, del art. 47-*bis* ET⁶⁵. En efecto, el art. 40.3 LE, además de reconocer la colocación especializada en supuestos de reestructuración empresarial cuando así se establezca o acuerde en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación (de despido colectivo), también parece reconocer la actividad de recolocación fuera del art. 51 ET para «transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos», aunque por decisión de los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de parte afectada⁶⁶.

No obstante, el art. 44 LE, que se encarga de desarrollar la actividad de recolocación de las personas trabajadoras, nada más añade sobre esta cuestión, ya que se limita a una remisión a la regulación del art. 51.10 ET y art. 9 RPDC, circunscribiéndose a la recolocación en los despidos colectivos. Solo indica el art. 44.2 LE que «asimismo, la actividad de recolocación podrá desarrollarse a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno», sin que se precise en qué supuestos concretos se puede activar la recolocación de las personas trabajadoras, más allá del procedimiento de regulación de empleo colectivo. Esta falta de desarrollo de la actividad de recolocación en los procesos de transición industrial o transformación de sectores productivos resulta criticable ya que, a pesar de que se pueda acudir a la regulación del despido colectivo para construir su esqueleto, las peculiaridades del *outplacement* en dichos supuestos requieren de un desarrollo propio⁶⁷.

Además, ello no resulta coherente con el protagonismo especial que le ha concedido la Reforma laboral de 2021⁶⁸ al ERTE o al Mecanismo RED frente a la ordenación del despido colectivo, en la idea de construir una especie de *outplacement preventivo*⁶⁹. En efecto, la disposición adicional 44ª TRLGSS ha condicionado las exenciones en la cotización empresarial a la Seguridad Social de los ERTE por causas ETOP y del Mecanismo RED a la realización de las acciones formativas de la disposición adicional 25ª ET⁷⁰,

⁶⁵ J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, pp. 56-57.

⁶⁶ Para M. FERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 44, los servicios públicos de empleo también pueden decidir implantar planes de recolocación externa en despidos colectivos que no alcancen los más de 50 despidos o en despidos individuales o plurales.

⁶⁷ M. LÓPEZ BALAGUER, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁰ Estas acciones formativas deben de realizarse como máximo en un plazo de seis meses desde la finalización del ERTE o Mecanismo RED (arts. 50.3 RPDC y 20.3, RD 608/2023), coincidiendo con la duración mínima del plan de recolocación externa.

donde se dedica especial atención a las competencias digitales y a aquellas que permitan la transición ocupacional de la persona trabajadora afectada⁷¹. Es más, el Mecanismo RED en su modalidad sectorial exige que su solicitud venga acompañada de un plan de recualificación de las personas trabajadoras afectadas (art. 47-*bis*.3 ET)⁷², ya que en estos casos la crisis que justifica la “activación” del mecanismo es de carácter estructural y permanente. De igual modo, los trabajadores afectados por el Mecanismo RED, en cualquiera de sus dos modalidades, tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (art. 47-*bis*.5. *b* ET). También cabe destacar, como un factor promocional más, que aquellas empresas que realicen la formación de la DA 25ª ET⁷³ tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada conforme a lo dispuesto en el art. 9.7 de la Ley 30/2015. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del legislador por constituir un recolocación preventiva del trabajador afectado por estos mecanismos de flexibilidad interna sobre la base de la formación profesional, la LE no dedica un desarrollo específico a tal materia y, como se comentará, lo que resulta también criticable como elemento desincentivador es que la cláusula de mantenimiento de empleo como contraprestación por las exoneraciones de la DA 44ª TRLGSS no prevea una excepción a su incumplimiento si la persona trabajadora se recoloca en una tercera empresa.

Más allá de estas medidas de flexibilidad interna, la doctrina científica se cuestiona hasta qué punto se incluyen otro tipo de despidos en la actividad de recolocación. El art. 40.3 LE se refiere a la recolocación de trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial, «cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o

⁷¹ A. DE LA PUEBLA PINILLA, *El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo*, en *Labos*, 2022, n. extra, p. 88.

⁷² S. BINI, *Formación y mecanismo RED: transiciones justas en el prisma del nuevo modelo “Industry 5.0”*, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 45-46.

⁷³ Este es un matiz importante, ya que, mientras el art. 9.7 de 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, exige que la formación programada guarde relación con la actividad empresarial, la DA 25ª ET permite la formación que busque la recualificación del trabajador afectado por ERTE/Mecanismo RED aunque no tenga relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

programas de recolocación». En primer lugar, lógicamente cuando se alcancen los umbrales del art. 51.10 ET se estará ante una actividad de intermediación laboral juridificada, tanto si el plan de recolocación externa es acordado con los representantes de los trabajadores como si es ofrecido (o “establecido”) por parte del empresario en la finalización del procedimiento. En segundo lugar, cuando un despido colectivo no provoque más de 50 extinciones de contratos de trabajo y el empresario opte por ofrecer un plan de recolocación externa o este sea acordado como una medida social de acompañamiento en la consulta-negociación, también se puede entender que esta actividad entra dentro del ámbito de aplicación del art. 40.3 LE. Mayores dudas suscita si el plan de recolocación externa se vincula con despidos objetivos individuales o plurales, para lo cual una parte de la doctrina realiza una interpretación teleológica del concepto jurídico indeterminado “procesos de reestructuración empresarial” para incluir dicho plan en la actividad de recolocación de la LE⁷⁴ y, en cambio, otro sector doctrinal, defiende una anomia legal en este sentido, que deja fuera a las agencias de recolocación en los tipos de despidos mencionados⁷⁵. También se echa en falta una referencia especial a otros supuestos, como la sucesión de empresa o las medidas colectivas que se puedan dar en procesos concursales (arts. 221 y 169 ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal)⁷⁶, si bien es cierto que se deja la puerta abierta para que la actividad de recolocación se desarrolle a iniciativa de los servicios públicos de empleo «cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno»⁷⁷.

En cualquier caso, la solución a esta inseguridad jurídica podría radicar en que se modifique de una vez por todas la Ley de Empleo para que la actividad de recolocación sea intermediación laboral y la agencia que la lleve a cabo sea agencia de colocación con independencia de que el proceso de recolocación se desarrolle o no dentro de un procedimiento de despido colectivo⁷⁸.

⁷⁴ F. DE VICENTE PACHÉS, M.J. MATEU CARRUANA, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁵ G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 53-54.

⁷⁶ RDL 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

⁷⁷ J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, pp. 57-58.

⁷⁸ M. LÓPEZ BALAGUER, *Las agencias de colocación*, en R. ROQUETA BUJ (dir.), *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 673-674, con cita de F. VALDÉS DAL-RE, *La reforma de la intermediación laboral*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2010, n. 2.

2.4. La implementación de la recolocación de la persona trabajadora afectada

La intermediación para la recolocación de la persona trabajadora afectada debe de consistir en activar todos los recursos disponibles por parte de la agencia de colocación para insertar profesionalmente a dicha persona, de forma rápida y, sobre todo, en las mejores condiciones posibles. En efecto, la actividad de recolocación o de *outplacement* se caracteriza principalmente por proporcionar servicios de apoyo, información y asesoramiento a la persona trabajadora afectada para la búsqueda de un nuevo empleo (que también puede ser por cuenta propia) al objeto de conseguir que dicha persona gestione con éxito su propio “proceso de recolocación”⁷⁹.

Algunos estudios han identificados cinco fases que suelen estar presentes en los planes de recolocación externa: 1) el balance profesional, consistente en descubrir e identificar las capacidades, habilidades, competencias y conocimientos del trabajador, a la vez que se averigua cómo desarrollarlos, teniendo en cuenta sus ambiciones y las motivaciones laborales y personales; 2) el apoyo ocupacional, donde se elabora un proyecto de ocupación que desarrolle todos los potenciales de la persona trabajadora afectada; 3) el plan de acción, el cual consiste en diseñar un modelo de estrategia de carrera y de búsqueda de empleo, utilizando herramientas como la formación en nuevas tecnologías, simulación de entrevistas, elaboración de CV, etc., así como también se busca desarrollar las habilidades a través de técnicas de presentación en público, oratoria, etc.; 4) la campaña de búsqueda de empleo en la que se eligen y ponen en práctica las vías más oportunas de obtener un trabajo (*mailing*, videoconferencias, bolsas de empleo, internet, redes sociales, etc.); 5) la integración en la nueva empresa, realizando un seguimiento del trabajador colocado hasta que esté plenamente insertado en el nuevo puesto de trabajo⁸⁰. Otros autores, del análisis de los programas habituales de recolocación ofrecidos por empresas especializadas, concluyen que existen tres principales fases (que agrupan, a su vez, las actividades anteriores): la de acogida, que recoge la etapa inicial donde se provee de información a las personas trabajadoras afectadas sobre

⁷⁹ En palabras de C. SÁEZ LARA, *Espacios y funciones de las empresas de recolocación*, cit., pp. 338-339 y 343.

⁸⁰ Cfr. M.Á. ALMENDROS GONZÁLEZ, *El papel de otras agencias y entidades en la colocación*, en AA.VV., *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, pp. 503-504, y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, La Ley, 2012, pp. 393-394.

el servicio ofrecido; la de desarrollo, donde reside el grueso de la actividad de recolocación (evaluación de competencias, preferencias, limitaciones, reorientación profesional, reciclaje profesional y el propio proceso de demanda de empleo); y la fase del seguimiento tras la consecución de la recolocación de la persona trabajadora⁸¹.

Ahora bien, para conocer el procedimiento, la duración y los contenidos que se exigen mínimamente para implantar un plan de recolocación externa en el ordenamiento jurídico español es necesario acudir a la regulación del despido colectivo (art. 51.10 ET y art. 9 RPDC), tal y como establece el art. 44.2 LE a través de una técnica de remisión expresa. De este modo, ante el silencio de la norma en cuanto al plan de recolocación externa específico en las medidas de flexibilidad interna del art. 47 ET y art. 47-*bis* ET, se requeriría acudir a la ordenación que se establece para el despido colectivo como modelo general o arquetipo para desarrollar la actividad de recolocación en dichos casos⁸².

De este modo, la regulación del despido colectivo (arts. 3.2 y 9.1 RPDC) establece que junto con la comunicación inicial del despido colectivo deberá de adjuntarse un plan de recolocación externa “provisional” o “inicial”, realizado por una “empresa de recolocación autorizada”. En efecto, las empresas que prevean la realización de un despido colectivo de más de 50 trabajadores deberán de ponerse en contacto con carácter previo al inicio del procedimiento de consulta-negociación con una empresa de recolocación autorizada con el fin de presentar un plan inicial de recolocación en la comunicación inicial⁸³. Se trata, por ello, de un plan que se presenta al inicio del procedimiento y que puede sufrir variaciones a lo largo de la consulta-negociación, fruto de la negociación, su concreción o ampliación. Es un “plan dinámico”⁸⁴, 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 (art. 9.4

⁸¹ C. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, *Revisión de los planes de recolocación externa de un despido colectivo en el marco del proceso de digitalización de la economía*, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 862.

⁸² M. LÓPEZ BALAGUER, *La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo*, cit., p. 96.

⁸³ Para F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 285, este plan inicial, al ser redactado por una agencia de recolocación externa, deberá de tener una concreción técnica en sus contenidos desde el principio.

⁸⁴ S. ALCÁZAR ORTIZ, *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Lex Nova, 2015, p. 166.

RPDC)⁸⁵.

En cuanto al contenido del plan de recolocación externa, el art. 51.10 ET reconoce que deberá de incluir «medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo», en un sentido más amplio que la estricta actividad de intermediación laboral y en línea con la definición de política activa de empleo del art. 31 LE⁸⁶. El desarrollo reglamentario añade algo más (aunque no con suficiente detalle) respecto a cuál debe de ser el contenido mínimo de la actividad de recolocación. Así, el art. 9.3 RPDC identifica una serie de materias que deben de estar presentes en el plan de recolocación externa inicial, es decir, aquel que se aporte en la comunicación inicial, aunque como se ha indicado las partes pueden aprovechar las consultas para modificar o perfeccionar el plan presentado. Tales materias son:

- a) De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo.
- b) De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación.
- c) De formación profesional dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas.
- d) De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos.

Respecto a la duración del plan de recolocación externa, tanto el Estatuto de los Trabajadores como el Reglamento de despido colectivo establecen un plazo de 6 meses⁸⁷, que se configura como un plazo mínimo,

⁸⁵ «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).

⁸⁶ E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÈS I FABRELLAS, M. ZELICH, *Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad? Resumen Ejecutivo*, ESADE (IEL)-LHH, 2015, p. 12, identifica como una propuesta de mejora que «se desvincule la recolocación de la intermediación, para vincularla a la *lógica de las políticas de empleo integradas y a la idea de transición y desarrollo profesional*».

⁸⁷ El informe de E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÈS I FABRELLAS, M. ZELICH, *op. cit.*, recomienda que se incremente su duración, aunque no indica plazo concreto. No obstante, sí recoge que el tiempo medio de duración de los planes de recolocación es de 8 meses.

por lo que podrá ser ampliado, tanto por acuerdo de las partes como por voluntad del empresario⁸⁸. En este punto, el legislador español ha optado por un plazo de tiempo predeterminado, que se desvincula del periodo que dure la recolocación efectiva de la persona trabajadora afectada, y mucho más de su inserción efectiva en el nuevo puesto de trabajo⁸⁹.

El desarrollo reglamentario contiene un matiz importante: la atención continuada, que debe de comprender las materias anteriormente comentadas, debe de focalizarse («con especial extensión e intensidad») sobre los trabajadores de mayor edad (art. 9.2 RPDC). Dicha especial atención a este colectivo deriva de su menor empleabilidad y de la dificultad en su reinserción laboral como muestra su elevada presencia en el desempleo de larga duración⁹⁰. La puntualización que realiza el art. 9.2 RPDC busca de este modo evitar que se vean expulsados los trabajadores maduros de forma definitiva del mercado de trabajo, ya que suelen ser los principales afectados por las reestructuraciones empresariales⁹¹. Esta especial referencia a los trabajadores de mayor edad o maduros es coherente con el apartado tercero del art. 44 de la Ley de Empleo, donde se indica que el plan de recolocación externa deberá de procurar, «en particular, el retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, cuyos contratos se hayan extinguido por despido colectivo después de los cincuenta y dos años, evitando toda discriminación por razón de edad»⁹². Sin embargo, la doctrina científica se ha lamentado de que esta precisión que realiza la nueva Ley de Empleo solo se refiera a la actividad de recolocación en los despidos colectivos, desaprovechando la oportunidad para extender la especial protección al colectivo de trabajadores maduros a otras iniciativas de *outplacement*⁹³.

Como crítica en cuanto a la ordenación normativa del contenido del plan de recolocación externa, autorizada doctrina entiende que la obligación del art. 51.10 ET se entiende cumplida con la simple presentación del plan inicial que reúna formalmente los contenidos que establece el art. 9.3

⁸⁸ Véase la SAN 11 marzo 2013, rec. 381/2012, que recoge un supuesto en el que se pactó un plan de recolocación de 24 meses, superando el mínimo legal de 6 meses, e incluso con un compromiso de recolocación del 85% de los trabajadores afectados.

⁸⁹ C. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 855, habla de un plan de recolocación externa de duración acotada.

⁹⁰ S. ALCÁZAR ORTIZ, *op. cit.*, p. 164.

⁹¹ B.M. LÓPEZ INSUA, *El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019, pp. 409-437.

⁹² El art. 50 LE también reconoce como colectivo vulnerable de atención prioritaria para la política de empleo a las personas mayores de 45 años.

⁹³ J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 59.

RPDC, los cuales son bastante genéricos y casi tributarios de una definición de lo que es la recolocación o el *outplacement*⁹⁴, siendo necesario que se detallen los mismos con más rigurosidad en una eventual reforma. Asimismo, deberían de implementarse reformas legales que promuevan una mayor intervención e implicación de los representantes de los trabajadores en el diseño, negociación e implementación del plan. Podría resultar adecuado que se sometiera a acuerdo la elección de la empresa de recolocación encargada de prestar tales servicios; que el empresario tuviera que indicar necesariamente el coste que le suponen los servicios de recolocación por trabajador en el plan inicial; así como que se debiera de detallar suficientemente en el plan los servicios mínimos que va a recibir cada trabajador⁹⁵.

La financiación del plan de recolocación externa no recaerá sobre los trabajadores. El art. 51.10 ET especifica que «el coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores». En coherencia con lo establecido con carácter general para los servicios de intermediación en el mercado de trabajo, tales servicios deberán de ser gratuitos para el trabajador. Quien debe de hacer frente al coste del plan de recolocación externa es el empresario que efectúa los despidos colectivos. En efecto, en el contrato mercantil o civil que debe de realizar la agencia de recolocación y la empresa cliente deberá de fijarse el precio correspondiente por los servicios de recolocación, siempre que esta primera agencia no actúe como una entidad colaboradora de los servicios públicos de empleo⁹⁶.

No obstante, la fijación de estos precios en la prestación de un servicio de intermediación laboral, que debería de ser público-social, en un régimen de libre competencia conduce una “guerra de precios”, claramente negativa en cuanto al sentido del plan de recolocación externa y en detrimento de la calidad del servicio ofrecido⁹⁷. Además, si tenemos en cuenta que el precio suele fijarse en función del número de trabajadores atendidos, puede existir

⁹⁴ C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 187, indica que el análisis de los acuerdos alcanzados en consultas pone de manifiesto la escasa visibilidad del plan de recolocación externa, ya que muchas veces tales acuerdos se limitan a recoger su existencia o a mencionar a la empresa de recolocación externa que se ha contratado, siendo excepcional el acuerdo que incorpora el propio plan de recolocación a su contenido. Véase ampliamente E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÉS I FABRELLAS, M. ZELICH, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁵ O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 80-82.

⁹⁶ M.Á. ALMENDROS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 504.

⁹⁷ 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, p. 182.

cierta tentación de que el empresario no fomente ni difunda en exceso el plan de recolocación, ya que cuantas menos personas se adhieran, menor será el coste para la empresa⁹⁸. De hecho, favorece tales prácticas que la adhesión al plan de recolocación externa por parte de las personas trabajadoras sea voluntaria⁹⁹, así como que no exista en la normativa legal y reglamentaria de despido colectivo una obligación de comunicación individual del plan a los trabajadores afectados¹⁰⁰.

Por último, es necesario indicar que es posible que ante el silencio de la norma el empresario se limite a presentar, o en el mejor de los casos a negociar (puesto que ello no es obligatorio)¹⁰¹, el plan de recolocación externa y que, una vez que esto ocurra, el empresario e incluso los representantes de los trabajadores se desentiendan. En este sentido, podría resultar oportuno que durante la negociación del plan de recolocación externa en las consultas se incluyeran medidas que garanticen el control y seguimiento del plan en su implementación. Podría ser útil, no solo que se introdujeran estas previsiones con carácter previo en el propio convenio colectivo, sino que se incluyeran en la negociación las distintas vías para el estudio posterior del plan (la creación de una comisión *ad hoc*) o los criterios para evaluar el nivel de cumplimiento (incluir compromisos concretos de recolocación, tanto a cuantitativos como cualitativos)¹⁰². Las mejoras prácticas en materia de plan de recolocación externa han optado por el incremento de la indemnización en aquellos casos en los que se incumpla el compromiso de recolocación transcurrido un determinado plazo, que suele coincidir con el tiempo que dure la prestación de servicios de recolocación¹⁰³.

⁹⁸ O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, p. 58.

⁹⁹ Sobre la importancia de la implicación activa del trabajador en su proceso de recolocación, véase F. DE VICENTE PACHÉS, M.J. MATEU CARRUANA, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹⁰⁰ El art. 53.1 ET, por remisión del art. 51.4, no prevé expresamente este extremo.

¹⁰¹ Según el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, [La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad](#), Informe CES, 2014, n. 2, p. 137, «el Reglamento de la regulación colectiva de empleo no establece taxativamente que el plan de recolocación presentado por la empresa deba ser objeto de negociación con los representantes legales de los trabajadores».

¹⁰² O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 81-82 y 119-121.

¹⁰³ *V.gr.* la STS 2 abril 2019, rec. 433/2018, recoge entre sus hechos probados el caso de una empresa que realiza un despido colectivo y reconoce como garantía de cumplimiento del plan de recolocación que si no se produce tal recolocación al final del plan se abonará una indemnización adicional.

2.5. Los servicios públicos de empleo y la actividad de recolocación: la colaboración público-privada

Tal y como precisa el art. 42 LE, la intermediación laboral, y con ello la actividad de recolocación, tiene la consideración de servicio de carácter público, con independencia del agente que la realice. De este modo, todos los agentes que intervengan en el proceso (servicios públicos de empleo, agencias de colocación o aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con las personas en el exterior) deberán de actuar con total transparencia, informando sobre el desarrollo de la actividad y la aplicación a la actuación de los objetivos y principios rectores de la política de empleo en los términos recogidos en los arts. 4 y 5 LE¹⁰⁴.

Efectivamente, la actividad de recolocación puede ser desempeñada tanto directamente por el servicio público de empleo como por las agencias de colocación especializadas en la materia (art. 44.1 LE). En cuanto a las agencias de recolocación, estas deberán de presentar la correspondiente declaración responsable ante el servicio público de empleo competente de la Comunidad o ciudad autónoma en la que tengan su establecimiento principal para operar en el mercado de trabajo nacional (art. 43.2 LE). Como se puede observar, con el RD-ley 8/2014, de 4 de julio, que perseguía adaptar la normativa a la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y a la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado, la autorización administrativa de la que debían disponer las agencias de colocación privadas ha desaparecido para dejar paso a la declaración responsable, la cual se introduce para simplificar las trabas administrativas en el inicio de la actividad y evitar la presencia de obstáculos a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento. Así, se transita de un control previo a un control posterior al inicio de la actividad¹⁰⁵, ya que las agencias de recolocación deberán de seguir cumpliendo en su actividad una serie de obligaciones previstas tanto en la ley (art. 43.3 LE) como en el reglamento (a la espera de la aprobación del nuevo, véase art. 5 RD 1796/2010, de 30 de diciembre), las cuales serán fiscalizadas posteriormente.

No obstante, se trata de unos criterios laxos que, para la mejor doctrina, no garantizan la calidad de los servicios prestados por las empresas de recolocación externa. En concreto, no se recoge una referencia expresa a los requisitos de profesionalidad que debe reunir el personal técnico que se encarga de la recolocación. De las pocas referencias, el documento

¹⁰⁴ M. FERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁰⁵ M. LÓPEZ BALAGUER, *Las agencias de colocación*, cit., pp. 676-677.

elaborado por la Comisión de Coordinación y Seguimiento del SISPE *Agencias de Colocación. Obligaciones y Requisitos de Actuación*, de fecha de noviembre de 2020, solo parece exigir una experiencia mínima de 6 meses en programas de empleo y/o gestión de recursos humanos a cumplir por el 50% del personal técnico (personal que deberá de ser mantenido en la agencia de colocación durante los 6 meses iniciales a la actividad). En definitiva, la ausencia de referencia a la solvencia técnica del personal encargado de la recolocación no hace más que mermar la propia calidad y eficacia de la medida, que no es otra que la recolocación del trabajador afectado por el despido colectivo en el mercado de trabajo¹⁰⁶.

Además, la introducción de las Empresas de Trabajo Temporal como agencias de colocación por parte de la Ley 3/2012 a través de una declaración responsable también reduce la calidad de los servicios de recolocación prestados, enfocándose más en el aspecto cuantitativo que cualitativo de la recolocación. Incluso se apunta a que se hayan podido producir prácticas de competencias desleal, en el sentido de que la ETT haya cobrado dos veces por el mismo servicio: como empresa de recolocación externa de la empresa que realiza el despido colectivo y como ETT de la empresa usuaria tras la cesión de los trabajadores contenidos en el plan de recolocación (aunque también es cierto que el art. 1 de la Ley 14/1994 de las Empresas de Trabajo Temporal obliga a la ETT a informar, tanto a sus trabajadores como a las empresas clientes, de estar prestando servicios como agencia de colocación o como ETT). Todo lo cual ha permitido, por ende, ofrecer precios más bajos a las ETT en su actividad de recolocación, que el resto de empresas del sector¹⁰⁷.

Dicho lo anterior, las agencias de colocación podrán actuar o bien en coordinación con los servicios públicos de empleo o bien como entidades colaboradoras de estos, a través de la articulación del correspondiente instrumento jurídico para la prestación de servicios de intermediación laboral o, en su caso, con sujeción al acuerdo marco para la contratación de servicios que faciliten el desarrollo de políticas activas de empleo previsto en la disposición adicional trigésimo primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (art. 41.1.b LE). Ello quiere decir que en general las agencias de colocación deberán de actuar siempre de forma coordinada con los servicios públicos de empleo¹⁰⁸, a través de la transmisión de la información

¹⁰⁶ O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 76-80.

¹⁰⁷ F. DE VICENTE PACHÉS, M.J. MATEU CARRUANA, *op. cit.*, p. 104, y, ampliamente, O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 53-61.

¹⁰⁸ Para M. LÓPEZ BALAGUER, *La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo*, cit., p. 105, la nueva LE mantiene la exigencia legal de que todas las agencias de colocación actúen en coordinación con el Sistema Nacional de Empleo.

que reglamentariamente se determine, respecto al número de personas trabajadoras atendidas y las actividades de recolocación que se desarrollen con periodicidad mensual y anual (art. 43.3.a LE y art. 5, letras *m* y *n*, RD 1796/2010). Además, es necesario el sometimiento de la actividad de intermediación realizada por las agencias de recolocación a seguimiento y evaluación por parte de los servicios de empleo competentes territorialmente (art. 42.7 LE). Unas obligaciones de información y control que se refuerzan cuando la agencia de colocación especializada es una entidad colaboradora de los servicios públicos de empleo (*vid.* arts. 26 y 27 LE y 17 y 20, RD 1796/2010), sin olvidar el impacto que pueda tener la implantación de la tasa de intermediación del art. 36 LE o los indicadores de eficiencia del 46 LE en la información a suministrar (número y perfil de las personas atendidas, ofertas de empleo captadas, la reducción de las brechas de género, y las inserciones en el mercado laboral conseguidas).

De este modo, las agencias de colocación formalizarán acuerdos de coordinación o convenios de colaboración con los servicios públicos de empleo y, en virtud de tales acuerdos, «los servicios públicos podrán redirigir a las agencias a las personas demandantes de empleo para la prestación de los servicios de colocación e intermediación laboral solicitados. También podrán derivar a las empresas usuarias de esos servicios cuando así se contemple en el correspondiente acuerdo y se garantice la gratuidad del servicio para las empresas, como lo es también por definición para los usuarios de las políticas activas de empleo. Las empresas y personas demandantes de servicios de empleo podrán también concertar directamente la prestación de servicios de intermediación con agencias de colocación, que actúen en coordinación o colaboración con los servicios públicos de empleo y con sujeción a los principios rectores de la política de empleo, con la finalidad, en el caso de las personas trabajadoras, de encontrar un empleo adecuado a su perfil y, en el caso de las empresas, de solicitar y, en su caso, reclutar a las personas candidatas cuyo perfil se ajuste a sus requerimientos y necesidades» (art. 42.4 LE). Así, los servicios públicos podrán derivar tanto a trabajadores afectados como a empresas afectadas por la reestructuración a agencias de recolocación colaboradoras, siendo en este caso el servicio gratuito para las empresas. Si atendemos al tenor literal del artículo recogido, no queda claro que la empresa afectada pueda acudir directamente a la agencia de recolocación en el ámbito de la colaboración con el servicio público, ya que en el caso de empresas la actividad debe de estar dirigida al reclutamiento de personas trabajadoras.

La colaboración de las agencias de colocación con los servicios públicos de empleo podrá consistir en la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica

ajustada a la normativa estatal y autonómica (art. 42.5 LE), aunque dicha financiación deberá de responder a los indicadores de eficiencia del art. 46 LE. No obstante, las agencias de colocación que actúen con ánimo de lucro deberán, al margen de la actividad concertada públicamente, desarrollar al menos un 60% de su actividad con fondos propios. También hay que añadir en lo que respecta a la actividad de recolocación que «se potenciará la suscripción de convenios para la ejecución de programas incluidos en los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo que respondan a necesidades específicas, en particular de ciertos territorios por transiciones industriales, transformaciones productivas o despoblación, o protejan a colectivos con necesidades especiales» (art. 42.6 LE).

No obstante a todo lo anterior, ha venido siendo una frecuente crítica que la colaboración público-privada ha desempeñado tradicionalmente un escaso protagonismo en las actividades de recolocación¹⁰⁹, al margen de lo previsto en algunos planes, como el *Plan Reincorpora-T* para desempleados de larga duración (2019-2021)¹¹⁰, o de algunas experiencias en servicios públicos de empleo autonómicos. Entre estas últimas destaca el Programa de recualificación y recolocación en empresas de Euskadi de Lanbide (Servicio Vasco de Empleo), denominado [AukerabeRRi](#), donde se ofrece un servicio de recolocación a las personas en desempleo procedentes de sectores en dificultad. Un programa que parte de un proyecto piloto¹¹¹ y que incluso recibirá financiación comunitaria por parte del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos (FEAG) para los despidos que se han producido en el sector económico de fabricación de productos metálicos¹¹². En el marco de la transición socialmente justa por procesos de descarbonización y de la colaboración público-privada en materia de recolocación, también destaca la creación de la bolsa de trabajo para excedentes de la minería del carbón (DA 2ª, RD-ley 25/2018) y el plan de apoyo para la recualificación profesional e inserción

¹⁰⁹ En este sentido, *cf.* C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*

¹¹⁰ El Plan Trienal para prevenir y reducir el paro de larga duración 2019-2021 (*Plan Reincorpora-T*) ha invertido cerca de 96 millones de euros en colaboración público-privada de actividades de recolocación para personas trabajadores de 45 y más años de edad incluidas en procedimientos de despido colectivo, 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. Es más, el informe final del proyecto, de fecha de octubre de 2021, no recoge ni una sola referencia expresa a los planes de recolocación externa en el despido colectivo.

¹¹¹ LANBIDE, *Plan de transición y mejora*, 2021, p. 27.

¹¹² LANBIDE, *1,2 millones de financiación europea para reforzar el programa Aukeraberri*, en www.lanbide.euskadi.eus, 11 abril 2022.

laboral de trabajadores y población afectados por la transición energética¹¹³.

Nuevos horizontes se abren con la nueva Ley de Empleo que en su artículo 57.2.e identifica dentro del catálogo de servicios garantizados a personas, empresas y demás entidades empleadoras el apoyo en los procesos de recolocación, eso sí, «en los supuestos previstos legalmente», esto es, en el plan de recolocación externa para despidos colectivos de más de 50 personas trabajadoras. La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (RD 1069/2021, de 4 de diciembre) también parece ser más sensible con estos procedimientos cuando sitúa como uno de los ejes de las políticas activas de empleo y de intermediación laboral en España la «coherencia con la transformación productiva», en el sentido de que las políticas de empleo acompañen las estrategias dirigidas al cambio de modelo productivo, su modernización y digitalización, aprovechando el potencial del empleo para el crecimiento sostenible y para la transición ecológica y digital, con especial atención a los territorios despoblados o en transición productiva. En esta línea, los Planes anuales de política de empleo de 2021¹¹⁴, 2022¹¹⁵ y 2023¹¹⁶ han establecido como servicio común, dentro del eje 1 de orientación, el «apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente». Queda por ver qué implantación efectiva tendrá esto.

2.6. Control administrativo y judicial del plan de recolocación externa obligatorio

Respecto al control administrativo y judicial del plan de recolocación externa es necesario limitarse al plan obligatorio en el procedimiento de despido colectivo puesto que, como se ha comentado, la norma no ha previsto nada en otros supuestos.

Como antecedentes se puede indicar que, con anterioridad a la supresión de la autorización administrativa para proceder al despido colectivo en el año 2012, ya se venía reclamando una mayor participación

¹¹³ Orden TED/1323/2021, de 24 de noviembre, por la que se aprueban las directrices de ejecución del Instituto para la Transición Justa, O.A., para la determinación y desarrollo de los instrumentos necesarios de ejecución de los créditos presupuestarios asignados al plan de apoyo para la recualificación profesional e inserción laboral de trabajadores y población afectados por la transición energética de la Componente 10, *Estrategia para la Transición Justa*, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

¹¹⁴ Resolución de 9 de diciembre de 2021.

¹¹⁵ Resolución de 26 de abril de 2022.

¹¹⁶ Resolución de 29 de mayo de 2023.

por parte de la Administración laboral en el control de las medidas sociales de acompañamiento previstas en el plan social, puesto que si el despido colectivo finalizaba con acuerdo, lo cual ocurría en la mayoría de los casos, la autoridad laboral solo podía autorizar y no podía entrar a valorar las causas del despido ni las medidas acordadas previstas en el plan social¹¹⁷.

Con la Reforma laboral de 2012, si bien desaparece la autorización administrativa, sí que se le otorgan a la Administración mayores facultades de tutela durante el procedimiento de consulta-negociación, como la posibilidad de emitir advertencias o recomendaciones, así como de desempeñar la labor de mediación o funciones de asistencia. Sin embargo, es conocido que en la mayoría de las ocasiones la Administración se limita a una actitud pasiva en la recepción de la documentación o bien al control de meras cuestiones procedimentales. Para algunos autores la autoridad laboral más que vigilar el 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 desempleo¹¹⁸. 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 *soft law*¹¹⁹.

Centrándonos en la labor de control del plan de recolocación externa, la autoridad laboral tendrá acceso a la propuesta del plan de recolocación externa al recibir la comunicación inicial (dicho plan se incluye dentro de la documentación común *ex art. 3 RPDC*), por lo que, cuando esta detecte (por su propia cuenta o por indicación de la ITSS)¹²⁰ que no se ha entregado el plan de recolocación externa, deberá de advertirlo el empresario para que lo incluya en las consultas o figure como parte del acuerdo o decisión final de despido colectivo. Además, deberá de controlar que la empresa que suscribe el plan de recolocación externa inicial ha presentado declaración

¹¹⁷ J.M. SERRANO GARCÍA, *El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 99, p. 215.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ 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*, cit., pp. 211-212.

¹²⁰ Una vez recibida la comunicación inicial, la autoridad laboral se la remitirá a la ITSS (art. 6.3 RPDC).

responsable para operar como agencia de recolocación en el mercado de la intermediación laboral¹²¹.

Durante el periodo de consultas, la autoridad laboral podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre el contenido y la implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa (art. 10.2 RPDC). Todo ello puede servir para que el plan se ajuste a la entidad del despido colectivo, la situación de los trabajadores afectados y de la propia empresa¹²². No obstante, se trata de una técnica de intervención administrativa que carece de carácter vinculante para las partes y que ni siquiera es de carácter obligatorio para la propia Administración, pudiéndose producir despidos colectivos sin una intervención directa de la autoridad laboral en la fase central del procedimiento de despido colectivo: la consulta-negociación¹²³.

La autoridad laboral también podrá 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 98/59 sobre despidos colectivos 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 intervenga como mediadora en los procedimientos de despido colectivo¹²⁴. Además, nada en relación con las medidas sociales de acompañamiento o con el plan de recolocación externa se indica respecto al contenido de la mediación, a diferencia de lo que ocurre en la regulación de las facultades de asistencia.

Si la autoridad laboral aprecia que tras la finalización del procedimiento de despido colectivo no se ha llevado a cabo o ni siquiera se ha presentado plan de recolocación externa no podrá 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

¹²¹ Así lo refiere la [Instrucción 2/2023](#), de 23 de mayo, de la Secretaria de Treball de la Generalitat de Catalunya, sobre los planes de recolocación obligatorios en los despidos colectivos de más de 50 personas trabajadoras.

¹²² Para O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 72-73, la alusión que recoge la norma relativa a la situación económica en que se encuentre la empresa afectada está sirviendo en la práctica para modular, en el sentido de suavizar, las propuestas y recomendaciones de la autoridad laboral y el propio contenido del plan de recolocación externa.

¹²³ Sobre la posible falta de intervención de la autoridad laboral, véase C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., pp. 85-86.

¹²⁴ A. DE LA PUEBLA PINILLA, *El despido por causas empresariales*, cit., p. 213, defiende la eliminación de este veto a través de incluir la mediación a petición de una de las partes.

en su conclusión, o bien si la decisión extintiva obedece a la obtención indebida de prestaciones por desempleo por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo (art. 148.b LRJS). Lo que sí ordena el art. 51.10 ET es que «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». Esto es, será el servicio público de empleo competente, y no la autoridad laboral competente en el despido colectivo, quien compruebe si se ha cumplido o no con el plan de recolocación externa en los supuestos en los que exista la obligación (despidos de más de 50 trabajadores en una empresa no concursada), requiriendo a la empresa para que cumpla en el caso de que no lo haya hecho.

Para algunos autores hubiera sido más lógico que la autoridad competente para el control del cumplimiento del plan de recolocación externa hubiera sido la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pues esta facultad de comprobación está muy ligada con las funciones de este cuerpo inspector y con el procedimiento administrativo sancionador¹²⁵. 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 TRLISOS¹²⁶ (aunque también puede ser que tal infracción sea apreciada por la propia ITSS ya que, como se analizará, su informe debe de referirse al plan de recolocación externa y a su falta o no de cumplimiento).

Siguiendo con las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, esta también podrá realizar funciones de asistencia y mediación, con los límites que ya se han expuesto para la autoridad laboral (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 2021 que, aunque deben ser tomados con precaución pues no estarán todas las actuaciones burocratizadas¹²⁷, muestra que, de un total de 1.078 actuaciones en materia de despido colectivo, no se ha levantado ninguna infracción en acta, se han elevado 6 requerimientos

¹²⁵ C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 86.

¹²⁶ «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».

¹²⁷ 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.

y solo se han realizado 5 mediaciones y consultas.

En cambio, el protagonismo en la intervención de la ITSS en el despido colectivo reside en la emisión del informe preceptivo posterior a la finalización del periodo de consultas. En efecto, la ITSS deberá de evacuar un informe en el «improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento» (art. 51.2 ET). Dicho informe, cuyos contenidos se detallan a continuación, deberá de realizarse sobre la base de la comunicación inicial y de la comunicación final que le remita la autoridad laboral a la ITSS (art. 11.1 RPDC). Esta última comunicación final incluirá la copia del acuerdo o la decisión final del empresario, las actas de las reuniones del periodo de consultas, así como toda aquella documentación que se haya entregado durante el procedimiento de despido colectivo. Además, se remitirá «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» (art. 12 RPDC).

Así, el inspector/a actuante, teniendo en cuenta toda la anterior información y aquella que obtenga mediante visita o comparecencia¹²⁸, elaborará un informe, por el cual, «además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir» (art. 51.2 ET, en su versión dada por la Ley 3/2023 de Empleo)¹²⁹. En lo que aquí respecta, el 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».

De este modo, la ITSS, entre otras muchas cuestiones, deberá de pronunciarse en su informe sobre «el contenido y la suficiencia del plan de

¹²⁸ El Criterio Operativo 105/2023 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, indica que, «con vistas a obtener la adecuada información para la elaboración del informe, resulta imprescindible que el inspector/a actuante se reúna con ambas partes, mediante visita o comparecencia y de manera conjunta o separada».

¹²⁹ La Ley 3/2023 de Empleo ha modificado el contenido del informe de la ITSS para que, tras la Reforma laboral de 2012, vuelva a controlar las causas y se pronuncie sobre su concurrencia en el despido colectivo.

recolocación externa» (a ello se refiere tanto la Exposición de motivos del RPDC como el Criterio Operativo ITSS 105/2023, que señala que lo que deberá de valorarse es el plan de recolocación externa en su versión final). Si atendemos a estas directrices, el inspector/a actuante debe de escapar de un control meramente formal de la actividad de recolocación y, por ello, el informe debería de pronunciarse no solo acerca de la efectiva presentación del plan y del cumplimiento de los requisitos del art. 9 RPDC¹³⁰, sino también acerca de si este plan se ha presentado de forma unilateral por el empresario o si se ha negociado; o bien si efectivamente los servicios de recolocación ofertados son suficientes atendiendo al número de despidos, la situación de los trabajadores o la situación económica de la empresa, todo ello para valorar si de verdad ha existido buena fe durante el procedimiento de consulta-negociación y la negociación del plan. No obstante, se trata de algo que para la doctrina científica no suele ocurrir en la práctica ya que el inspector/a actuante suele centrarse en la comprobación formal¹³¹.

En cuanto al control judicial del incumplimiento del plan de recolocación externa obligatorio, se han venido discutiendo sus consecuencias jurídicas en materia de calificación judicial de la decisión empresarial de despido colectivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 51.10 ET para demandas de reconocimiento de derecho posteriores por parte de los propios trabajadores, que no se articulan por la modalidad procesal específica del art. 124 LRJS¹³².

En efecto, la doctrina científica se ha cuestionado si la falta de elaboración del plan de recolocación externa supone o no un

¹³⁰ Según el Criterio Operativo 105/2023, la ITSS también deberá de informar si debería de haberse llevado a cabo plan de recolocación externa por superar el umbral de 50 despidos, teniendo en cuenta aquellas otras extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador por iniciativa de la empresa producidas en los 90 días inmediatamente anteriores al despido colectivo.

¹³¹ O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 73-74, indica que del análisis de los informes emitidos por la ITSS se puede constatar que dicho órgano se encarga de la mera constatación de la existencia del plan de recolocación externa en los casos en los que sea obligatorio, sin que se entre a valorar el fondo de las medidas contenidas en estos instrumentos de planificación.

¹³² «el incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores». *Vid.* M.À. FALGUERA BARÓ, *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales*, Bomarzo, 2015, pp. 115-116. En el mismo sentido, E. GUERRERO VIZUETE, *El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: "un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo"*, en J. CABEZA PEREIRO, F. FERNÁNDEZ PROL (coords.), *Políticas de empleo*, Aranzadi, 2013, pp. 96-97, donde se critica que no se haya previsto una modalidad procesal más ágil para exigir el cumplimiento del plan de recolocación externa.

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 gravemente la función del período de consultas y el papel de los representantes de los trabajadores¹³³. En cualquier caso, en un primer momento la doctrina judicial¹³⁴ y, posteriormente, el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de marzo de 2014¹³⁵ 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 externa¹³⁶, 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-negociación¹³⁷.

3. Balance y propuestas de mejora del plan de recolocación externa

Los cambios en la composición, funcionamiento y efectividad del mercado de trabajo actual asociados al avance tecnológico y a la lucha contra la emergencia climática, en una sociedad progresivamente envejecida, conllevan una continua transformación de los escenarios productivos, los cuales exigen respuestas ágiles para dar satisfacción a unas

¹³³ 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.

¹³⁴ Cfr. STSJ Castilla-La Mancha 16 abril 2013, rec. 19/2012, y STSJ Madrid 9 abril 2013, rec. 18/2013.

¹³⁵ Rec. 158/2013.

¹³⁶ Véase SAN 33/2020, de 17 de abril.

¹³⁷ Vid. E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas*, cit., p. 327.

renovadas demandas de ocupación de nuevos oficios y profesiones tanto en sectores emergentes como “tradicionales”¹³⁸. Para que los retos destacados no destruyan empleo, sino que se aprovechen para crear o transformar el trabajo existente, son necesarias políticas activas eficaces, sobre el eje transversal de la formación, que supongan el acompañamiento, la recualificación o la transición profesional hacia dichos nuevos yacimientos de empleo.

En este sentido, los planes de recolocación externa y la actividad de recolocación, como actividad de intermediación laboral, podrían coadyuvar de una forma idónea a este proceso de recualificación y de transición digital y verde. Así, a través de dichos planes se podría conseguir la empleabilidad y la recolocación de la persona trabajadora afectada por sendas operaciones de reestructuración empresarial en el menor tiempo posible y en un trabajo adecuado a su perfil o congruente con su profesionalidad, incluso de forma preventiva. Para ello es absolutamente necesario que se cuente con una clara implicación de la antigua empresa empleadora, de los representantes de los trabajadores, de los sindicatos y, por supuesto, de la agencia de recolocación y de los servicios públicos de empleo. Esta recolocación, a su vez, es beneficiosa para la Seguridad Social, ya que se mantienen sus ingresos, se ahorra en el pago de prestaciones o subsidios por desempleo y no se abonan pensiones por jubilación anticipada en el caso de los trabajadores maduros¹³⁹, y, por otro lado, puede redundar también en la buena imagen de la empresa al realizar la reestructuración de forma responsable¹⁴⁰.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad, la doctrina científica ha venido criticando la escasa efectividad de la que adolece la actividad actual de recolocación¹⁴¹, a pesar de los esfuerzos de marketing por mostrar el éxito que realizan las empresas de recolocación especializadas. En concreto, los planes de recolocación externa presentados por las empresas obligadas a ello se han convertido en el mero cumplimiento formal o documental de un trámite para realizar el despido colectivo acorde a Derecho (“recolocación de papel”). Además, a ello ha contribuido la deficitaria y vaga

¹³⁸ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Los agentes intermediadores a la luz de la Ley 3/2023, de Empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada*, cit., pp. 65-66.

¹³⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, [La reforma del derecho del empleo: notas sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo](#), en [Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, 2023, n. 7](#), p. 30.

¹⁴⁰ S. DE LA CASA QUESADA, [op. cit.](#), p. 141.

¹⁴¹ Algunos autores incluso califican al plan de recolocación externa como uno de los fracasos más importantes de la Reforma laboral de 2012, pues ha derivado en una mera carga formal, más o menos onerosa para las empresas, dotada de una escasa efectividad. Véase L. PÉREZ CAPITÁN, *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Aranzadi, 2020, pp. 216 y 219.

regulación del plan; la “guerra de precios” existente en el saturado mercado de los servicios de recolocación; el tradicional escaso interés de los interlocutores sociales y de las autoridades públicas en la actividad de recolocación; y la falta de un control judicial fuerte sobre dichas medidas¹⁴².

Por ello, es necesario detallar en las siguientes líneas las críticas expuestas y encontrar soluciones *de lege ferenda* para que la actividad de recolocación adquiera el protagonismo que requiere ante los cambios tecnológicos, ecológicos y demográficos que están por eclosionar.

En primer lugar, la regulación actual de la recolocación sigue muy vinculada con el despido colectivo y, en concreto, con el despido colectivo de más de 50 personas trabajadoras. En efecto, el art. 51.10 ET establece como obligatorio el plan de recolocación externa en estos supuestos, remitiendo necesariamente a una agencia de colocación privada, si bien es cierto que el art. 8 RPDC abre la posibilidad de que se pueda implantar la actividad de recolocación en otros despidos colectivos de menor entidad como una medida social de acompañamiento negociada u ofrecida unilateralmente por el empleador. Quizá para aumentar la recolocación en los despidos colectivos debiera de establecerse el plan como obligatorio para todas aquellas empresas de más de 50 personas trabajadoras en plantilla¹⁴³, puesto que la regulación actual tan solo se destina a empresas medianas y sobre todo grandes, muchas de ellas integradas en grupos empresariales¹⁴⁴. También podría resultar útil que debieran de implantarse necesariamente los servicios de recolocación externa en despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o productivas en empresas con beneficios, o bien en aquellos supuestos en los que se incluyan a trabajadores maduros¹⁴⁵. Aunque lo que se estima como realmente urgente es que las que hoy están obligadas, empresas generalmente solventes,

¹⁴² C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, pp. 178 y 181. A la misma conclusión llega O. MOLINA HERMOSILLA, *op. cit.*, *passim*.

¹⁴³ El informe de E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÈS I FABRELLAS, M. ZELICH, *op. cit.*, va más allá y propone que se universalicen los planes de recolocación y se extiendan a todo tipo de despido colectivo, con independencia del número de trabajadores afectados.

¹⁴⁴ Según datos de 2019 anteriores a la pandemia, casi el 46% de los trabajadores afectados por despido colectivo provenían de una pyme de menos de 250 trabajadores. Para ser exactos, casi el 27% pertenecían a empresas de menos de 50 trabajadores, lo cual se traduce en que más de una cuarta parte queda excluida del plan de recolocación externa (número que seguramente sea superior puesto que habrá empresas de mayor tamaño que no alcancen el umbral de 50 despidos). Datos extraídos de la página web [Estadística de Regulación de Empleo](#) del Ministerio de Trabajo y Economía Social, sección *Datos anuales, Año 2019*.

¹⁴⁵ Esto último ya se demandaba en A. MUROS POLO, *Medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo: sus deficiencias y potencialidades en el ordenamiento jurídico español*, en *esta Revista*, 2023, n. 1, p. 261.

cumplan efectivamente con la actividad de recolocación, a través de los controles sociales y públicos adecuados.

Además, la nueva Ley de Empleo, a pesar de algunos avances, sigue anudando casi en exclusiva la actividad de recolocación con el despido colectivo. Si bien es cierto que ya reconoce otros supuestos en los cuales se puede llevar a cabo la recolocación, por decisión de los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de parte, para «transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos» (art. 40.3 LE), ello no ha sido desarrollado por la propia Ley, ya que se limita a una remisión al procedimiento de despido colectivo. Se ha perdido una oportunidad para regular la posibilidad de acudir a la actividad de recolocación en otros supuestos de flexibilidad externa e interna, en especial en los ERTE y en el Mecanismo RED. Sin este reconocimiento y desarrollo específico, el armazón legal que se ha previsto para fomentar acciones formativas durante sendos mecanismos suspensivos del contrato de trabajo (o de reducción de jornada) permanece incompleto, ya que falta uno de los elementos esenciales, como es la recolocación de la persona trabajadora afectada por los procesos de reestructuración y de transición profesional. En efecto, no se ha previsto en la norma una excepción al incumplimiento de la cláusula de mantenimiento del empleo por la recolocación del trabajador con un contrato indefinido en una tercera empresa. Dicho desincentivo, por tener que devolver las cuotas exoneradas a la Seguridad Social, más el recargo e intereses de demora correspondientes, a pesar de la recolocación del trabajador, es especialmente gravoso para el Mecanismo RED en su modalidad sectorial, ya que en estos supuestos la crisis que justifica la “activación” del mecanismo es de carácter estructural y permanente. De nada sirve que se habilite una herramienta específica para reconvertir un sector que está en decadencia, incluso que se exija un plan de recualificación para las personas trabajadoras afectadas, si se va a penalizar la recolocación de los trabajadores en otras empresas o (más bien) sectores¹⁴⁶.

En segundo lugar, en cuanto al desarrollo de la actividad de recolocación, como se ha indicado, es necesario acudir a la regulación propia del despido colectivo, la cual cuenta con importantes deficiencias a la hora de garantizar la efectiva implementación del plan de recolocación

¹⁴⁶ No se olvide que la propia Exposición de motivos del RD-Ley 32/2021, en su apartado III, dispone que, «Adicionalmente, el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad».

externa. Ante el escaso interés y la desconfianza de los sujetos negociadores en la actividad de recolocación, debería de establecerse expresamente la obligación de negociar el plan de recolocación externa durante las consultas para que estos intervengan en el diseño, negociación e implementación del plan. Además, debería de modificarse la normativa existente para desarrollar los contenidos mínimos del plan de recolocación externa, huyendo de definiciones genéricas de la actividad de recolocación y de contenidos vagos, e incluyendo objetivos concretos, como el número de sesiones a realizar o el tipo de formación requerida¹⁴⁷, añadiéndose una especial mención a la capacitación en competencias digitales y para la transición ecológica¹⁴⁸. Otras cuestiones como que se someta a acuerdo la elección de la empresa de recolocación, que el empresario tenga que comunicar el importe o coste de los servicios de recolocación al banco social, que se tengan que detallar los contenidos de forma suficiente en el propio plan de recolocación o bien que este se tenga que comunicar de forma individual a los trabajadores afectados, pueden ser elementos que también pueden coadyuvar a la efectiva implementación del plan. En cuanto al control y seguimiento de la recolocación por las partes, se estima oportuno la creación de comisiones *ad hoc* para dicho cometido, así como que se fomente la introducción de criterios para evaluar el nivel de cumplimiento del plan en la negociación colectiva, incluyendo compromisos de recolocación por parte del empresario¹⁴⁹.

Siguiendo las orientaciones del Pacto de Toledo de 2020¹⁵⁰, «resulta clave que una de las prioridades de las políticas activas de empleo sea la recolocación de las personas de más edad y su mantenimiento en activo». Por ello, resulta coherente que la actividad de recolocación deba de focalizarse, y así lo establecen los mandatos legales, sobre las personas trabajadoras de mayor edad¹⁵¹. En este caso, el art. 44 LE ya identifica a este

¹⁴⁷ En el informe de E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÈS I FABRELLAS, M. ZELICH, *op. cit.*, p. 12, se detallan qué cuestiones debería de incluir la legislación para que se precisen en el plan.

¹⁴⁸ C. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 864, indica que por lo general los programas de recolocación no suelen contemplar la transformación digital de la persona trabajadora despedida.

¹⁴⁹ Algunas de estas propuestas en E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÈS I FABRELLAS, M. ZELICH, *op. cit.*, *passim*.

¹⁵⁰ *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, en [BOCG – Congreso de los Diputados, 10 noviembre 2020, n. 175](#), p. 68.

¹⁵¹ Sobre la utilidad de los planes de recolocación para garantizar la reinserción profesional de los trabajadores maduros, E. CASTELLANO BURGUILLO, *Planes de recolocación y personas de edad avanzada*, en J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dir.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, 2017, pp. 277-278.

colectivo como a los trabajadores afectados por despido colectivo después de los cincuenta y dos años, lo cual refuerza la especial protección que ostentan dichos trabajadores en el procedimiento de despido colectivo junto con el convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores con cincuenta y cinco años o más (art. 51.9 ET) y la aportación económica al Tesoro Público para trabajadores de cincuenta años o más (art. 51.11 ET). No obstante, este singular esfuerzo en la recolocación de los trabajadores maduros no se traslada a otras medidas de flexibilidad externa o interna y, además, ni siquiera se suele cumplir en la práctica en los supuestos de despido colectivo¹⁵². Para garantizar la aplicación de esta protección reforzada, el plan debería de notificarse individualmente a todas las personas trabajadoras afectadas, aunque se hayan acogido a la prejubilación¹⁵³; al igual que debería de incluir medidas específicas destinadas a los trabajadores maduros y, asimismo, una mayor duración de los servicios de recolocación, habida cuenta de que se trata de un colectivo de difícil reinserción laboral¹⁵⁴.

En tercer lugar, en cuanto al control público que se debe de ejercer para depurar y profesionalizar el mercado de la recolocación externa, es necesario que se incrementen los requisitos para operar como agencias de recolocación, habida cuenta de su baja exigencia¹⁵⁵, sobre todo en materia de personal cualificado; así como se requiere que se fiscalicen las prácticas de competencia desleal llevadas a cabo por Empresas de Trabajo Temporal. También podría resultar útil fomentar las agencias de colocación a través de entidades de economía social, por su potencial dinamizador de crear empleo estable y de calidad, atendiendo a sus principios, objetivos y racionalidad productiva¹⁵⁶. Asimismo, los servicios públicos de empleo deberían de disponer de estadísticas oficiales en cuanto a la efectividad de

¹⁵² Según E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÈS I FABRELLAS, M. ZELICH, *op. cit.*, p. 4, «más del 75% de los planes analizados no incluyen medidas de intermediación, orientación o formación profesional dirigida a los trabajadores de mayor edad».

¹⁵³ Este es uno de los elementos objeto de comprobación por la autoridad laboral catalana en la *Instrucció 2/2023*, que incide en la comunicación individual a los jubilados del plan de recolocación externa. Dicha comunicación se hará constar en el acta final del periodo de consultas o en un certificado aportado por la comisión negociadora.

¹⁵⁴ Ello se defiende en E. GUERRERO VIZUETE, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹⁵⁵ C. SERRANO FALCÓN, *Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España*, en AA.VV., *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura*, cit., p. 435, señala que un modelo en el que intervengan las agencias de empleo privadas no tiene por qué ser negativo, siempre que existan adecuados mecanismos de coordinación entre todos los agentes que participan en la intermediación laboral, a la vez que exista un control de los mismos. No obstante, este control se ha debilitado con la eliminación de la autorización previa para las agencias de colocación.

¹⁵⁶ F. DE VICENTE PACHÉS, M.J. MATEU CARRUANA, *op. cit., passim*.

la actividad de recolocación, para lo cual se estima oportuno que, a la espera del desarrollo reglamentario de la nueva LE, se obligue a las agencias de recolocación a remitir al servicio público información detallada y periódica sobre las actuaciones realizadas, el nivel de recolocación efectiva, el tiempo requerido para ello y el número de personas trabajadoras que no han encontrado un nuevo empleo, para que dichos trabajadores sean atendidos por los servicios públicos de empleo¹⁵⁷. En cualquier caso, un mayor control por parte de la autoridad laboral es el que propugna la [Instrucció 2/2023](#), de 23 de mayo, de la Secretaria de Treball de la Generalitat de Catalunya, a la hora de comprobar que la agencia de recolocación tenga la capacidad necesaria para desempeñar los servicios requeridos a través de la remisión de una ficha informativa tras la finalización del proceso de recolocación, en la que se incluyan datos como: el nombre de las personas adscritas al plan, de las que han recibido formación, de las que han sido recolocadas y una descripción de las medidas llevadas a cabo.

En cuanto a la intervención del servicio público de empleo en la actividad de recolocación, más allá del control y del apoyo a los planes obligatorios como servicio garantizado a las empresas¹⁵⁸, cabe preguntarse por dicha posibilidad de intervención, ya sea de forma directa o a través de entidades colaboradoras. Tradicionalmente se trata de mecanismos que han sido poco utilizados en el Estado español, pero que parecen abrirse camino con la nueva Ley de Empleo y las orientaciones estratégicas nacionales de política de empleo. En efecto, el art. 44 LE parece permitir esta posibilidad de intervención en aquellos supuestos de recolocación no previstos con carácter obligatorio, ya sea en despidos colectivos por debajo de los 50 despidos, ERTE, Mecanismo RED, etc., aunque de una forma ciertamente ambigua, sin expresar claramente ante qué supuestos y en qué situaciones. Autorizada doctrina ha venido destacando el papel que deben de cumplir los servicios públicos de empleo en la gestión de las transiciones laborales, desde una perspectiva preventiva y activa, que no intervenga solo cuando la persona ya ha perdido su trabajo y se encuentra en desempleo¹⁵⁹. Se citan algunas experiencias internacionales de éxito en procesos de reestructuración en los que los servicios públicos de empleo han establecido con las empresas una cooperación a largo plazo a través de servicios de

¹⁵⁷ C. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 863.

¹⁵⁸ Deberían de desarrollarse programas de difusión de buenas prácticas en materia de recolocación, liderados por los servicios públicos de empleo (E. SÁNCHEZ TORRES, J. BEL ANTAKI, A. GINÈS I FABRELLAS, M. ZELICH, *op. cit.*, p. 11).

¹⁵⁹ Aunque también podría resultar útil que se introduzca al plan de recolocación externa como parte del acuerdo de actividad que debe de suscribir y cumplir la persona que percibe prestaciones y subsidios por desempleo (*idem*).

información, consejo y orientación a los trabajadores frente a los despidos colectivos¹⁶⁰. En cualquier caso, en la actualidad se disponen de mecanismos de financiación pública de actividades de recolocación, como es el FEAG, regulado por el Reglamento comunitario 2021/691 de 28 de abril, el cual está destinado a apoyar las transformaciones socioeconómicas causadas por la globalización y los cambios tecnológicos y medioambientales, así como a mitigar sus efectos sobre las personas trabajadoras.

Todo ello, junto con una implicación más activa en la negociación del plan de recolocación externa por parte de la autoridad laboral y un control más exhaustivo realizado por parte de la ITSS en su informe, e incluso por los Tribunales ante casos de incumplimiento o de cumplimiento meramente formal – para lo cual deberán de preverse procedimientos y causas de nulidad específicos¹⁶¹ –, puede conducir a que la actividad de recolocación ocupe un espacio relevante en las políticas activas de empleo, que sitúe a la persona trabajadora en el centro y consiga su recualificación y transición profesional ante los nuevos retos digitales, de transición verde y demográficos.

La actividad de recolocación debe de contar con el apoyo y la colaboración de los servicios públicos de empleo pero, sobre todo, debe de contar con una implicación proactiva y preventiva de los sujetos negociadores, actuando la negociación colectiva como un elemento dinamizador para gestionar dichas transiciones (así parece apuntar el V AENC)¹⁶², en la idea de convertir al plan de recolocación externa en una medida efectiva de reestructuración socialmente responsable, que deje atrás el cumplimiento meramente formal, apegado a la búsqueda del menor coste para el empresario, y se adentre en la calidad del servicio ofertado sobre la base de garantizar una transición profesional justa e inclusiva.

¹⁶⁰ C. SÁEZ LARA, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., pp. 188-189, con cita de T. ANDERSEN ET AL., *The role of the Public Employment Services related to 'Flexicurity' in the European Labour Markets*, European Commission, 2009.

¹⁶¹ Para E. GUERRERO VIZUETE, *op. cit.*, pp. 97-98, la norma procesal debería de haber previsto un mecanismo específico para reclamar el cumplimiento del plan de recolocación externa dotado de rapidez y agilidad, similar al previsto en el art. 124 LRJS.

¹⁶² Véase las aportaciones que realiza el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva en materia de formación y cualificación profesional (cap. V), instrumentos de flexibilidad interna (cap. IX) y transición tecnológica, digital y ecológica (cap. XVI).

4. Bibliografía

- ABRIL LARRÁINZAR M.P. (2016), *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Aranzadi
- 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
- ALFONSO MELLADO C.L. (2023), [La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?](#), en [www.aedtss.com](#), 8 marzo
- ALMENDROS GONZÁLEZ M.Á. (2016), *El papel de otras agencias y entidades en la colocación*, en AA.VV., [La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura](#), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
- ÁLVAREZ CUESTA H. (2023), [La formación en los nuevos yacimientos de empleo \(empleos digitales, verdes\) con especial atención a la perspectiva de género](#), en [Lan Harremanak](#), n. 49, pp. 37-66
- ANDERSEN T., EGGERT HANSEN M., MOLTESEN J., FEILER L., GÖTZ R., WILTHAGEN T., BORGHOUTS I., NUNN A. (2009), [The role of the Public Employment Services related to 'Flexicurity' in the European Labour Markets](#), European Commission
- BALLESTER LAGUNA F. (2013), *La impugnación del despido colectivo*, Tirant lo Blanch
- BAZ RODRÍGUEZ J. (2023), *El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social (de la "cotización de los robots" a la búsqueda de mecanismos innovadores de financiación en la era de la inteligencia artificial)*, en AA.VV., *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva*, Laborum
- BINI S. (2022), *Formación y mecanismo RED: transiciones justas en el prisma del nuevo modelo "Industry 5.0"*, en AA.VV., [Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social](#), Ministerio de Trabajo y Economía Social
- CABEZA PEREIRO J. (2023), [La nueva dimensión de la intermediación laboral](#), en [Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social](#), n. 6, pp. 46-62
- CASTELLANO BURGUILLO E. (2017), *Planes de recolocación y personas de edad avanzada*, en J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dir.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2014), [La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad](#), Informe CES, n. 2

- CRUZ VILLALÓN J. (2012), [Hacia una nueva concepción de la legislación laboral](#), en [Temas Laborales](#), n. 115, pp. 13-53
- CHACARTEGUI JÁVEGA C. (2023), *El concepto de «Transición Justa» para la OIT. Análisis del VI Informe «Lograr una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos», presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo 111ª reunión (2023)*, en [Trabajo y Derecho](#), n. 103, pp. 1-13
- DE CASTRO MARÍN E. (2018), *Despido Colectivo «de Hecho». Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del Art. 51.1 ET*, Aranzadi
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C. (2021), *Revisión de los planes de recolocación externa de un despido colectivo en el marco del proceso de digitalización de la economía*, en AA.VV., [Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social](#), Ministerio de Trabajo y Economía Social
- DE LA CASA QUESADA S. (2007), [Las Empresas de Recolocación \(Outplacement\) y Nuevos Derechos del Trabajador a la Prevención del Desempleo](#), en [Trabajo](#), n. 20, pp. 137-168
- DE LA PUEBLA PINILLA A. (2022), [El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo](#), en [Labos](#), n. extra., pp. 83-96
- 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](#), Ministerio de Trabajo y Economía Social
- DE VICENTE PACHÉS F., MATEU CARRUANA M.J. (2012), *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social*, Comares
- DESDENTADO BONETE A. (2016), *La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho*, en M. GODINO REYES (dir.), [Tratado de despido colectivo](#), Tirant lo Blanch
- ERCILLA GARCÍA J. (2020), *La robotización como “causa técnica” de despido objetivo*, Aranzadi
- FALGUERA BARÓ M.À. (2015), *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Bomarzo
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. (2021), [Automatización y empleo: la “Paradoja de Polanyi” revisitada](#), en [Revista Crítica de Relaciones de Trabajo](#), n. 1, pp. 63-93
- FERNÁNDEZ PRIETO M. (2023), [Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la Ley 3/2023](#), en [Revista Justicia y Trabajo](#), n. extra., pp. 25-53
- GARCÍA DÍAZ M.Á. (2022), [Algunos comentarios sobre el proyecto de ley de empleo](#), Apuntes FEDEA, n. 30

- 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
- GÓMEZ SALADO M.Á. (2021), *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi
- 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
- GORDO GONZÁLEZ L. (2022), [¿Existirán trabajadores por cuenta ajena en el futuro? La necesidad de desarrollar un Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI \(...y para el XXII\)](#), en [www.elforodelabos.es](#), 20 diciembre
- GUERRERO VIZUETE E. (2013), *El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: “un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo”*, en J. CABEZA PEREIRO, F. FERNÁNDEZ PROL (coords.), *Políticas de empleo*, Aranzadi
- LANBIDE (2022), [1,2 millones de financiación europea para reforzar el programa Aukeraberrri](#), en [www.lanbide.euskadi.eus](#), 11 abril
- LANBIDE (2021), [Plan de transición y mejora](#)
- LÓPEZ BALAGUER M. (2023), *La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo*, en AA.VV., [Empleo y protección social. XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social](#), Ministerio de Trabajo y Economía Social
- LÓPEZ BALAGUER M. (2018), *Las agencias de colocación*, en R. ROQUETA BUJ (dir.), *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Tirant lo Blanch
- LÓPEZ INSUA B.M. (2019), *El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA M.Á. (2022), *Despido colectivo y “despidos indirectos”. Perspectivas española, italiana y francesa a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, en *Trabajo y Derecho*, n. 85, pp. 1-29
- MERCADER UGUINA J.R. (2017), *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch
- MOLINA HERMOSILLA O. (2014), *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación. Balance y análisis de experiencias surgidas en el ámbito de los planes de recolocación externa*, Aranzadi
- 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 pospandemia](#), en *Temas Laborales*, n. 160, pp. 151-188

- 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. (1992), *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas
- MONEREO PÉREZ J.L., MORENO VIDA M.N. (2021), *Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social*, en *Temas Laborales*, n. 160, pp. 91-131
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2023), *La reforma del derecho del empleo: notas sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 7, pp. 11-37
- MUROS POLO A. (2023), *Medidas sociales de acompañamiento alternativas o complementarias al despido colectivo: sus deficiencias y potencialidades en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, pp. 221-267
- MUROS POLO A. (2022), *El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre*, en G.L. BARRIOS BAUDOR, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Laborum
- 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*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA (2021), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*
- PÉREZ CAPITÁN L. (2020), *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada*, Aranzadi
- PÉREZ DEL PRADO D. (2023), *¿Cómo de prioritarios son los colectivos de la nueva Ley de Empleo?*, en www.elforodelabos.es, 14 marzo
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2023), *Los agentes intermediadores a la luz de la Ley 3/2023, de Empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 66, pp. 64-125
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2012), *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, La Ley
- 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), [Informe sobre planes de recolocación. Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad? Resumen Ejecutivo](#), ESADE (IEL)-LHH
- SCHWAB K. (2016), *La cuarta revolución industrial*, Debate
- SERRANO FALCÓN C. (2016), *Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España*, en AA.VV., [La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura](#), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
- SERRANO GARCÍA J.M. (2009), [El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables](#), en *Temas Laborales*, n. 99, pp. 205-236
- SISPE (2020), [Agencias de Colocación. Obligaciones y Requisitos de Actuación](#)
- SOBRINO GONZÁLEZ G.M. (2011), [Régimen jurídico de las agencias de colocación](#), en *Temas Laborales*, n. 110, pp. 43-72
- 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*, 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
- UGT (2023), [La Ley de Empleo abandona a su suerte a las personas desempleadas](#), en [www.ugt.es](#), 1º marzo
- VALDÉS DAL-RÉ F. (2010), *La reforma de la intermediación laboral*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2, pp. 221-249
- VIDA FERNÁNDEZ R. (2023), *Nuevos riesgos, nuevos instrumentos de protección social: de las rentas condicionadas a la renta básica universal*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Comares

Normativa Europea

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia](#), 1º julio 2020, COM(2020)274 final

[Recomendación \(UE\) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales](#)

Páginas web

AukerabeRRi: <https://www.lanbide.euskadi.eus/destino/-/aukeraberri/>

Estadística de Regulación de Empleo: https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/REG/welcome.htm

¿Contrato de trabajo o relación de trabajo? Ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el derecho del trabajo*

Oriol CREMADES CHUECA**

RESUMEN: El significado que se otorga al trabajo subordinado y la empresa ha ido evolucionando históricamente por motivos sociopolíticos, económicos y filosóficos. Teniendo en cuenta esta premisa, este estudio se centra en analizar las llamadas tesis “acontractualistas” y “relativistas” autoritarias iuslaborales frente al “contractualismo” iuslaboral. En concreto, se examinan los orígenes remotos de estas tesis, sus fundamentos dogmático-histórico y sus relevantes consecuencias político-éticas y prácticas y, especialmente, su vinculación con el Derecho del Trabajo en el nazismo y los fascismos. El objetivo final es determinar si las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias están superadas, hasta qué punto existen ecos y permanencias de ellas en el actual Derecho del Trabajo – en normas e instituciones jurídico-laborales, en la gestión de las personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada, y en el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común – y cómo debería de ser tratada esta cuestión en vistas al futuro.

Palabras clave: Filosofía del derecho del trabajo; contrato de trabajo; relación de trabajo; autoritarismo; nazismo; fascismo; normas; instituciones; gestión de personas trabajadoras; lenguaje.

* El título de este artículo se toma prestado parcialmente de las siguientes dos obras: un brevísimo artículo de L. LEGAZ LACAMBRA, *¿Contrato de trabajo o relación de trabajo?*, en *Revista Internacional de Sociología*, 1944, n. 6, pp. 213-215, y el § 4, *Contrat de travail ou relation de travail*, de un capítulo de libro escrito por G.H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. (rapport de synthèse)*, en G. BOLDT ET AL., *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Communautés Européennes, 1965. En todo caso, ello no supone ninguna adhesión ni defensa de dichas obras ni de las ideas jurídico-políticas que se pudieron defender y, muy especialmente, del fascismo de Legaz Lacambra.

Este trabajo se realiza como miembro del Grupo de Investigación de la Universitat Rovira i Virgili “Territori, Ciutadania i Sostenibilitat”, reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162) y forma parte de los resultados de la estancia de investigación realizada entre los meses de septiembre y diciembre del año 2023 en la Sapienza Università di Roma (supervisor: Prof. Stefano Bellomo).

** Profesor Lector Serra Húnter de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Rovira i Virgili (España).

SUMARIO: 1. Trabajo subordinado, concepción política de la empresa y vínculo entre el empleador y el trabajador. 2. Las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo: orígenes remotos, creación, expansión, positivización jurídica, rechazo y decadencia. 2.1. Los orígenes remotos en la doctrina germana de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo: von Gierke, Rathenau y Sinzheimer. 2.2. La creación, expansión y positivización jurídica de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo nazi y fascista: la relación de trabajo y las ideas de “incorporación”, “fidelidad” y “comunidad”. 2.3. Rechazo y decadencia de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo. 3. Ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el actual Derecho del Trabajo de fundamento contractualista. 3.1. En normas e instituciones jurídico-laborales. 3.2. En la gestión de personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada y polarizada. 3.3. En el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común. 4. A modo de conclusión: no incentivación, explicitación, no olvido y eventual delicada y compleja depuración de los ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas en el actual Derecho del Trabajo. 5. Bibliografía.

Employment Contract or Employment Relationship? Echoes and Permanences of Non-contractual and Relativist Authoritarian Theses in Labour Law

ABSTRACT: The meaning given to subordinate employment and firm has historically evolved for sociopolitical, economic and philosophical reasons. Considering this premise, this study focuses on the analysis of the so-called ‘non-contractual’ and ‘relativist’ authoritarian labour law theses in contrast to labour law ‘contractualism’. Specifically, it analyses the remote origins of these theses, their dogmatic-historical foundations and their relevant political-ethical and practical consequences and, especially, their eventual link with labour law in Nazism and Fascism. The final aim is to determine if the non-contractual and relativist authoritarian theses have been overcome, to what extent there are echoes and permanence of them in the current labour law – in legal-labour regulations and institutions, in the management of employees in the framework of a digitalized and polarized economy and society, and in legal-labour, of management of ‘human resources’ and common language – and how this issue should be dealt with in the future.

Key Words: Philosophy of labour law; employment contract; employment relationship; authoritarianism; Nazism; Fascism; regulations; institutions; employee management; language.

Arbeit macht frei
(El trabajo te hace libre)

1. Trabajo subordinado, concepción política de la empresa y vínculo entre el empleador y el trabajador

La idea de trabajo subordinado o dependiente en el mundo jurídico nace de una realidad previa – una relación social de producción¹ – e, inevitablemente, no deja de ser reflejo o instrumento jurídico condicionado, en última instancia, por los objetivos protectores intrínsecos del Derecho del Trabajo, fruto de luchas, divisiones, imposiciones y acuerdos entre gran diversidad de pensamientos filosófico-ideológicos².

La singularidad de dicha relación social de producción es que el Derecho del Trabajo no solo la ha querido canalizar y convertir en una relación jurídica (relación jurídico-laboral), sino que la ha querido contractualizar y ha intentado conferirle contornos diferenciados a otro tipo de relaciones sociales de producción y, en particular, referentes a la prestación de trabajo humano³.

No obstante, la prestación contractualizada de trabajo humano subordinado o dependiente – es decir, el contrato de trabajo subordinado o dependiente que implica una bilateralidad entre la parte contractual empleadora y la trabajadora – no puede abstraerse del ámbito en el que se desarrolla la misma (la empresa) y, especialmente, de la concepción política de la empresa. O, dicho de otro modo, el vínculo que se establece entre el empleador y el trabajador no vive en un caparazón inmune a la concepción política de la empresa, la cual se encuentra fuertemente marcada por los valores e ideas político-filosóficos imperantes en cada momento histórico⁴.

¹ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *Sobre la esencia del derecho del Trabajo*, Escuela Social de Murcia, 1972, p. 5.

² Por todos, vid. L.E. DE LA VILLA GIL, *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, 2003, y M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo en España (1873-1923)*, Tecnos, 2011.

³ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *op. cit.*, p. 5.

⁴ Como señaló Marzal Fuentes «la empresa como idea nace ante todo en las ideologías, entendidas éstas como sistema de representación coherente y global del mundo y de la sociedad», pero esto «no quiere decir que la empresa nazca en abstracto (solo una interpretación incorrecta de la ideología podría apoyar esta interpretación). Todo lo contrario. Surge como respuesta-solución a un conjunto de valores determinados de un

Así, la concepción política de la empresa, que obedece a unos valores de una sociedad, como si de raíces invisibles se tratara, aflora cuando se argumenta o decide cuál es el vínculo entre empleador y trabajador.

Lo cierto es que reflexionar – o (re)pensar – actualmente sobre el vínculo entre empleador y trabajador podría ser visto como un ejercicio meramente teórico-académico a la luz de la (¿incuestionable?) existencia del contrato de trabajo en el Derecho del Trabajo en los actuales ordenamientos jurídicos. En este sentido, el contractualismo iuslaboral estaría tan extremadamente asentado que preguntarse sobre el vínculo entre empleador y trabajador podría potencialmente resultar un ejercicio de dudosa utilidad⁵.

Sin embargo, ésta no es nuestra posición porque, a nuestro parecer, existe una “polémica jurídica” soterrada u olvidada – voluntaria o inconscientemente – sobre si en realidad la prestación de trabajo subordinado humano implica un “contrato de trabajo” o una “relación de trabajo” y, como argumentaremos, tal distinción tiene múltiples e importantes consecuencias más allá del mundo estrictamente jurídico.

A estos efectos, este estudio se centra en el análisis de las tesis “acontractualistas” y “relativistas” iuslaborales frente al “contractualismo” iuslaboral y, en particular, el objetivo final es determinar si dichas tesis están superadas y hasta qué punto existen ecos y permanencias de ellas en el actual Derecho del Trabajo y cómo eventualmente actuar – o qué posición puede o debería de adoptarse – antes éstas.

Avanzamos ya ahora que las llamadas tesis acontractualistas y relativistas – en su visión más autoritaria – ensalzan la empresa como ámbito organizador y de dirección en el que se inserta el trabajo humano como un factor más de producción y relativizan, minusvaloran o, incluso, desprecian el contrato de trabajo en pro de ideas como “relación de trabajo”, “comunidad” y “cooperación armoniosa” en el que el empleador se impone como líder y el trabajador deviene un colaborador que le debe

modelo de sociedad, a favor de una serie de circunstancias históricas concretas, que hacen más necesaria la encarnación de ese valor, o más viable históricamente su puesta en marcha» (A. MARZAL FUENTES, *Empresa y democracia económica*, Guadiana, 1976, p. 25).

⁵ Debate distinto – y ajeno al objeto y objetivo de este estudio – es, a nuestro parecer, qué es o cuándo existe un contrato de trabajo y, sobre todo, si el trabajo subordinado debe ser el campo de protección prioritario del Derecho del Trabajo o debe ampliarse a todo trabajo personal. Sobre este debate, por todos y sin ánimo de exhaustividad, *vid.* N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *The future concept of work*, in K. ARABADJIEVA, N. COUNTOURIS, B. LUNA FABRIS, W. ZWYSEN (eds.), *Transformative ideas – ensuring a just share of progress for all*, ETUI, 2023, *passim*, y M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, *passim*.

fidelidad⁶. Es por ello por lo que en este estudio damos a estas teorías los calificativos de acontractualistas y relativistas autoritarias.

Para alcanzar el ya anunciado objetivo de este estudio, en primer lugar, se analizará el significado de las tesis acontractualistas y relativistas (autoritarias) en el Derecho del Trabajo (§ 2) mediante sus orígenes remotos en la doctrina germana de finales del siglo XIX y principios del XX (§ 2.1) – centrándonos en la obra de von Gierke, Rathenau y Sinzheimer –, su creación, expansión y positivización jurídica en el Derecho del Trabajo nazi y fascista (§ 2.2) y su rechazo y decadencia (§ 2.3). Posteriormente se analizará indagatoriamente cuáles son los “ecos y permanencias” de estas tesis (§ 3), tanto en normas e instituciones jurídico-laborales (§ 3.1), en la gestión de personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada y polarizada (§ 3.2) y en el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y el común (§ 3.3). Finalmente, y con vistas al futuro, todo ello nos llevará a reflexionar sobre cómo pueden o deberían de ser tratados los eventuales ecos y permanencias de estas tesis (§ 4).

Por tanto, y como valor añadido, este estudio quiere ser una contribución para (re)pensar, (re)debatir y reivindicar una cuestión que consideramos de especial relevancia para el Derecho del Trabajo y quizás, a veces, olvidada: ¿estamos ante una relación de trabajo o un contrato de trabajo? ¿qué implicaciones prácticas conlleva estar ante uno u otro escenario? Y ello lo realizamos metodológicamente analizando y aunando aspectos de la historia y filosofía del Derecho el Trabajo con el vigente y actual Derecho del Trabajo positivo y prácticas de gestión de personas y con vistas al futuro.

2. Las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo: orígenes remotos, creación, expansión, positivización jurídica, rechazo y decadencia

Desde nuestro punto de vista, para comprender globalmente el significado y relevancia filosófico-histórica de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias resulta necesario un análisis secuencial: primero, explorar sus orígenes remotos en la doctrina germana de finales del siglo XIX y principios del XX mediante el estudio de la obra de von Gierke, Rathenau y Sinzheimir (§ 2.1); posteriormente, ver su creación, expansión y positivización jurídica en el Derecho del Trabajo nazi y fascista y, en especial, atender a las ideas de “relación de trabajo”, “incorporación”,

⁶ *Vid. infra*, § 2 y, en particular, §§ 2.2 y 2.3.

“fidelidad” y “comunidad” (§ 2.2); y, finalmente, estudiar su rechazo y decadencia (§ 2.3).

2.1. Los orígenes remotos en la doctrina germana de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo: von Gierke, Rathenau y Sinzheimer

Tal y como avanzábamos, la base central de las que nosotros llamamos en este estudio tesis acontractualistas y relativistas autoritarias son dos elementos: por un lado, el ensalzamiento de la empresa como ámbito organizador y de dirección en el que se inserta el trabajo humano como un factor más de producción; y, por otro, la relativización y minusvaloración del contrato de trabajo en pro de ideas como “relación de trabajo” y “comunidad” en el que liderazgo del empleador se impone y el trabajador deviene un colaborador que le debe fidelidad⁷.

El paradigma que generan estas tesis puede llegar a tener una extremada carga política y sus orígenes remotos se sitúan en el intento de identificar una tercera vía a la confrontación entre el liberalismo y el socialismo/comunismo en el siglo XIX y principios del XX. Posteriormente, mediante una fuerte radicalización e, incluso, tergiversación por parte de la ideología fascista/nacionalsocialista de la empresa, ésta se apropió, en cierta medida, de esta tercera vía⁸. Una tergiversación a partir de ciertos postulados de la obra de múltiples autores del siglo XIX y principios del XX, entre los que deben destacarse tres grandes eruditos alemanes⁹: Otto von Gierke (1841-1921), Walther

⁷ *Vid. infra*, el final del § 1 y el § 2.2.

⁸ *Vid. A. BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, 1991, p. 25. A efectos de este estudio, entendemos el fascismo según la definición del eminente historiador y politólogo estadounidense Paxton: «una forma de conducta política caracterizada por una preocupación obsesiva por la decadencia de la comunidad, su humillación y victimización y por cultos compensatorios de unidad, energía y pureza, en que un partido con una base de masas de militantes nacionalistas comprometidos, trabajando en colaboración incómoda pero eficaz con las élites tradicionales, abandona las libertades democráticas y persigue con violencia redentora y sin limitaciones éticas o legales objetivos de limpieza interna y expansión exterior» (R.O. PAXTON, *Anatomía del fascismo*, Península, 2005, p. 255 (orig.: *The Anatomy of Fascism*, Alfred A. Knopf, 2004).

⁹ En sentido similar, Monereo Pérez al exponer que «la ideología comunitaria del contrato de trabajo, que encontraba sus raíces antes en la tradición alemana (especialmente desde la concepción historicista de Otto von Gierke), había sido reapropiada – sacada fuera de su contexto liberador y protector – por el régimen totalitario nazi» (J.L. MONEREO PÉREZ, *Estudio preliminar: «La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas»*, en O. VON GIERKE, *La función social de Derecho Privado y otros estudios*,

Rathenau (1867-1922) y Hugo Sinzheimer (1875-1945).

Veamos con mayor detalle, aunque sea brevemente, el pensamiento de estos tres autores, en la medida que resulta útil para entender las llamadas tesis relacionistas y acontractualistas autoritarias y su derivada en el nazismo y los fascismos.

En cuanto al primero, el pensamiento jurídico del Prof. von Gierke (1841-1921) se caracterizó por el antipositivismo, el antiindividualismo y el historicismo ético-social¹⁰ e influyó en dos grandes ejes a aquello que después serían las tesis acontractualistas y relacionistas de corte fascista/nazista.

Por un lado, como primer eje, para von Gierke el contrato de servicios del derecho alemán – precursor del contrato de trabajo – no debía de ser considerado un mero contrato de obligaciones (*Schuldvertrag*) de contenido patrimonial de origen romano, sino que concierne al derecho de las personas (*Personenrecht*), el cual que encuentra sus antecesores en el “contrato de servicio fiel” (*Treudienstvertrag*) y el contrato de servicios domésticos (*Gesindevertrag*) germánicos, donde existen deberes de fidelidad que sobrepasan el individualismo contractual¹¹.

Esta crítica reivindicaba el derecho germánico – en oposición a la tradición jurídica romanista – y tenía un carácter jurídico e historicista, si bien con ciertos toques contrarios a un liberalismo exacerbado. Se construía así una idea muy potente, penetrante e, incluso, pudiendo ser atractiva para ciertos sectores de la sociedad hoy en día: el contrato de trabajo es mucho más que realizar un trabajo (carácter patrimonial), sino que aborda y constituye un ámbito de la esfera personal de la persona trabajadora (carácter personal).

Por otro lado, y como segundo eje, von Gierke concebía el derecho como un producto histórico que debía tener una función social («nuestro Derecho privado será social o no será»)¹². Para von Gierke dicha función social era innegable porque no era posible reconocer al individuo sin que él estuviese insertado en una comunidad, idea contrapuesta al individualismo y mecanicismo que para él había venido imperando en el derecho y en el Estado, siendo ejemplo de ello el reconocimiento de la personalidad jurídica

Comares, 2015, pp. LII-LIII). En la misma línea, *vid.* A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰ *Vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, pp. XI-XV.

¹¹ O. VON GIERKE, *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, 1982, *passim* (orig.: *Die wurzeln des diensvertrages*, en AA.VV., *Festschrift für Heinrich Brunner*, Duncker & Humblot, 1914, pp. 37-68).

¹² O. VON GIERKE, *La función social del Derecho Privado*, en O. VON GIERKE, *La función social de Derecho Privado y otros estudios*, cit., p. 37 (orig.: *Privatrechts*, discurso leído ante la Asociación de Juriconsultos de Viena, 5 abril 1899).

como un mero acto formal de concesión estatal¹³. Desde su perspectiva, el derecho debía abarcar y ordenar todas aquellas realidades colectivas (las personas colectivas) que se organizaban jurídicamente, aunque no tuviesen personalidad jurídica, porque eran «expresión de la unidad de vida moral y material de los organismos sociales»¹⁴. Es decir, una concepción orgánica basada en la voluntad preexistente de seres individuales y también de colectivos que el Estado simplemente debe reconocer declarativamente¹⁵.

De este modo, von Gierke encontró la necesidad de combatir la tendencia del Derecho Público de ser un Derecho únicamente centrado en el individuo (vinculado al liberalismo político), pero también que el Derecho Privado acogiese un carácter de Derecho Público (vinculado al socialismo) porque «equivaldría a la esclavitud y la barbarie»¹⁶. Por ello propuso una vía distinta – que hoy podríamos concebir como una tercera vía de “Derecho Social” – que superase estos dos marcos jurídico-políticos que se contraponían entonces (individualismo liberal *vs* socialismo):

Debemos con todas nuestras fuerzas buscar y realizar la unidad por encima de la oposición. Nosotros no podemos romper con el gran pensamiento germánico de la unidad de todo Derecho, sin abandonar nuestro porvenir. Con esta idea, será siempre incompatible un Derecho público absolutista; y siempre será un Derecho privado individualista. Necesitamos un Derecho público que sea todo el Derecho; que establezca una relación de reciprocidad entre el todo mismo y sus partes, entre la comunidad más elevada y toda otra asociación más reducida, entre la comunidad y el individuo; que el Estado entero esté saturado de él y lo limite, y que también aquí disfrute de la protección de una sentencia, donde falte la coacción; que aunque coloquen en primer término los deberes para con el todo, conceda y garantice a la vez, sin embargo, a los miembros, derechos contra el todo; que conceda al más insignificante participación en el Estado; que parta de la necesidad y de la estabilidad de la vida común, y sin embargo encierre en si libertad. Pero nosotros necesitamos también un Derecho privado en el cual viva, y palpite la idea de comunidad, a pesar de todo el respeto escrupuloso a la inviolable esfera del individuo. En una palabra: nuestro Derecho público debe estar alentado por un soplo del ideal de libertad jurídico

¹³ O. VON GIERKE, *La naturaleza de las asociaciones humanas*, en O. VON GIERKE, *La función social de Derecho Privado y otros estudios*, cit., pp. 42-43 (orig.: *Das Wesen der menschlichen Verbände*, discurso pronunciado en el acto de la toma de posesión del Rectorado de la Universidad de Berlín, 15 octubre 1902).

¹⁴ *Ibidem*, p. 55.

¹⁵ *Vid.* F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, 1993, p. 48.

¹⁶ O. VON GIERKE, *La función social del Derecho Privado*, cit., p. 13.

natural; y nuestro Derecho privado tiene que estar impregnado de una gota de socialismo¹⁷.

Sin embargo, a pesar de que von Gierke quería poner relevancia tanto en la libertad como en la comunidad, a veces podía llegar a enfatizar extremadamente lo colectivo (la comunidad) cuando afirmaba que «un derecho privado común que quiera llenar su misión [...] debe estar impregnado de arriba abajo del espíritu de la comunidad»¹⁸; llegando, seguramente, a su máximo esplendor en el final de su discurso en el acto de toma de posesión del Rectorado de la Universidad Friedrich-Wilhelms (actual universidad Humboldt de Berlín) el 15 de octubre de 1902:

Procuren obedecer siempre y con todas sus fuerzas el precepto de amor al prójimo; pero cumplan ustedes también, ahora y siempre, con el puro espíritu de comunidad. Reanimen y cultiven ustedes en sí, la conciencia de que, en su vida se refleja juntamente una parte de una organización de orden superior a cuya fuerte marea ascendente, sobre la breve existencia individual, es deudora de la humanidad de su historia y su importancia. Reconozcan ustedes lo que deben a la comunidad como parte de ella, y den ustedes con gusto a la comunidad lo que a la comunidad se debe¹⁹.

No resulta extraño – incluso lógico desde un profundo grado de perversión y tergiversación – que el fascismo/nazismo pudiera extraer otra segunda potente y penetrante idea de los trabajos de von Gierke: la comunidad trasciende al individuo y ella se superpone en todas sus facetas al resto de realidades individuales.

En cuanto a la segunda crítica que ayudó a fundamentar la ideología política de la empresa del fascismo/nazismo, Walther Rathenau (1867-1922) fue empresario (su padre fundó AEG y él la comandó durante un tiempo), político (fundador del Partido Demócrata Alemán, ministro de reconstrucción en 1921 y, un año después, ministro de Asuntos Exteriores en la República de Weimar) y pensador judío-alemán que fue asesinado el año 1922 por ultranacionalistas de extrema derecha²⁰.

Rathenau criticó los excesos del liberalismo, sobre todo, en su vertiente económica, en dos grandes ejes: 1) haber ido abandonado la idea de que la

¹⁷ *Ibidem*, pp. 13-14.

¹⁸ *Ibidem*, p. 16.

¹⁹ O. VON GIERKE, *La naturaleza de las asociaciones humanas*, cit., p. 61.

²⁰ Sobre la vida y pensamiento de Rathenau, *vid.*, por todos, C.H. KESSLER, *Walther Rathenau. His Life and Work*, Harcourt, Brace and Company, 1930, y G. RAPHAËL, *Walther Rathenau: ses idées et ses projets d'organisation économique*, Payot, 1919.

economía es una materia socio-moral colectiva y no solo de gestión; 2) los peligros socioeconómicos del exceso de acumulación de capital en pocas manos – en especial, cuando se generan monopolios y cuando es fruto de herencias –, que tiende a llevar a la ineficiencia económica, a males sociales y desigualdades extremas. Estas críticas le llevaron a reclamar más intervención estatal²¹.

Sin embargo, Rathenau consideraba que una extrema intervención estatal también era perjudicial para la sociedad, la democracia, la libertad y la economía a pesar de ser un perjuicio que resultaba más fácil de reconocer que aquél producido por el liberalismo²². De este modo, también se mostró contrario al socialismo/marxismo porque, además, «la revolución del rencor es la sustitución de una clase dominante por otra: no por la comunidad»²³.

Así, ante esta disyuntiva, Rathenau, al igual que hiciera von Gierke años atrás, esbozó una vía que superase esta dicotomía y que se basase en la solidaridad (la “Nueva Sociedad”, alemana):

Lo que determina el espíritu del país no es la forma de gobierno, sino la forma de la sociedad. No existe una forma de sociedad democrática, pues la democracia puede ir unida al capitalismo, al socialismo, con otra forma cualquiera. El concepto fundamental no declarado que da sentido y asiento, así a las formas de constitución democráticas, como a la forma social orgánica, se llama solidaridad, es decir fusión y sentimiento colectivo. Solidaridad quiere decir no solo que cada cual es el prójimo de sí mismo, sino que siendo cada uno para todos, y todos para uno, son responsables ante sí mismos, ante Dios y ante el Estado. En el sentido de la solidaridad el dominio de la mayoría sobre la minoría no es un fin deseable, sino un mal; el fin de la democracia solidaria es el dominio del pueblo sobre sí mismo, no por medio de los números de proporción de sus intereses, sino por medio del espíritu y la voluntad que le libertan [...]. Este pensamiento alemán creará la Nueva Sociedad, la sociedad del espíritu y la formación del espíritu, la única que puede sostenerse en la época social [...] por primera vez desde siglos tendremos conciencia de una misión que cumplir y, nuestras oposiciones estarán ligadas por un lazo que es algo más que un lazo de intereses. El fin de la revolución mundial en que hemos entrado en un sentido está en suprimir la diversidad de clases en los pueblos. En un sentido trascendental es

²¹ W. RATHENAU, *Ou va le monde? Considérations philosophiques sur l'organisation sociale de demain*, Payot, 1922, pp. 79-162 (orig.: *Von kommenden Dingen*, S. Fischer, 1917).

²² *Ibidem*, p. 65.

²³ W. RATHENAU, *La triple revolución*, en W. RATHENAU, *La triple revolución. El nuevo Estado. La nueva sociedad*, Biblioteca Nueva, 1966, p. 27 (orig.: *Kritik der dreifachen Revolution*, S. Fischer, 1919).

redención. Redención de las capas sociales inferiores, para entrar en el reinado de la libertad y el espíritu. Nadie puede redimirse a sí mismo, pero sí a los demás. Clase por clase, persona por persona, así se redime un pueblo. Pero es preciso que todos estén dispuestos a emprender la tarea con buena voluntad»²⁴.

Nuevamente aparece la idea de la importancia de lo colectivo para superar los conflictos, ahora basada en la idea de solidaridad, la cual ayudará a fundamentar la futura concepción de la empresa fascista/nazista y las tesis acontractualistas y relacionistas.

Asimismo, Rathenau expuso su preocupación por la necesaria economía eficiente, la organización de la empresa y la fuerte mecanización en la industria que debía producirse en Alemania y en todo el mundo. Sus reflexiones fueron extensas y profundas y debemos destacar ahora, por el propósito del estudio, aquella referida al “sentimiento” de la persona trabajadora respecto la democracia, la empresa y su orden:

Es necesario robustecer de tal modo el sentimiento de responsabilidad del obrero que no busque sólo su conveniencia, sino que quiera la de su industria, la de la producción, la del Estado; que quiera y tenga que quererla; camisa y americana han de tener para él el mismo valor [...] es imposible socializar y democratizar la piel sin que la carne y el esqueleto estén penetrados de esencia democrática, pero de un modo orgánico. Hemos democratizado el cerebro – parlamento y gobierno y estamos a punto de socializar la piel – los elementos periféricos; pero esta es labor a medias, inútil y hasta nociva, mientras el cuerpo político y económico no estén saturados de democracia y socialismo orgánicos [...] en los elementos exteriores – fábrica o municipio – predomina la doctrina de la camisa y la americana, y por consiguiente sólo podrán resolver cuestiones de explotación, no problemas vitales [...] [y se] pone la ordenación local sobre la orgánica [...]. Antes de socializar y democratizar hay que organizar; para ordenar el trabajo del obrero, hay que comenzar con la empresa [...] en la variedad de nuestra vida y nuestros conflictos ha de reinar objetividad y [...] la armonía entre los que trabajan y los que dirigen sólo por acuerdo de ambos puede conseguirse²⁵.

Con este discurso, Rathenau enlazó, en cierta medida, la idea de armonía en la empresa con la de coherencia con un marco más amplio que

²⁴ W. RATHENAU, *La nueva sociedad*, en W. RATHENAU, *La triple revolución. El nuevo Estado. La nueva sociedad*, cit., pp. 287-288 y 294-296 (orig.: *Die neue Gesellschaft*, S. Fischer, 1919).

²⁵ W. RATHENAU, *El nuevo Estado*, en W. RATHENAU, *La triple revolución. El nuevo Estado. La nueva sociedad*, cit., pp. 169 y 173-176 (orig.: *Der neue Staat*, S. Fischer, 1919).

debe ser social y democrático, reforzándose la concepción de que lo individual está sujeto y subordinado a lo colectivo (en el pensamiento de von Gierke, similar a la comunidad).

Finalmente, Hugo Sinzheimer (1875-1945) – uno de los grandes pensadores del Derecho del Trabajo y considerado como uno de los “padres” de la Constitución de Weimar – reivindicó la idea de comunidad como origen del Derecho del Trabajo y el avance hacia un Derecho Social:

Será, sin embargo, profundamente erróneo tratar de dividir el Derecho del Trabajo en una parte pública y en otra privada. Es preciso comprender el Derecho del Trabajo en su propia raíz. La raíz del Derecho del Trabajo se halla en la necesidad social de aportación y prestación de trabajo. Un interés comunitario origina el Derecho del Trabajo [...]. Se puede reconocer en el Derecho del Trabajo elementos jurídicos privados y jurídicos públicos, pero son sólo manifestaciones de un sólo principio de configuración jurídica. La idea social está en ambos y se acomoda a la diversidad histórica. [...] No hay en el Derecho del Trabajo ninguna parte reservada al Derecho Privado individual. Todo el Derecho del Trabajo está bajo la influencia del interés comunitario, que hoy se puede manifestar de forma más reducida y mañana más amplia. La idea jurídico-social es inmanente al Derecho del Trabajo y al fundamento de la organización social [...]. [Y es que] El espíritu individualista en Derecho debe ceder ante el espíritu social. Este último pide una valoración hecha en una doble forma: de una parte, el hombre necesita compensar mediante el Derecho su situación social. Las fuerzas que le faltan como consecuencia de esta situación deben ser apartadas por la comunidad. En este sentido, el Derecho sirve a la libertad humana, abre el camino a la autodeterminación que hoy el individuo tiene formal pero no realmente, lleva a los derechos sociales de los individuos. De otra parte, las relaciones sociales necesitan plena integración en un ente social. La vida social no debe ser una suma de explosiones, sino un razonable acontecer. Para que esto suceda, el Derecho debe colocar la voluntad individual al servicio de una voluntad colectiva. Las funciones de los entes privados deben hacerse funciones de órganos. Para ello se precisa la construcción de una estructura supraindividual, en el ámbito que hasta ahora estaba reservado a las voluntades privadas y egoístas. En este sentido, el Derecho social construye nuevas bóvedas sobre los individuos, deja libre el camino por medio de la autodeterminación, conduce a un derecho social que se esfuerza por superar el choque de las fuerzas sociales en un Derecho de una nueva comunidad. Si trasladamos estos puntos de vista al Derecho del Trabajo, reconoceremos las nuevas

líneas fundamentales del que llamamos nuevo Derecho Social del Trabajo [...]. El nuevo Derecho del Trabajo o será social o no existirá»²⁶.

De este modo, en la obra de Sinzheimer se repite la reivindicación de lo colectivo y lo social en el trabajo, con cierta oposición y subordinación de lo individual a lo colectivo.

2.2. La creación, expansión y positivización jurídica de las tesis acontractualistas y relativistas en el Derecho del Trabajo nazi y fascista: la relación de trabajo y las ideas de “incorporación”, “fidelidad” y “comunidad”

Las críticas y visiones de von Gierke, Rathenau y Sinzheimer, entre otros muchos autores y con posterioridad, y como ya señalábamos, influenciaron a la dogmática jurídica nacionalsocialista y fascista²⁷. Y, efectivamente, ellas sirvieron como base, entre otros múltiples intelectuales, para generar una concepción comunitaria o relacionista – relación de trabajo – entre el empleador y el trabajador que permitiese superar su conflicto de intereses contrapuestos y dar lugar a un marco de relaciones laborales basado en una comunidad de intereses regida por la solidaridad que se sobrepone e impone a ellos²⁸.

En concreto, y respecto al Derecho del Trabajo nacionalsocialista, uno de los máximos exponentes de este tipo de teorías – por no decir su máximo exponente – fue el jurista alemán Wolfgang Hans Werner Siebert (1905-1959), que entre 1938 y 1945 – en pleno Tercer Reich – ocupó la cátedra de la Universidad Friedrich-Wilhelms, actual universidad Humboldt de Berlín²⁹.

Específicamente, mediante su teoría de la “incorporación a la comunidad de explotación” (*Eingliederung in die Betriebsgermeinschaft*) formuló

²⁶ 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*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, pp. 50, 62-63 y 66 (orig.: *Die Fortbildung des Arbeitsrechts: Vortrag, gehalten auf der ersten Tagung des Allgemeinen freien Angestelltenbundes*, Allgemeiner freier Angestelltenbund (Dr. Pfirrmann), 1922).

²⁷ *Vid. supra*, § 2.1.

²⁸ *Vid.* G. BARREIRO GONZÁLEZ, *Análisis crítico*, en O. VON GIERKE, *Las raíces del contrato de servicios*, cit., p. 109 ss., y J. RIVERO LAMAS, *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1997, n. 84, p. 494.

²⁹ Para un artículo sobre su obra académica realizado como homenaje póstumo, *vid.* L.E. DE LA VILLA GIL, *In memoriam Wolfgang Siebert (11-IV-1905 – 25-XI-1959)*, en *Cuadernos de Política Social*, 1959, n. 43, pp. 133-139.

que la relación de trabajo era una incorporación en una comunidad, símbolo del pueblo nacionalsocialista, donde se explotaba el trabajo, como actividad de desarrollo de la personalidad, bajo las órdenes del empleador, como dueño y líder, que ofrecía asistencia y lealtad al trabajador y este último le debía lealtad³⁰. Más concreta y jurídico-técnicamente, se entiende que esta “inserción personal” del trabajador se realiza en una comunidad/organización laboral jerárquica (el conocido *Betrieb*), como una comunidad, unión y asociación de recursos humanos, materiales e inmateriales con un objetivo técnico³¹.

Así, bajo la ideología fascista/nazista, los trabajadores se insertan con vocación de permanencia como colaboradores fieles del empleador en la empresa (*Gliedschaftlebre o Eingliederungstheorie*), organización jerárquica y autoritaria, donde no existe una comunidad basada en principios democráticos, sino que está comandada por el anterior, como jefe o líder, que armoniza múltiples intereses para la consecución de una fructífera colaboración económica, la paz social y alcanzar los intereses colectivos superiores de la comunidad política o patria³².

Fuera de la doctrina alemana, este tipo de teorías acontractualistas y relacionistas autoritarias tuvieron amplia expansión, generándose e influenciando, mediante la creación de teorías similares o intermedias e,

³⁰ Vid. W. SIEBERT, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen*, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, *passim*. También *cf.* L.E. DE LA VILLA GIL, *In memoriam Wolfgang Siebert (11-IV-1905 – 25-XI-1959)*, cit., *passim*; L.E. DE LA VILLA GIL, *Esquemas de derecho del trabajo: curso 1971-1972*, Universitat de València, 2007, p. 289; J. MARTÍN BLANCO, *El contrato de trabajo: estudio sobre su naturaleza jurídica*, Revista de Derecho Privado, 1957, pp. 153-170; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Contrato de trabajo y relación de trabajo (Balance provisional de una polémica)*, en *Anales de la Universidad Hispalense*, 1967, n. XXVII, pp. 51-54.

³¹ El “*Betrieb*” fue la noción acuñada en la dogmática germánica – destacándose Potthoff y Jacobi – para referirse a la empresa en una concepción laboral como comunidad, unión y asociación de recursos humanos, materiales e inmateriales con un objetivo inmediato técnico. Sobre estas nociones, *vid.* G. BAYÓN CHACÓN, *Grandezas, crisis y renacimiento del laboralismo alemán*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1957, n. 1, p. 25; C. MIÑAMBRES PUIG, *El centro de trabajo: el reflejo jurídico de las unidades de producción*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 62-63 y 105-108; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, pp. 24 y 29-30. Ello es coherente con que Potthoff se situara más bien en posiciones relativistas, a partir de la influencia de von Gierke, en la medida que consideró que el Derecho del Trabajo es parte del Derecho de personas (en concreto, del Derecho de Familia) y no del Derecho de obligaciones (*vid.* J. MARTÍN BLANCO, *op. cit.*, pp. 145-146). En contraposición a las posiciones relativistas o acontractualistas del *Betrieb*, destacó el jurista alemán Lotmar (*vid.* G. BAYÓN CHACÓN, *op. cit.*, pp. 22-23).

³² *Vid.* W. SIEBERT, *op. cit.*, *passim*. También, *cf.* A. MARZAL FUENTES, *op. cit.*, pp. 77-78 y 221; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, p. 50; A.V. SEMPERE NAVARRO, *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Akal, 1982, pp. 196-201.

incluso, se incorporaron, con mayor o menor intensidad, directa o indirectamente, con mayor o menor explicitud, en normas laborales³³.

En todo caso, debe advertirse que todo ello formó parte, junto con las críticas del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo³⁴, de la corriente jurídico-política corporativista/institucionalista, intervencionista y antiparlamentarista que fue influenciando y cogiendo mayor importancia en todas las áreas del Derecho y la doctrina académica desde la segunda mitad de siglo XIX hasta su apogeo a partir de la República de Weimar – en su vertiente democrática – y los fascismos/nazismos – en su vertiente autoritaria³⁵ – y, por tanto, insertándose, en gran medida,

³³ En Portugal, durante el Estado Novo salazarista se proclamó en los arts. 21 y 22 del Estatuto do Trabalho Nacional, respectivamente, que «o trabalho, em qualquer das suas formas legítimas, é para todos os portugueses um dever de solidariedade social. O direito ao trabalho e ao salário humanamente suficiente são garantidos sem prejuízo da ordem económica, jurídica e moral da solidariedade» y que «o trabalhador intelectual ou manual é colaborador nato da empresa onde exerça a sua actividade e é associado aos destinos delo pelo vinculo corporativo». Sobre el Derecho del Trabajo en el *Estado Novo*, *vid.*, entre otros, J.J. ABRANTES, *O Direito do Trabalho do "Estado Novo"*, en *Cultura*, 2006, vol. 23, *passim*; J.M. DA COSTA, *El Estatuto portugués del trabajo*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1942, n. 6, *passim*. De forma similar, en la *Carta del Lavoro* del fascismo italiano al establecerse: «I. La Nazione italiana e un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori, per potenza e durata, a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato Fascista. II. Il lavoro, sotto tutte le sue forme, organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali, è un dovere sociale. A questo titolo, e solo a questo titolo, è tutelato dallo Stato. Il complesso della produzione è unitario dal punto di vista nazionale; i suoi obbiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale. [...] IV. Nel contratto collettivo di lavoro trova la sua espressione concreta la solidarietà fra i vari fattori della produzione, mediante la conciliazione degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori e la loro subordinazione agli interessi superiori della produzione. [...] VI. [...] Le Corporazioni costituiscono l'organizzazione unitaria delle forze della produzione e ne rappresentano integralmente gli interessi. [...] Quali rappresentanti degli interessi unitari della produzione, le Corporazioni possono dettar norme obbligatorie sulla disciplina dei rapporti di lavoro ed anche sul coordinamento della produzione tutte le volte che ne abbiano avuti i necessari poteri dalle associazioni collegate. VII. [...] Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera, tecnico, impiegato od operaio, è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità». Para un estudio de la *Carta del Lavoro* y sus principios en la literatura jurídica durante la Italia fascista, *vid.*, por todos, G. MAZZONI, *Los Principios de la «Carta del Lavoro» en la nueva codificación italiana*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1942, n. 6, *passim*; A. TURATI, G. BOTTAI, *La Carta del Lavoro illustrata e commentata*, Edizioni del Diritto del Lavoro, 1919.

³⁴ *Vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, *La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, n. 96, *passim*.

³⁵ *Vid.* J.A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado del Derecho Liberal: Schmitt en Weimar*, Ariel, 1989, pp. 45-50, y, extensamente, J. ESTEVE PARDO, *El antiparlamentarismo y la formación del*

estructuralmente en el pensamiento filosófico, político y jurídico de gran parte de la Europa Occidental.

Así, por un lado, debe destacarse que en la República de Weimar (1918-1933) se constituyó un régimen político que bien podría denominarse como “democracia colectiva socialdemócrata” caracterizada por 4 elementos en el plano iuslaboral³⁶: 1) la idea de “comunidad de trabajo” (*Werkgemeinschaft*); 2) la primacía de la autonomía colectiva frente a la individual en condiciones de laborales; 3) el papel central de la autonomía colectiva en la toma de decisiones en la economía a nivel de empresa; 4) la presencia de organismos de Estado para complementar la democracia política. Por otro, el rol de los juristas/académicos en la conformación de este tipo de corriente. Sin mucho menos ánimo de exhaustividad, pueden destacarse las obras de Carl Schmitt (1888-1985) en Alemania³⁷; Paul Durand (1908-1960), Maurice Hauriou (1856-1929) y Georges Ripert (1880-1958) en Francia³⁸; y Santi

Derecho público en Europa, Marcial Pons, 2019, *passim*.

³⁶ Caracterizándola así, *vid.* A. MARTÍN VALVERDE, *Derecho del trabajo y mercado de trabajo: evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Tecnos, 2021, pp. 327-328. Extensamente, relatando la democratización y “colectivización” del Derecho del Trabajo y su significado en la República de Weimar, por todos, *vid.* E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, en G. ARRIGO, G. VARDARO (eds.), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, 1982, *passim* (orig.: *Kollektive Demokratie*, en T. RAMM (ed.), *Arbeitsrecht und Politik: Quellentexte 1918-1938*, Luchterhand, 1966, pp. 79-95); H. SINZHEIMER, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, *ibidem*, *passim* (orig.: *Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses*, en F. NAPHTALI (ed.), *Wirtschaftsdemokratie. Ihr Wesen, Weg und Ziel*, Verlagsgesellschaft des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1928, pp. 127-153).

³⁷ El pensamiento de Carl Schmitt es uno de los más complejos y controvertidos en el constitucionalismo del siglo XX por atribuirle la base filosófico-jurídica para el ascenso e implantación jurídica del nazismo, aspectos que van mucho más allá del objeto de este estudio. Para una introducción a su obra, *vid.*, entre muchísimos otros, M. CROCE, A. SALVATORE, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, 2013, *passim*; J. DE MIGUEL BÁRCENA, J. TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Kadmos, 2018; J.A. ESTÉVEZ ARAUJO, *op. cit.*, *passim*; J. MEIERHENRICH, O. SIMONS (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 2016, *passim*.

³⁸ Así, Durand intentó trasladar al Derecho Francés la teoría de la relación de trabajo y una concepción institucional de la empresa (*vid.* P. DURAND, *Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail*, en *Juris-Classeur Périodique*, 1944, n. I, *passim*; P. DURAND, *La notion juridique de l'entreprise*, en AA.VV., *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Dalloz, 1947, vol. III, *passim*) y Hauriou intentó configurar una teoría de la institución de la empresa (*vid.* M. HAURIOU, *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Abeledo-Perrot, 1968, *passim* (orig.: *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n. 4, pp. 2-45, reeditado en M. HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, 1986, pp. 89-128); M. HAURIOU, *Principios de derecho público y*

Romano (1875-1947) en Italia³⁹.

En España, la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) y de Francisco Franco (1939-1975) fueron manifestaciones claras de cómo penetraron estas ideas en España, destacándose la promulgación del Código de Trabajo de 1926 y, sobre todo, la creación de la Organización Corporativa Nacional. Ello no hubiese sido posible, entre otros, y sin ánimo de exhaustividad⁴⁰, sin la obra intelectual prefranquista de Eduardo Aunós Pérez (1894-1967), que llegó a ser ministro durante ambas dictaduras (Ministro de Trabajo, Comercio e Industria (1924-1930) y Ministro de Justicia (1943-1945))⁴¹, y del fascismo de José Antonio Primo de Rivera y Sáenz de Heredia (1903-1936), hijo del dictador, fundador de la Falange Española (FE) y, posteriormente, presidente de Falange Española de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (FE de las JONS).

A estos efectos, y, reiteramos, sin ánimo de exhaustividad, Aunós concebía que «la organización corporativa es consecuencia de dos

constitucional, Comares, 2003, pp. 90-99 (orig.: *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3^e année) et en doctorat es sciences politiques*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1916)). En línea similar, también Ripert (vid. G. RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Comares, 2001, pp. 260-264 (orig.: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946)).

³⁹ Vid. S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 22-79 (orig.: *L'ordinamento giuridico*, Enrico Spoerri, 1917-1918).

⁴⁰ Para una amplia visión del papel de los intelectuales durante la dictadura de Primo de Rivera, vid. G. GARCÍA QUEIPO DE LLANO, *Los intelectuales y la dictadura de Primo de Rivera*, Alianza, 1988, *passim*.

⁴¹ Entre las obras de Eduardo Aunós Pérez, pueden destacarse: *Las corporaciones del Trabajo en el Estado Moderno*, Biblioteca Marv, 1928; *El Estado corporativo: discurso pronunciado en la Unión Patriótica de Madrid, el día 16 de abril por el Excmo. Sr. D. Eduardo Aunós Pérez, Ministro de Trabajo, Comercio e Industria*, Talleres Gráficos de E. Giménez, 1928; *La organización corporativa del trabajo*, Consejo Superior de Trabajo, Comercio e Industria, 1928; *La organización corporativa y su posible desenvolvimiento: conferencia pronunciada el día 3 de Mayo, en el Ateneo de Madrid, por el Sr. D. Eduardo Aunós Pérez*, Ministerio de Trabajo y Previsión, 1929; *Estudios de Derecho corporativo, seguido de dos apéndices: legislación extranjera sobre conciliación y arbitraje, legislación y movimiento sindical de los principales países*, Reus, 1930; *La Reforma Corporativa del Estado*, Manuel Aguilar, 1935. Sobre su vida, obra intelectual y política, vid., entre otros, R. GARCÍA CONTRERAS, *Eduardo Aunós, su vida y misterios: un ministro singular de Primo de Rivera y de Franco*, Almuzara, 2018, *passim*; J. GELONCH SOL, *Eduardo Aunós, de una dictadura a otra. Autoritarismo, corporativismo y fascistizacin en España (1918-1945)*, en C. SINATRA (coord.), *Stampa e regimi: studi su Legioni e Falangi – Legioni e Falanges, una Rivista d'Italia e di Spagna*, Peter Lang, 2015, *passim*; C. GUTIÉRREZ LÁZARO, *La alternativa corporativista. Eduardo Aunós Pérez y la Organización Corporativa Nacional*, en J. SOBREQUS I CALLICÓ, J. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, M. MORALES MONTOYA, M. URQUIJO GOITIA, M. CISNEROS (coords.), *Actes del 53 Congrs de la Comissió Internacional per a l'Estudi de la Histria de les Institucins Representatives i Parlamentries.*, Parlament de Catalunya, Museu d'Histria de Catalunya, 2005, vol. II, *passim*.

principios fundamentales: uno el de la intervención del Estado en el problema social; otro, la necesidad de estructurar el país en su aspecto económico»⁴². A su parecer, ello fue fruto de una concienciación progresiva de la necesidad de instituciones fuertes que equilibrasen la sociedad y la economía, abandonando el liberalismo y la pasividad estatal que habían llevado al individualismo, la decadencia moral, el desorden y la indisciplina social, como también expulsar el predominio estatal que significa el socialismo⁴³.

Asimismo, para Aunós fueron necesarias la coincidencia de tres grandes corrientes jurídicas que permitiesen este (supuesto) paso hacia adelante que debía significar el Estado corporativo⁴⁴: 1) la escuela histórica de la jurisprudencia – en la que se encuentra von Gierke – y que pone de relieve la importancia de la “comunidad” y la tradición; 2) la teoría de la persona social, como organismo jurídico que tiene una finalidad propia, así como valores y virtudes; 3) el Estado como una “fundación” para alcanzar los fines de la patria mediante una síntesis de autoridad, libertad y orden.

Para ello, según dicho autor, el Estado debía utilizar tres grandes instrumentos⁴⁵: 1) desempeñar la promoción y fuerte dirección jerárquica de organismos corporativos – la corporación como «organismo de Derecho público, que encierra dentro de su seno a todos los elementos constitutivos de una profesión o grupo económico, ejerciendo por delegación del Estado funciones que participan de sus poderes, dentro de la órbita de su jurisdicción especial»⁴⁶ –, donde se aúnan los intereses contrapuestos de trabajadores y empleadores que ahora se ven solidarizados; 2) una normativa laboral que debe potenciar la colaboración entre empleadores y trabajadores; y 3) la intervención estatal, voluntaria u obligatoria, vía conciliación y arbitraje para garantizar el orden, la paz social y el interés de la patria.

⁴² Vid. E. AUNÓS PÉREZ, *La organización corporativa del trabajo*, cit., p. 17.

⁴³ Vid. E. AUNÓS PÉREZ, *Las corporaciones del Trabajo en el Estado Moderno*, cit., pp. 10-13; E. AUNÓS PÉREZ, *La organización corporativa del trabajo*, cit., pp. 18-25 y 142-143.

⁴⁴ Vid. E. AUNÓS PÉREZ, *Estudios de Derecho corporativo, seguido de dos apéndices: legislación extranjera sobre conciliación y arbitraje, legislación y movimiento sindical de los principales países*, cit., pp. 41-53.

⁴⁵ Vid. E. AUNÓS PÉREZ, *Las corporaciones del Trabajo en el Estado Moderno*, cit., pp. 12-17 y 30-33; E. AUNÓS PÉREZ, *El Estado corporativo: discurso pronunciado en la Unión Patriótica de Madrid, el día 16 de abril por el Excmo. Sr. D. Eduardo Aunós Pérez, Ministro de Trabajo, Comercio e Industria*, cit., pp. 14-17 y 100-101; y E. AUNÓS PÉREZ, *La organización corporativa del trabajo*, cit., pp. 25 y 144-156.

⁴⁶ Vid. E. AUNÓS PÉREZ, *Estudios de Derecho corporativo, seguido de dos apéndices: legislación extranjera sobre conciliación y arbitraje, legislación y movimiento sindical de los principales países*, cit., p. 60.

Parte de sus ideas se pusieron en práctica en España – «el ensayo corporativista comienza y termina en España bajo la dictadura del general de Primo de Rivera»⁴⁷ –, gracias, entre otros factores, a ser Ministro de Trabajo, Comercio e Industria (1924-1930), por casar éstas bien con la mentalidad político-militar del dictador y las corrientes jurídicas preminentes, destacándose la promulgación del Código de Trabajo de 1926 y, sobre todo, la creación de la Organización Corporativa Nacional (ONS).

Sin ánimo de exhaustividad, mediante la ONS se estructuró legalmente un sistema corporativo que agrupaba los intereses contrapuestos que se intentaban armonizar bajo la representación de trabajadores, empleadores y del Estado, con poderes y funciones reglamentarias, judiciales, arbitrales y divulgativas, en cuatro niveles jerarquizados de actuación⁴⁸: 1) los comités paritarios locales (nivel inferior); 2) las comisiones locales mixtas (nivel intermedio voluntario); 3) las corporaciones (integrada por comités de cada sector de actividad); y 4) la Comisión delegada de Consejos (último escalón que vinculaba los consejos de las corporaciones y el Consejo Superior de Trabajo). De este modo, se entendía que lograría un equilibrio pacífico y una «conjunción del sentir de los intereses sociales y económicos y de los intereses políticos»⁴⁹.

Por su lado, el pensamiento fascista de Primo de Rivera se presentó como esa tercera vía que fusionaba “nación íntegra” y “justicia social”, abandono tanto del liberalismo, explotador de las clases humildes, como del socialismo, rencoroso que deja al lado los valores de comunidad y de familia y la religión⁵⁰. Así, el programa político de FE de las JONS establecía lo siguiente sobre la economía, el trabajo y la lucha de clases:

Concebimos España en lo económico como un gigantesco sindicato de productores [donde se organiza] corporativamente a la sociedad española mediante un sistema de sindicatos verticales por ramas de producción, al servicio de la integridad económica nacional [...] [y se repudia tanto] el sistema capitalista, que se desentiende de las necesidades populares, deshumaniza la propiedad privada y aglomera a los trabajadores en masas uniformes, propicias a la miseria y a la

⁴⁷ Vid. E. AUNÓS PÉREZ, *La Reforma Corporativa del Estado*, cit., p. 122.

⁴⁸ Vid. J.L. GÓMEZ NAVARRO, *El régimen de Primo de Rivera*, Cátedra, 1991, pp. 418-424; y E. GONZÁLEZ CALLEJA, *La España de Primo de Rivera: la modernización autoritaria, 1923-1930*, Alianza, 2005, pp. 156-159.

⁴⁹ Vid. E. AUNÓS PÉREZ, *La organización corporativa del trabajo*, cit., p. 63.

⁵⁰ Vid. J.A. PRIMO DE RIVERA, *Discurso en Pamplona de 15 de agosto de 1934 – Unidad frente al nacionalismo*, en J.A. PRIMO DE RIVERA, *Obras completas. Edición del centenario*, Plataforma, 2003, vol. I, *passim*; J.A. PRIMO DE RIVERA, *Luz nueva en España*, *ibidem*, *passim*, y en J.A. PRIMO DE RIVERA, *Obras Completas*, Publicaciones Españolas, 1949, pp. 345-346.

desesperación, [como al marxismo] por nuestro sentido espiritual y nacional. [...] Nuestro régimen hará radicalmente imposible la lucha de clases, por cuanto todos los que cooperan a la producción constituyen en él una totalidad orgánica»⁵¹.

Ya en el franquismo, la amalgama de ideas que exaltaban la empresa y el concepto de comunidad, y sobre todo, bajo el amparo de las teorías relacionistas, se fueron haciendo más evidentes en múltiples normas⁵²: el Fuero del Trabajo⁵³; la Ley de Contrato de Trabajo de 1944; el Decreto de Jurados de Empresa de 1947; el principio XI de la Ley de Principios del Movimiento Nacional; y la Ley sobre Unidad Sindical de 1940 (que permitió estructurar la Organización Sindical Española – el conocido como “Sindicato Vertical” que dependía del partido único Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista – FET y de las JONS –).

Además, parte de la doctrina española fue influenciada, con mayor o

⁵¹ Vid. la *Norma programática de FE de las JONS* (pasquín de noviembre de 1934) recopilada en J.A. PRIMO DE RIVERA, *Obras completas. Edición del centenario*, cit., vol. I, p. 796.

⁵² En el mismo sentido, vid. A. BAYLOS GRAU, *Corporativismo y fascismo en el modelo laboral del primer franquismo*, en A. BAYLOS GRAU (coord.), *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo, 2013, pp. 227-233; C. MOLINERO RUIZ, P. YSÁS SOLANES, *Productores disciplinados: control y represión laboral durante el franquismo (1939-1958)*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1993, n. 3, *passim*; y J. RIVERO LAMAS, *Estructura de la empresa y participación obrera: estudios sobre el jurado de empresa*, Ariel, 1969, pp. 53-57.

⁵³ Sobre este aspecto, vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Un modelo democrático de relaciones laborales*, en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Editorial Universidad de Sevilla, 1978, pp. 12-15; y A.V. SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, p. 247 ss. Críticamente, entonces, Pérez Botija – paradójicamente – apuntando a que en realidad en el Fuero del Trabajo no se proscribió el contrato de trabajo a pesar de su falta de mención en dicha norma, sino que lo suponía (vid. E. PÉREZ BOTIJA, *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1942, n. 1, pp. 19-21 y 34). En todo caso, a nuestro parecer resulta manifiesto que el Fuero del Trabajo estaba claramente imbuido por las tesis relacionistas y la idea fascista de la empresa desde su inicio. En la jurisprudencia, durante el franquismo, la STS 18 noviembre 1940 afirmó que el trabajador «presta servicio a la industria, y no al propietario de ella cuanto se personifica»; o en la STS 1º diciembre 1954 se entiende que «el trabajador está adscrito al negocio en que colabora, no al dueño, por lo que el cambio de éste no altera la relación laboral» (citadas en E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 229). Para una visión de conjunto y panorámica de las implicaciones del franquismo en el Derecho del Trabajo, vid. J.D. RUIZ RESA, *Trabajo y franquismo*, Comares, 2000, *passim*; y J.D. RUIZ RESA, *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, Dykinson, 2015, *passim*. Para una comparativa de la política social – incluyendo las entonces “relaciones laborales” – en el *Estado Novo* salazarista y en el franquismo, vid. P. TEIXEIRA PEREIRA, *O Estado Novo e a construção da sua política social. Previdência e assistência, 1933-1945*, U.Porto, 2015, *passim*.

menor intensidad, por la teoría relacionista, fusionándola con las características propias de la filosofía jurídica española predominante de la postguerra y mantenidas hasta, incluso, la entrada de la década de 1970, y que eran acorde con los componentes ideológicos de las distintas “familias” del franquismo: reaccionaria; conservadora; iusnaturalista; católica; humanista teórica; autoritaria; legitimadora del régimen político franquista⁵⁴.

En este sentido, los mayores ejemplos, durante el inicio del franquismo se pueden encontrar en las obras de Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate (1899-1983)⁵⁵; Luis Legaz Lacambra (1906-1980)⁵⁶; Antonio Polo Díez (1907-1992)⁵⁷; y Eugenio Pérez Botija (1910-1966)⁵⁸.

⁵⁴ Vid. R. GARCÍA MANRIQUE, *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 55-72. Por otro lado, se han podido diferenciar hasta 11 componentes ideológicos que estuvieron presentes, con mayor o menor medida, en las llamadas “familias” del franquismo (militares, primorriversitas, tradicionalistas, monárquicos, falangistas, católicos, integristas, tecnócratas y técnicos): autoritarismo básico; regeneracionismo corporativista, conservadurismo nacionalista, tercerismo utópico, triunfalismo imperial, nostalgia liberal, nacional-catolicismo, catastrofismo antropológico; paternalismo elitista; tecnocratismo desarrollista; y populismo aperturista. Vid., extensamente, sobre esta clasificación, A. DE MIGUEL RODRÍGUEZ, *Sociología del franquismo*, Euros, 1975, p. 141 ss.

⁵⁵ Vid. J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Del viejo Derecho Mercantil al Nuevo Derecho del Trabajo*, en J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, FE, 1939, *passim*; y J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Hacia un Nuevo Derecho Español de la Economía*, *ibidem*, *passim*.

⁵⁶ Vid. L. LEGAZ LACAMBRA, *Estudios de doctrina jurídica y social*, Bosch, 1940, *passim*; y L. LEGAZ LACAMBRA, *¿Contrato de trabajo o relación de trabajo?*, cit., *passim*.

⁵⁷ Vid. A. POLO DÍEZ, *Del contrato a la relación de trabajo*, en *Revista de Derecho Privado*, 1941, n. 288, *passim*.

⁵⁸ Vid. E. PÉREZ BOTIJA, *Importancia política del Derecho del Trabajo*, en *Revista de Trabajo*, 1941, n. 21-22, *passim*; y E. PÉREZ BOTIJA, *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, cit., *passim*. También pueden verse, si bien quizás con menor énfasis, en otros autores. Así, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, Miguel Hernáinz Márquez ensalzó y reivindicó las notas características del trabajo presentes en el Fuero del Trabajo: 1) «sentido personal y humano»; 2) «el trabajo no es arma de lucha, sino de armonía»; 3) «el trabajo se encuentra específicamente protegido por el Estado»; 4) la subordinación del trabajo al interés nacional; 5) el trabajo como derecho y como deber (vid. M. HERNÁNIZ MÁRQUEZ, *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, 1946, pp. 85-88). También, Juan Menéndez Pidal reconoció el “espíritu social” y la colaboración en la empresa como «principios fundamentales del Derecho Social», configurando la anterior una asociación y comunidad humana de trabajo cuyo director será el patrono (vid. J. MENÉNDEZ PIDAL, *Derecho Social Español*, Revista de Derecho Privado, 1952, vol. I, pp. 103-104, 119 y 311-312). En línea similar Jaime Murillo Rubiera al ensalzar la idea de empresa y bien común en el Fuero del Trabajo y exponiendo que «por primera vez en un texto programático [el Fuero del Trabajo] el concepto de Empresa se define con un carácter independiente de sus creadores o partícipes. No se trata de examinar deshumanizada la Empresa, al modo como

Respecto al primero de ellos, Garrigues Díaz-Cañabate en su obra *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo* y, en concreto, en *Hacia un Nuevo Derecho Español de la Economía* argumentó que:

La posición del Estado frente a la empresa cambia radicalmente en España con la publicación del Fuero del Trabajo: de la postura inhibicionista pasamos a la postura intervencionista en la empresa. Y no se limita esta intervención a las relaciones de unas empresas con otras mediante el encuadramiento de sus elementos en un sistema de sindicatos verticales (organización externa), sino que penetra dentro de la empresa por vez primera y en una medida que no encuentra pareja en ningún ordenamiento similar en el extranjero (organización interna) [...] la empresa ha dejado de ser una organización de interés privado [...] la empresa como organización de las fuerzas de producción tiene que participar del carácter social que a la producción se asigna, era una consecuencia lógica que la doctrina hubo necesariamente que recoger [...]. Nuestro F. del T. [Fuero del Trabajo] [...] ha creído necesario, en una palabra, penetrar en la organización de la empresa, por considerarla una organización social permanente, ordenada a un interés colectivo. Significa esto que desde el punto de vista doctrinal es necesario aplicar a la empresa el concepto de la institución, uno de los más fecundos conceptos de la teoría jurídica moderna [...]. Este moderno fenómeno [es la aceptación] de la “socialización de la empresa” y de su fisonomía institucional⁵⁹.

Y por ello,

Los instrumentos jurídicos que artificialmente ligaban al asalariado con su empresa (contratos de trabajo) más que favorecer esa unidad se oponían a ella, por estar fundados en la idea de la lucha económica. El asalariado no podía sentirse colaborador de la empresa cuando la relación de trabajo [...] se configuraba en el molde del arrendamiento de tipo romano [...]. La idea de unidad de destino era extraña al concepto liberal de la empresa [...] en el F. del T. [en cambio] la empresa [es] organismo donde todas las fuerzas conspiran al mismo fin. Es un organicismo económico en el que la vida interna está regida por el

lo hace la esfera del Derecho mercantil o el Derecho fiscal, sino que destacando en ello su valoración integradora de todos los elementos que la constituyen condiciona su eficacia a una jerarquía de valores en los que la categoría humana tiene el primer lugar para subordinar lo instrumental a las exigencias de la unidad que la compone, y ambos, a su vez, condicionados al “bien común”» (vid. J. MURILLO RUBIERA, *El Derecho económico-social en el Fuero del Trabajo*, en *Revista de Política Social*, 1963, n. 58, p. 15).

⁵⁹ Vid. J. GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, *Hacia un Nuevo Derecho Español de la Economía*, cit., pp. 39-41.

derecho. Estos vínculos jurídicos son los vínculos propios de una comunidad de trabajo. En la comunidad no hay intereses contrapuestos, porque por encima del interés particular todos están unidos por el interés común de la producción nacional [...]. La idea de la unidad de destino, postulado básico del nacional-sindicalismo, pasa del campo político al económico⁶⁰.

De este modo, y consecuentemente, en su conferencia *Del viejo Derecho Mercantil al Nuevo Derecho del Trabajo*, Garrigues Díaz-Cañabate concibe que:

Ya no se trata de trocar valores patrimoniales según el criterio de equivalencia de las prestaciones (tanto trabajo vale tanto dinero). No se trata de sumar horas de trabajo. Se trata de incorporar hombres en la comunidad de trabajo por medio de un contrato. El hombre ya no entregará su trabajo como una mercancía, sino que se entregará a sí propio, bajo la promesa recíproca de lealtad, poniéndose al servicio de la producción nacional, a través de su colaboración en una determinada comunidad de trabajo, regida por vínculos jurídico-personales⁶¹.

Por su parte, para Legaz Lacambra:

el contrato no puede ser una categoría primaria, ni el ámbito estrictamente jurídico, ni mucho menos en el económico. No hay pues para el nacionalsindicalismo “contratos de trabajo”, ni individuales ni colectivos. Hay “relaciones de trabajo”, cuya regulación es función de la comunidad económica nacional [...]. W. Siebert (Principi fondamentali dell'ordine nazionalsocialista del lavoro, en *Lo Stato*, junio, 1938) es más radical. El trabajador está dentro de la comunidad y no se puede desprender de él una mitad que pertenecería a la esfera del Derecho privado, a la relación contractual – teniendo en cuenta que el trabajo es expresión de la personalidad entera del camarada nacional [...] la empresa es una comunidad total que abarca incluso el orden de los particulares contratos de trabajo, que no son tales contratos sino “nexos jurídicos personales” basados directamente en el vínculo de comunidad, que no reclaman la existencia ni de un sujeto jurídico ni de un objeto jurídico que sería el trabajo [...]. En esta misma línea doctrinal se ha situado nuestro Fuero del Trabajo. Una evolución natural y no un hecho de mimetismo ha producido esta coincidencia. Si en Alemania la vuelta a los principios del honor y de la lealtad tiene un sentido de retorno a una honda tradición jurídica del pueblo, también España el hallazgo de estos conceptos por el nacionalsindicalismo podría entroncarse con el

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 43-44.

⁶¹ *Vid.* J. GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, *Del viejo Derecho Mercantil al Nuevo Derecho del Trabajo*, cit., p. 72.

sentido espiritualista y de hermandad de las antiguas organizaciones gremiales, organizaciones “totalitarias” en el sentido de que el hombre entraba en ellas con la totalidad de su persona, en relación total con los compañeros, y no guiado por afanes, exclusivamente clasistas o económicos⁶².

Y en un sentido similar, denostando el contrato de trabajo, en su artículo *Del contrato a la relación de trabajo*, Polo Díez se preguntaba retóricamente:

¿Cómo puede responder el contrato de trabajo – reflejo fiel de la lucha de clases – a los nuevos principios que inspiran el orden económico del Estado totalitario? ¿Cómo responder a la idea de la “comunidad” de explotación o “de trabajo” y al principio de “solidaridad” que debe presidir la vida de la empresa misma, si a través del contrato los intereses de la empresa y el empresario se ofrecen como coincidentes o idénticos a los ojos del trabajador e incompatibles con los suyos? ¿Cómo imponer por contrato los deberes recíprocos de lealtad y aquellos otros de asistencia y protección en los empresarios y fidelidad y subordinación en el personal que, según el Fuero, integran el contenido de las relaciones de trabajo? En fin, ¿cómo configurar bajo el ropaje contractual la nueva y elegante concepción del trabajo-servicio, en el cual la nota personal y humana aparece fuertemente destacada por las condiciones exigidas, heroísmo, desinterés, abnegación, todas virtudes de la raza y de la personalidad y antítesis del hombre-masa del capitalismo? [...] Veamos ahora qué hemos de entender por relación de trabajo y cómo puede construirse este concepto con arreglo al Derecho español⁶³.

De este modo, el autoritarismo del fascismo/nazismo se trasmite en el ámbito laboral a través de la figura del jefe de la empresa, dotándole de facultades amplias a la vez que es el encargado de proteger al trabajador mediante un yugo de sumisión de corte paternalista, y deviniendo él un agente más porque aquello relevante es la empresa, como organización/comunidad de intereses que se subordina al interés superior de la comunidad política y, por ello, el contrato es visto como un instrumento individualista – un mal tanto del liberalismo como del marxismo –, origen de los conflictos socio-laborales y que debe ser eliminado⁶⁴. Y, de hecho, los eventuales derechos del trabajador pasan a ser

⁶² Vid. L. LEGAZ LACAMBRA, *Estudios de doctrina jurídica y social*, cit., pp. 253-255.

⁶³ Vid. A. POLO DÍEZ, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁶⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *Contrato de trabajo y relación de trabajo (Balance provisional de una polémica)*, cit., p. 46; A.V. SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, pp. 120-121, 127-131 y 173; y F. SUÁREZ GONZÁLEZ, [El origen contractual de la relación jurídica de trabajo](#),

fruto de un estatuto – una mera posición estatutaria – que es concedido por su integración en una comunidad – como miembro de ella – y no por un contrato de trabajo⁶⁵. No debería de considerarse extraño sino plenamente ejemplificador y contextualizador el discurso de Pérez Botija – primer catedrático español de Derecho del Trabajo – pocos años después de la victoria franquista en su artículo *Importancia política del Derecho del Trabajo* (1941):

El nuevo Derecho el Trabajo tiene como misión política fundamental, no sólo hacer desaparecer el tinglado de la lucha de clases, sino borrar todo espíritu de odio social [...]. En el campo de la ideología política, el principio de la lucha de clases de Marx y Engels, el mito de la huelga general de Lagardelle, Pelloutier y Sorel son sustituidos por el principio de colaboración de las clases sociales y por el rendimiento máximo de cada uno en provecho de todos [...]. El principio político básico que se trasvasa al nuevo Derecho laboral es el principio de colaboración y de comunidad [...]. Y no es sólo el principio de solidaridad nacional el único que pasa del campo del Derecho político al Derecho laboral: el concepto alemán de comunidad y el espíritu español de hermandad trasciende desde la programática política hasta su más concreta realización en el Derecho del Trabajo⁶⁶.

Un año más tarde, Pérez Botija concretaba su visión de la teoría de la relación de trabajo en su artículo *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*:

Para nosotros la relación de trabajo es aquella que se produce entre la empresa y los trabajadores y está constituida por un conjunto de vínculos personales y patrimoniales que liga mutuamente entre sí aquellos, reconociéndoles determinados derechos e imponiéndoles diferentes deberes de carácter moral y económico. No es un contrato, si bien debe su origen a un negocio jurídico contractual. Esa relación de trabajo no puede encerrarse dentro de los límites rígidos y esquemáticos de un contrato, porque sufre una serie de fluctuaciones y su contenido es a veces impreciso, desbordando la esfera jurídica para llegar al terreno de ética o de la moral. Es más bien una institución, surge por un acto jurídico determinado, más luego, en virtud de la unidad de fin, se va transformando en un verdadero proceso institucional, y por ello la relación de trabajo que nace en virtud de aquel vínculo contractual, vínculo que sirve de fundamento y de soporte jurídico a la misma,

en *Cuadernos de Política Social*, 1960, n. 48, p. 82.

⁶⁵ Vid. A. SUPLOT, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 34 (orig.: *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 1994).

⁶⁶ Vid. E. PÉREZ BOTIJA, *Importancia política del Derecho del Trabajo*, cit., pp. 41-42.

después se amplía y se supera por una serie de contraprestaciones morales y materiales, así como también por esa comunidad de intereses y fines que derivan del papel de colaboradores de la producción que tienen el empresario y los trabajadores. El contenido jurídico de la relación de trabajo, en su mayor parte es de derecho privado; excede en verdad del campo de las obligaciones tradicionalmente conocidas, sobre todo de aquellas que se conciben como relaciones de cambio de carácter patrimonial, porque si bien casi todas las obligaciones, aun las personalísimas que se refleja, por ejemplo, en el cumplimiento forzoso (indemnización de daños y perjuicios), en la relación de trabajo se dan vínculos de fidelidad y de protección, pago de indemnizaciones, etc., que no tienen equiparación posible con las fórmulas clásicas del derecho de obligaciones y sí más bien concuerdan con las del Derecho de familia (fidelidad, obediencia, protección, pago de alimentos, etc.); Siebert, Hueck y otros autores germanos ponen de relieve esta circunstancia⁶⁷.

Del conjunto del análisis realizado se puede ver la relevancia jurídica, histórica, política y social de la creación, expansión y positivización jurídica de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo nazi y fascista, destacándose el esquema-marco de “relación de trabajo” – y no de contrato de trabajo – y las ideas de “incorporación”, “fidelidad” y “comunidad”.

2.3. Rechazo y decadencia de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo

Desde nuestro punto de vista las tesis acontractualistas y relativistas (§ 2.2) deben ser rechazadas no solo porque relativizan e, incluso, desprecian mucho el contrato de trabajo⁶⁸, sino porque son negación y neutralización de los conflictos entre empleadores y trabajadores – la “lucha de clases” –, de los sindicatos y de un ámbito estrictamente personal del trabajador en la

⁶⁷ Vid. E. PÉREZ BOTIJA, *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, cit., pp. 10-11.

⁶⁸ Sobre si relativizan o no el contrato de trabajo, críticamente vid. L.E. DE LA VILLA GIL, *Relaciones laborales de hecho*, en *Revista de Derecho del Trabajo*, 1961, n. 47, pp. 3-11 (recopilado en M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coords.), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, CEF, 2006, p. 886). En todo caso, el propio Siebert afirmó que la promulgación de la Ley Nacional del Trabajo de 1934 (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*) debe entenderse como una «lucha contra el contrato de trabajo del Código Civil alemán» (*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)) y que el fundamento legal de los eventuales derechos y deberes en la relación laboral es exclusivamente el orden establecido en la empresa por ella misma (W. SIEBERT, *op. cit.*, pp. 42, 53 y 94).

empresa, generándose efectos atentatorios contra la dignidad humana y sus derechos fundamentales – seguramente, hoy, para una inmensa mayoría, inaceptables – bajo una pátina de paternalismo realmente opresor⁶⁹.

El amparo de negar los derechos laborales se constituye porque no solo se vende “mano de obra” a un sujeto jurídico, sino porque existe una incorporación plena y personal del trabajador en la empresa, la cual agrupa unos intereses que se concilian por el empleador – como jefe absoluto (*Führerprinzip*) – y que están subordinados a los de la comunidad⁷⁰. De este modo, la facultad disciplinaria del empleador no solo se ejerce para garantizar los derechos propios del mismo sino, sobre todo, para defender el orden, los intereses superiores de la comunidad e, incluso, los de la economía nacional o nación, y establecer una correcta armonía⁷¹.

Es más, el contrato de trabajo queda, finalmente, relativizado,

⁶⁹ En esta línea, *vid.* A. HUECK, H.C. NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 86 (orig.: *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Franz Vahlen, 1959); O. KAHN-FREUND, *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 64-65 (orig.: *Labour and the Law*, Stevens, 1972); A. MARTÍN VALVERDE, *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*, en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, cit., pp. 84-88; J.L. MONEREO PÉREZ, *Estudio preliminar: «La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas»*, cit., p. LIII; y J. RIVERO LAMAS, *Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1997, n. 2, *passim*. Debe ser destacada la posición de G. BAYÓN CHACÓN, *El concepto jurídico-laboral de la empresa*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1959, n. 6, donde pone de relieve el doble peligro de que la empresa llegue a ser sujeto jurídico en las relaciones laborales: 1) la socialización de la empresa (“peligro económico-social”); 2) la superposición de la ficción de la empresa como sujeto jurídico a los empleadores y trabajadores (“peligro espiritual”). En concreto, resultan esclarecedoras y directas sus palabras sobre este último riesgo: «una de las frases o esquemas que no ya como laboristas, sino como hombres más ha herido nuestra sensibilidad, es la doctrina, según la cual el trabajador no contrata su trabajo, expresión máxima de su dignidad humana, sino que es insertado en la empresa, insertado como una pieza en una máquina para la cual ha sido construida» (pp. 273-274). Y finaliza su estudio, con «que tal pretendida novedad jurídica [personalizar jurídico-laboralmente la empresa] no lo es en realidad, y que tuvo sus máximos exponentes en los fallidos intentos doctrinales y legislativos del nacional-sindicalismo alemán, por lo que el pretendido avance que se trata de lograr, puede en realidad representar un serio retroceso» (p. 292). En línea similar, Michel Despax manifestó los peligros de la colectivización de la empresa (*vid.* M. DESPAX, *L’entreprise et le Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 415).

⁷⁰ *Vid.* A. MARTÍN VALVERDE, *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*, cit., pp. 81-82; J.L. MONEREO PÉREZ, *Estudio preliminar: «La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas»*, cit., pp. LIII-LIV; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Contrato de trabajo y relación de trabajo (Balance provisional de una polémica)*, cit., pp. 21-22.

⁷¹ *Vid.* J.L. DE MESQUITA, *El poder disciplinario laboral*, en *Cuadernos de Política Social*, 1951, n. 2, pp. 12-14.

despreciado, e, incluso, ignorado porque todo queda subordinado a un bien superior – la comunidad y la nación –, sustituyéndose así la causa del contrato por la función vital de una supuesta armonía económica y social⁷².

Este intento de armonización jurídico-económica es, en realidad, reflejo de la negación de la pluralidad de ideas, fines y medios propios de un sistema democrático⁷³. Por ello, resultan de difícil encaje en un Estado social y democrático de Derecho – por ejemplo, en España, art. 1.1 de la Constitución Española de 1978 (CE) – las visiones acontractualistas y relacionistas⁷⁴.

De hecho, este tipo de posturas fueron profundamente revisadas, matizadas o negadas por sus orígenes ideológicos vinculados al fascismo/nazismo después de un largo debate académico – «lucha entre el contrato y la relación de trabajo» –, si bien en algunos casos en la influyente doctrina alemana permanecían o parecían existir ecos de la idea de comunidad incluso hasta como mínimo la década de 1960⁷⁵.

En este último sentido, debe ponerse de relieve que existió cierta reformulación teórico-dogmática – pero con mantenimiento de fondo postulados (muy) cercanos a los de Siebert – por parte del jurista alemán Arthur Nikisch (1888-1968) en su última etapa de la vida. Así, Nikisch – que fue profesor en la Universidad de Kiel, Leipzig y Estrasburgo – formuló la “teoría de la incorporación”⁷⁶. Bajo ella se defendió que la dependencia

⁷² Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Bases para una configuración comunitaria de la empresa en España*, en *Revista de Trabajo*, 1973, n. 41-42, p. 351.

⁷³ Vid. A. MONTÓYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Civitas, 2009, p. 422.

⁷⁴ Vid. J.L. GIL Y GIL, *Principios de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003, p. 196.

⁷⁵ Así, resulta ejemplificador el importante e influyente compendio de Hueck y Nipperdey de la década de 1960 en la que todavía se afirmaba: «contrariamente a la concepción liberal, actualmente se subraya que el trabajo aportado personalmente por el trabajador, y prestado al empleador en situación de dependencia personal, comprende la personalidad misma del trabajador y no se reduce, desde luego, a una simple obligación de prestación material. Por esta razón, se configura el contrato de trabajo como un contrato jurídico personal, y la relación de trabajo como una relación jurídica personal, dominada por el principio de una mutua lealtad, y, a causa de esta lealtad vinculante entre ambas partes, considerada una relación comunitaria. Por ello el contrato de trabajo es también un contrato generador de vínculos comunitarios [...] la concepción hoy día dominante, en la moderna doctrina sobre la naturaleza del contrato de trabajo, niega reiteradamente su carácter de contrato obligacional [...]. La concepción actual encuentra el centro gravedad, especialmente, en la constitución de la comunidad, la cual representa, en este sentido, el fundamento de los derechos y obligaciones individuales» (A. HUECK, H.C. NIPPERDEY, *op. cit.*, pp. 87-88).

⁷⁶ Vid. A. NIKISCH, *La incorporación y su significado en el Derecho del Trabajo*, en *Revista de Política Social*, 1961, n. 49, *passim* (orig.: *Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht*, en *Recht der Arbeit*, 1960, vol. 8, n. 1, pp. 1-5).

(jurídica) del trabajador no tenía origen en las instrucciones del empleador sino en «su incorporación a un círculo de vida y trabajo ajeno», generándose un «vínculo personal de las partes que obliga al trabajador a fidelidad y al empresario [el empleador] a la protección del trabajador», obligándose el trabajador no solo a prestar sus servicios, sino a entrar «en la empresa o en el círculo de vida privada» del empleador y desarrollándose así, mediante la ejecución del trabajo, una relación comunitaria⁷⁷.

En todo caso, a pesar de ciertas ecos y reminiscencias propias del tiempo justo después de la Segunda Guerra Mundial – sobre todo, en el Derecho del Trabajo Alemán (y la pervivencia en los Estados que continuaron sufriendo el fascismo posteriormente a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, tales como España y Portugal) –, el rechazo y decadencia de estas teorías fue paulatinamente generalizándose.

A este respecto, tal y como ha puesto de relieve Alain Supiot, resulta extremadamente ejemplificador como la síntesis del estudio del contrato de trabajo de los 6 Estados miembros de la antigua Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) del año 1965⁷⁸ – realizado por reputados juristas a instancias de esta organización – entendiera superada la teoría de la relación de trabajo y la inconsistencia de la empresa como comunidad de trabajo⁷⁹.

En concreto, después de resumir brevemente la teoría de la relación de trabajo, la idea de comunidad de trabajo y la integración del trabajador en ella – remitiendo su origen al organicismo que representó von Gierke, así como citando otros autores, especialmente el Prof. Durand –, se enfatiza⁸⁰: 1) la inconsistencia de estas formulaciones, en especial mediante la contraposición de la importancia del contrato como negocio jurídico, el sistema de fuentes laborales y el consentimiento del trabajador; 2) la ambigüedad de la noción de la empresa y su falta de personalidad jurídica; y 3) la eventual utilización de la expresión de “relación de trabajo” en algún texto legal como no incompatible con una verdadera concepción estrictamente contractual.

Ahora bien, ¿en el Derecho del Trabajo del siglo XXI están realmente superadas las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias?

⁷⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁸ *Vid.* G. BOLDT *ET AL.*, *op. cit.*, *passim*. Los Estado miembros de la CECA fueron Francia, Alemania Occidental, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos.

⁷⁹ *Vid.* A. SUPIOT, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁸⁰ *Vid.* G.H. CAMERLYNCK, *op. cit.*, pp. 147-153.

3. Ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el actual Derecho del Trabajo de fundamento contractualista

En la actualidad las normas laborales están formuladas con una fuerte visión contractualista, reflejo de la teoría general de las obligaciones y contratos y seguramente por una (aparente) victoria del liberalismo y del derecho romanista, y ello a pesar de las muchas peculiaridades del contrato de trabajo⁸¹.

Ejemplo de ello, y específicamente en el ordenamiento español, es que normativamente existe una presunción de existencia de un contrato de trabajo «entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel» (art. 8.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores – ET). Por tanto, un claro alejamiento, incluso, podríamos llegar a decir “negación” de la teoría de la incorporación en el actual ordenamiento jurídico español⁸².

Por otro lado, el contrato de trabajo, a pesar de que implica el ejercicio de facultades empleadoras, que conlleva cierta subordinación de la persona trabajadora, ni mucho menos es contradictorio con los valores liberales del respeto mutuo, la protección de Libertades Civiles y los Derechos Fundamentales en la empresa en la medida que se establecen precauciones y contrapesos protectores⁸³. La cooperación entre empleadores y personas trabajadoras necesaria en la empresa no solo «no diluye, ni reduce la oposición [de sus] intereses»⁸⁴, sino que no debería de hacerlo ni intentarlo bajo un pretendido “bien superior” que se opone frontalmente a los Derechos Humanos y Fundamentales.

Pero bien es cierto que, con mayor o menor frecuencia, puede llegar a ser olvidada esta vertiente constitucionalista del contrato del trabajo⁸⁵ y las pulsiones relativistas y acontractualistas autoritarias permanecen, se reflejan

⁸¹ Vid. C. MOLERO MANGLANO, *El contrato de trabajo*, en C. MOLERO MANGLANO (dir.), *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 74.

⁸² Vid. M.C. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, Consejo Económico y Social, 2007, pp. 54-55.

⁸³ Vid., extensamente, y por todos, H. COLLINS, *Is the Contract of Employment Illiberal?*, en H. COLLINS, G. LESTER, V. MANTOUVALOU (eds.), *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 48-67.

⁸⁴ Vid. J. RIVERO LAMAS, *Estructura de la empresa y participación obrera: estudios sobre el jurado de empresa*, cit., p. 81.

⁸⁵ Vid. C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *Teoría general de los Derechos Fundamentales en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 2018, pp. 97-98.

o reviven en las normas, instituciones, conflictos jurídicos y de intereses y los discursos académicos, judiciales y políticos en el marco del contractualismo – mezclándose y haciéndose bien evidentes o sutilmente subyacentes – del siglo XXI.

Y es que así es porque, en realidad, las teorías relativistas y acontractualistas, a pesar de sus fuertes connotaciones políticas, sí que tuvieron el acierto de poner de relieve la dimensión personal innegable del contrato de trabajo, la cual provoca su inestabilidad y transformación permanente al cambiar y evolucionar tanto la persona trabajadora, el empleador, los *stakeholders* de la empresa y, en definitiva, la sociedad⁸⁶. Además, en cierta medida, apelaban a dotar de sentido al trabajo más allá del mismo mediante la apelación y exaltación a un propósito, idea o ideal (en su caso, la comunidad y su bienestar): una cuestión que todavía es objeto de preocupación y ocupación y que hoy en día evoca a realizar una “trabajo con sentido” – que trasciende a uno mismo (“*meaningful work*”) – tanto desde un punto de vista objetivo y subjetivo⁸⁷.

Además, incluso en dirección contraria y mediante la ciencia ficción – en principio hasta día de hoy y, en concreto, vía la serie *Severance* (separación) –, podemos ser capaces de intuir y augurar (¿distópicamente?) cómo de problemática podría llegar a ser la científica y estricta división del trabajo (contrato de trabajo) y la vida privada/familiar (factor extralaboral y extracontractual)⁸⁸.

⁸⁶ En sentido similar, Supiot si bien concibiéndolo más bien como un crítico dilema o contexto ambivalente: «el “precio” de que se haya aceptado de que estemos ante un contrato de trabajo ha sido la incorporación de aspectos de concepción germánica» y «el trabajo humano se halla siempre en el punto de encuentro del hombre y de las cosas, y el jurista dudará siempre si lo sitúa en el derecho de personas o en el derecho de bienes, y no podrá eludir totalmente uno u otro de tales aspectos. Siempre habrá, pues, una tensión, un equilibrio más o menos estable en la definición del trabajo asalariado, entre de una parte la idea de cambio de trabajo por dinero, que remite a las categorías de pensamiento del derecho de obligaciones, y de otra la idea de subordinación de la persona, que reenvía a las categorías de pensamiento del derecho de personas» (*vid.* A. SUPIOT, *op. cit.*, pp. 44-50; entrecomillado pp. 44 y 49, respectivamente). También, Monereo Pérez remarcando y argumentando la existencia de una combinación tensa entre *status* y contrato en la «constitución del trabajo» (*vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, 1999, pp. 206-214).

⁸⁷ Sobre el debate del significado e implicaciones del “*meaningful work*”, entre muchos otros y por todos, K. LAASER, J.C. KARLSSON, *Towards a Sociology of Meaningful Work*, in *Work, Employment and Society*, 2022, vol. 36, n. 5, *passim*; y R. YEOMAN, *Conceptualising Meaningful Work as a Fundamental Human Need*, in *Journal Business Ethics*, 2014, vol. 125, n. 2, *passim*.

⁸⁸ La multipremiada serie *Severance*, creada por Dan Erickson y dirigida por Ben Stiller y Aoife McArdle y difundida vía Apple TV+ a partir del 18 de febrero de 2022, expone cómo Lumon Industries utiliza un procedimiento médico de “separación” de los recuerdos

Por tanto, a pesar de que parecería que el contractualismo ha vencido gracias también a una “redescubrimiento” de la importancia de la libertad del individuo y que es más acorde con los valores postmodernos, el contrato del trabajo, la persona trabajadora y el empleador no son los únicos actores que modelizan el Derecho del Trabajo y, así, en cierta medida pervive la idea de relación de trabajo que se genera mediante elementos «endo y extracontractuales»⁸⁹.

Desde nuestro punto de vista, por tanto, existen ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el actual Derecho del Trabajo de fundamento contractualista, las cuales pueden encontrarse – y no siendo una lista cerrada, cuestión importante – en normas e instituciones jurídico-laborales (§ 3.1), en la gestión de personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada y polarizada (§ 3.2) y en el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común (§ 3.3).

Analicemos a continuación, aunque sea brevemente y con destacables ejemplos, estos tres “escenarios” en los que existen ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el actual Derecho del Trabajo de fundamento contractualista.

3.1. En normas e instituciones jurídico-laborales

A nuestro parecer, en algunas normas e instituciones jurídico-laborales existen ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias. A modo de remarcables ejemplos – y por tanto – no pudiéndose considerar un listado cerrado, entendemos que estos ecos y permanencias se encuentran en 6 casos, situaciones o contextos de (o vinculados) a normas e instituciones jurídico-laborales: 1) la concepción de empresa como organización; 2) los efectos de la nulidad parcial y total del contrato de trabajo; 3) la sucesión de empresa; 4) las facultades empleadoras en el marco de las Empresas de Trabajo Temporal (ETI) y, en general, en el negocio jurídico de la cesión de la persona trabajadora en los supuestos considerados legales; 5) la cogestión y, de forma más amplia, las fórmulas

no laborales (vida familiar-privada) de algunos de sus trabajadores de sus recuerdos laborales (contrato laboral) y cómo Mark, uno de los trabajadores, descubre gradualmente una red de conspiración de ambos lados de la división a partir de la aparición en el lugar de trabajo una misteriosa trabajadora.

⁸⁹ En este sentido, *vid.* A. LOFFREDO, *Sobre las transformaciones de la figura del empresario: entre el contractualismo y sugerencias institucionalistas*, en L. GAETA, R. GALLARDO MOYA (dirs.), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2010, p. 45.

de participación intensa en la gestión empresarial o compromisos entre los representantes de las personas trabajadoras y los empleadores; y 6) el control y salvaguarda del principio de estabilidad del empleo por parte de las Administraciones Públicas y, en particular, ante los procesos de reestructuración y despidos colectivos. Analicemos cada uno de estos casos con cierto detenimiento.

En cuanto a la idea de empresa como organización, algunas veces existe cierta concepción de comprender que la empresa tiene un elemento organizador relevante a efectos jurídico-laborales que se encuentra, en el caso del ordenamiento jurídico español, en los arts. 1.1 y 1.2 ET, como ámbito de organización y de dirección y allí se “inserta” el trabajo como factor de producción⁹⁰.

Si bien este tipo de concepciones carecen – o parecen carecer a nuestro parecer – de toda óptica autoritaria, sí que pueden eventualmente asociarse a las teorías analizadas como ecos o reminiscencias en cuanto se apela, directa o indirectamente, a la idea de “comunidad” e “inserción”. Lo cierto es que nosotros nos mostramos contrarios a esta concepción porque a diferencia de lo que ha sostenido un sector doctrinal⁹¹, sí que entendemos que existe diferencia sensible y práctica en que se aplique una explicación contractual o no: si la empresa/organización es el empleador, la persona trabajadora podrá estar bajo la subordinación indiferenciada de la empresa/organización y ésta puede estar formada por varios sujetos independientes jurídicamente (la “empresa en forma de grupo” o como es, ampliamente conocido e incorrectamente desde un punto de vista técnico, el “grupo de empresas”); en cambio, bajo una perspectiva contractual, entendemos que se define – o, como mínimo, podemos definir con mayor claridad (y como mínimo *ex ante*) – bajo cuántos sujetos jurídicos o entidades *ex lege* – ej. comunidad de bienes – la persona trabajadora estará subordinada y son parte del contrato.

Respecto a los efectos de la nulidad parcial y total (arts. 9.1 y 9.2 ET,

⁹⁰ En esta línea, *vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, *Aspectos laborales de los grupos de empresas*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1985, n. 21, pp. 118-119; J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, A. GALLEGU MORALES, *La empresa en el ámbito laboral y en el fenómeno de los grupos de empresas en la jurisprudencia*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2000, n. 3, pp. 338-341; A. MONTOYA MELGAR, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, F.A. GONZÁLEZ DÍAZ (coords.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, 2011, p. 47; y F. SALINAS MOLINA, *La determinación del “verdadero empresario” en la relación laboral*, en *Actum Social*, 2017, n. 120.

⁹¹ *Vid.* M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El poder disciplinar en la empresa*, Civitas, 1991, p. 33; y J. MARTÍN BLANCO, *op. cit.*, p. 182.

en el ordenamiento español) como ecos y permanencias de las ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias, podemos destacar que en el primer supuesto la persona trabajadora puede exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido; y en el segundo, una sustitución e integración del contrato mediante el sistema de fuentes previsto legalmente (art. 3.1 ET). Estas manifestaciones del “principio de conservación del negocio” – que actualmente son reflejo constitucional del principio de estabilidad en el empleo (en el ordenamiento español, art. 35 CE)⁹² – pueden entenderse que son posibles gracias a que se prima como causa constitutiva – o como mínimo elemento *ex ante* o preexistente – una “relación de trabajo”⁹³.

Por otro lado, seguramente la sucesión de empresa (art. 44 ET en el ordenamiento español; y Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; y amplísima jurisprudencia tanto nacional como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) es aquella institución jurídica donde de una manera más clara se ve cierta visión incorporacionista en la medida que el destino de la persona trabajadora va unido a la unidad productiva (una empresa).

A nuestro parecer, jurídica y excepcionalmente es aceptable por atender al principio de estabilidad en el empleo⁹⁴. Como bien ya expuso en el año 1987 el Tribunal Supremo Español:

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores constituye una firme garantía de estabilidad en el empleo, por cuanto inequívocamente éste [el trabajador] no se encuentra “situado” en otra persona y sí en una empresa⁹⁵.

De este modo, en este excepcional escenario momentáneamente dejamos al margen la naturaleza contractual y llegamos a interpretar que

⁹² Sobre la relación entre el principio de conservación del negocio y la nulidad total y parcial del contrato de trabajo, *vid.*, por todos y extensamente, M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, 1975, *passim*.

⁹³ Críticamente sobre esta posible concepción, al entender que en realidad los efectos jurídicos no son causa de una “relación de trabajo” sino por cómo la legislación lo regula, *vid.* J. MARTÍN BLANCO, *op. cit.*, pp. 183-186.

⁹⁴ En el mismo sentido, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Aranzadi, 2011, p. 242; y A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 41.

⁹⁵ STS 16 febrero 1987, FD 4º.

el personal está tan ligado a la empresa que un cambio de titular no supone alteración alguna, de modo que los contratos de trabajo persisten idénticamente con el adquirente de la empresa. La idea de la comunidad de trabajo que constituye la vida en la empresa conforma la exégesis del principio de continuidad del contrato de trabajo en la sucesión de empresas⁹⁶.

Claramente, este efecto puede presentar dudas desde una mera visión contractualista⁹⁷: 1) no existe novación extintiva, puesto que el mismo contrato continua vigente; 2) tampoco cesión de crédito, puesto que se transmite/cede la posición de acreedor (empleadora) y la empresa; y 3) ni asunción de deudas (art. 1205 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil), ya que no existe conformidad del acreedor.

En todo caso, a nuestro parecer, si bien puede calificarse como “subrogación *ope legis*”⁹⁸, entendemos que se trata de una excepcional novación modificativa subjetiva (subrogatoria) *ex lege* de la parte empleadora en cada uno de los contratos de trabajos individualmente afectados⁹⁹:

La novación subjetiva en el empleador no afecta a las relaciones laborales que en la empresa existieren. Se trata, en definitiva, de una nueva expresión legislativa de la voluntad del sistema de proteger la estabilidad en el empleo¹⁰⁰.

Asimismo, y como cuarto caso, en el marco de las ETT podemos ver ecos de la “incorporación del trabajador en la empresa” puesto que se modifica claramente el enfoque contractualista de las facultades empleadoras: en el marco de la cesión y durante la actividad laboral las facultades de dirección y control y la facultad disciplinaria se ejercen jurídicamente desde la empresa usuaria y por su empleador – desde la ETT – respectivamente (en el ordenamiento español, art. 15 de Ley 14/1994, de

⁹⁶ Así, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Sucesión de contratatas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma*, en *IUSLabor*, 2017, n. 1, p. 7.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 8.

⁹⁸ En este sentido, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Sucesión de contratatas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma*, cit., p. 8, siguiendo la opinión de J. RIVERO LAMAS, *Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la Empresa*, en *Revista de Política Social*, 1962, n. 55, pp. 39-47. De forma similar, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *op. cit.*, pp. 237-238.

⁹⁹ En sentido parecido, *vid.* M. ALONSO OLEA, *Suspensión e interrupción del contrato de trabajo*, en *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro*, 1970, n. 1, p. 97.

¹⁰⁰ STS 11 diciembre 1985, FD 7º.

1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal), pero se potencia una visión de organización de la empresa usuaria – como un todo – donde la persona trabajadora se debe “adaptar” a la empresa usuaria¹⁰¹.

De hecho, análoga y prototípicamente, ello sucede generalmente en cualquier contexto del negocio jurídico de la cesión de una persona trabajadora cuando ésta es considerada legal, por ejemplo, en la cesión en el marco del grupo de empresas considerada legal vía jurisprudencial en el ordenamiento laboral español en la actualidad¹⁰².

Por otro lado, y como quinto contexto, las llamadas fórmulas de cogestión – teniendo como ejemplo clásico (e idealizado) el ordenamiento alemán¹⁰³ – y, de forma más amplia, las fórmulas de participación intensa en la gestión empresarial o compromisos entre los representantes de las personas trabajadoras y los empleadores pueden ser vistas como un escenario donde se prima la estabilidad, el no conflicto «la paz social» y el «bienestar, prosperidad y futuro común de la empresa»¹⁰⁴.

Finalmente, y como sexto y último escenario, la apelación histórica de la necesaria supervisión de las Administraciones Públicas de las reestructuraciones jurídico-laborales puede considerarse como una visión comunitarista de la empresa.

En concreto, ésta se manifestó normativa y jurisprudencialmente hasta la década de 1980 intensamente¹⁰⁵, pero reaparece en períodos de crisis económica o cuando se ve amenazado, con mayor o menor intensidad y

¹⁰¹ Extensamente, *vid.* C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 66-75.

¹⁰² *Vid.*, por todas, STS 26 noviembre 1990 (rec. 117/1990); STS 4 julio 2006 (rec. 1077/2005); y STS 25 junio 2009 (rec. 57/2008).

¹⁰³ Según Magotsch y Morgenroth la tendencia histórica es que solo alrededor de un 1/3 de los trabajadores en Alemania son empleados por una sociedad limitada o anónima donde existen fórmulas de cogestión. Para una panorámica sobre la regulación de la cogestión en el ordenamiento alemán, *vid.* M. MAGOTSCH, S. MORGENROTH, *Employee Co-Determination at Board Level*, in J. KIRCHNER, P.R. KREMP, M. MAGOTSCH (eds.), *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Springer, 2018, en especial, sobre estas estadísticas, pp. 375-376. Para una visión de ámbito europeo sobre la representación de los trabajadores a través de su participación en la gestión empresarial y la cogestión en el ámbito europeo, *vid.* L. GORDO GONZÁLEZ, *La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 265 ss.

¹⁰⁴ En todo caso, como apuntó Pedrazzoli este tipo de participación no implica solo cooperación, sino también posible conflicto: no existe predeterminación ni negación tanto de medidas de integración como de reivindicación de los representantes de los trabajadores (*vid.* M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, 1985, p. 181).

¹⁰⁵ Para el caso español, *vid.*, por todos, G. BAYÓN CHACÓN, M. ALONSO OLEA (coords.), *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Universidad de Madrid, 1970, *passim*.

veracidad o realidad, un interés colectivo de un grupo, ciudad, región o Estado – en particular, en procesos de reconversión o crisis empresarial, sea o no por causa de fuerza mayor – al entenderse que puede verse trastornada la paz social y económica.

A nuestro parecer, constituye un ejemplo reciente y palmario las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y, en general, todo el abanico normativo de índole jurídico-laboral adoptados como consecuencia de la emergencia sanitaria de la Covid-19 (el Gran Confinamiento) en gran parte de Estados (europeos). También lo puede ser, por ejemplo y sin mucho menos ánimo de exhaustividad y en ordenamiento español, el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (art. 47-*bis* ET) y el deber de notificar a la autoridad laboral competente con una antelación mínima de 6 meses al inicio del periodo de consultas de un despido colectivo ante el futuro cierre de uno o más centros de trabajo en determinados casos (disp. adic. 6.ª del Real Decreto 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).

Así, por un lado, y sin ánimo de exhaustividad, y en cuanto al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, éste se activa por el Consejo de Ministros y tiene el objetivo de estabilizar el empleo ante «una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización» (modalidad cíclica del Mecanismo RED) y «cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras» (modalidad sectorial del Mecanismo RED). En cambio, por otro, y respecto al deber de notificar a la autoridad laboral competente con una antelación mínima de 6 meses al inicio del periodo de consultas de un despido colectivo ante el futuro cierre de uno o más centros de trabajo en determinadas condiciones, se establece la obligación del empleador de deber de notificar a la autoridad laboral competente por razón del territorio y al Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de medios electrónicos y con una antelación mínima de 6 meses a la comunicación del inicio el período de consultas, así como remitir copia de dicha notificación a las organizaciones sindicales más representativas y a las representativas del sector al que pertenezca la empresa, tanto a nivel estatal como de la Comunidad Autónoma donde se ubiquen el centro o centros de trabajo que se pretenden cerrar siempre y cuando suponga el cese definitivo de la actividad y el despido de cincuenta o más trabajadores. Además, en el caso

en que no sea posible observar la mencionada antelación mínima, deberá realizarse la notificación tan pronto como fuese posible y justificando las razones por las que no se pudo respetar el plazo establecido.

De hecho, y más allá de estas concretas medidas y del ordenamiento español, si bien existe un carácter oscilante de la intensidad de la Administración en el control y salvaguarda del principio de estabilidad del empleo, ésta no deja de ser reflejo, en última instancia, de las mayorías políticas y gobiernos de cada concreto momento histórico. Y es que, en efecto, la pervivencia, existencia y (re)introducción de este tipo de supervisiones y medidas pueden llegar a ser eventualmente comprendidas como la búsqueda político-jurídica de un «régimen de garantías de los derechos de una comunidad socialmente organizada y de cada uno de sus componentes en calidad de miembros de la comunidad [...] [porque al tener esta] vida propia, cada norma debe tenerla presente para que no se produzcan entre ellas una falta de adaptación»¹⁰⁶.

Habiendo analizado hasta 6 casos de escenarios, normas e instituciones jurídico-laborales en los que entendemos que existen ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias – lista, en todo caso, como advertíamos, no cerrada –, procedemos a analizar en el siguiente § 3.2 los ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en la gestión de las personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada y polarizada.

3.2. En la gestión de personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada y polarizada

Desde nuestro punto de vista, en la gestión de las personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada y polarizada existen ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias. Son ecos y permanencias sutiles pero que, si uno analiza detenidamente – y conoce dichas tesis (y que han sido analizadas en el § 2 y, en especial, §§ 2.2 y 2.3) –, puede llegar a asombrarse.

Las problemáticas del conflicto conciliación de vida profesional con la familiar – o, mejor dicho, privada/personal más allá del ámbito familiar – no dejan de ser, en muchos casos, reflejo de una concepción, gestión y cultura poco contractualista y muy relacionista y acontractualista.

¹⁰⁶ Vid. G. BAYÓN CHACÓN, *La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas*, en G. BAYÓN CHACÓN, M. ALONSO OLEA (coords.), *op. cit.*, p. 15.

Así, si desde la perspectiva empleadora aquello que existe no es tanto un contrato (de trabajo) sino algo distinto como una relación – incluso familiar –, resulta lógico desde dicha óptica no concebir o, como mínimo, no acabar de comprender o respetar – externa e internamente – los límites propios del tiempo de trabajo. Por tanto, desde dicha concepción la disponibilidad de la persona trabajadora debe ser máxima y las normas laborales y el contrato devienen meros formalismos que fácilmente se superan *de facto* por una reivindicación del bien común empresarial y de las ideas de comunidad y familia.

De este modo, en una economía y sociedad digitalizada como la actual, la desconexión digital laboral – que, en realidad, protege directa o indirectamente, múltiples bienes jurídicos asociados a Derechos Fundamentales¹⁰⁷ – pierde sentido desde dicho punto de vista y no existen límites entre lo laboral y lo personal-privado-familiar, pues todo es uno (una mezcla indistinguible) a favor y subordinado a la comunidad y la empresa. Es más, repárese que el uso de uso de los dispositivos móviles personales para fines profesiones (*Bring Your Own Device* – BYOD) no dejaría de ser, en cierta medida y consciente o inconscientemente, un reflejo de este tipo estas visiones¹⁰⁸.

Téngase en cuenta, en todo caso, que tales visiones no son acordes con los ordenamientos jurídicos de corte liberal y que justamente son los actualmente vigentes en una (gran) parte de Estados, como mínimo, hasta la fecha, sobre todo, en la Unión Europea.

A estos efectos, tomando como ejemplo el ordenamiento jurídico español, la óptica absolutamente liberal ha sido indirectamente reconocida por el propio Tribunal Constitucional Español al entender, en esencia, que el tiempo extralaboral – es decir, fuera del tiempo de trabajo – no puede concebirse como el mero descanso/recuperación para el trabajador para

¹⁰⁷ Sin mucho menos ánimo de exhaustividad, la multidimensionalidad de la desconexión digital laboral es mucho más amplia de lo que pudiera inicialmente imaginarse y se estaría protegiendo, como mínimo y a nuestro parecer, hasta 8 bienes jurídicos desde un punto de vista del trabajador: 1) la salud y la seguridad (vida e integridad física y moral) (arts. 15, 40, 43.1 y 43.2 CE); 2) la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE); 3) el honor (art. 18.1 CE); 4) los datos personales – libertad informática – (art. 18.4 CE); 5) la familia y su bienestar (incluyendo el cuidado de menores de edad, familiares y personas dependientes) (arts. 39.1 y 39.3); 6) la remuneración equitativa y suficiente del trabajo (art. 35.1 CE); 7) la igualdad y la no discriminación – incluyendo, especialmente, pero no solo, la de razón por sexo – (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE); y 8) la libertad y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1, 9.2 y 10 CE).

¹⁰⁸ Sobre el BYOD y el Derecho del Trabajo, nos remitimos a O. CREMADES CHUECA, *Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 423, *passim*.

poder volver a trabajar al 100% – como si se tratara de un simple recurso productivo que debe recuperarse para volver a obtenerse un (perfecto) rendimiento –, sino que es tiempo de vida autodeterminado y de responsabilidad de la propia persona trabajadora, como ser humano libre, digno y que decide su personalidad y plan de vida¹⁰⁹.

Por otro lado, y sin mucho menos ánimo de exhaustividad, la polarización política y el activismo creciente en muchas y diversas causas también pensamos que influye y tiende a acentuar o revivir ecos, persistencias y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias.

En concreto, los empleadores cada vez más tienden a acoger y manifestar valores e ideologías que intentan no solo exteriorizar en el mercado (cuando son también, generalmente, empresarios) – y, en especial, a y para sus clientes –, sino influenciar e imponerlos a las personas trabajadoras muchas veces apelando, en última instancia, a la idea de comunidad, equipo y “ser/pertenecer de/a la empresa”, y no sólo bajo una eventual visión de ejercicio de la facultad de dirección. En este sentido, el eventual auge de las llamadas jurisprudencialmente “empresas de tendencia” e “ideológicas” en el siglo XXI – o (auto)pretendidas como ellas desde la óptica empleadora¹¹⁰ –, y que lógicamente condicionan la gestión de las personas trabajadoras en el día a día, puede ser un riesgo de reflorecimiento de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que, indudablemente, debería de ponerse freno ante (auto)pretendidos empleadores de tendencia e ideológicos que con sus actuaciones pueden estar sobrepasando ciertos límites y violentar o violar gravemente Derechos Fundamentales e iniciarse – como parece que pudiera estar haciendo o, iniciando, el Tribunal Constitucional Español – una corriente jurisprudencial más restrictiva respecto a ellas y “fortalecer” las libertades individuales (civiles) de las personas trabajadoras (Derechos Laborales Fundamentales inespecíficos)¹¹¹.

Por otro lado, y sin ánimo de exhaustividad, es relevante apuntar que

¹⁰⁹ *Vid.* STC 192/2003, de 27 de octubre (rec. 4492/2001), FD 7º.

¹¹⁰ Sobre las empresas ideológicas o de tendencia y su impacto en el ámbito de las relaciones laborales en general, por todos, *vid.* F. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986, *passim*; F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica: Derechos Fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social, 1995, *passim*; F. VALDÉS DAL-RÉ, *Libertad ideológica y contrato de trabajo: una aproximación de Derecho comparado*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2004, n. 2, *passim*.

¹¹¹ *Vid.* STC 79/2023, de 3 de julio (rec. 3638/2020), *passim*.

más allá del ámbito de las “empresas de tendencia” e “ideológicas” se observa cada vez más un intento de ampliar o uso del – si me permiten la expresión – “radio de acción” de la facultad disciplinaria hacia comportamientos no realizados *stricto sensu* en tiempo de trabajo – y en los median o están presentes, cada vez más, redes sociales, aplicaciones móviles o algún componente digitales – con apelación a la repercusión (y valores) de la imagen empresarial y, en general, a la transgresión de la buena fe contractual. De hecho, podría potencialmente hipotizarse que bajo la apelación de la transgresión de la buena fe contractual en algunos casos subyace la idea de “incorporación del trabajador en la empresa” y un supuesto “deber de fidelidad”.

Finalmente, y más allá de la cuestión del lenguaje que apuntaremos en el siguiente § 3.3 sobre la expresión “recursos humanos”, Johann Chapoutot – profesor de Historia Contemporánea de la Universidad Sorbona Nueva-París 3 especializado en la Alemania Nazi – ha apuntado que la llamada cultura moderna de “gestión de recursos humanos” (“*management of human resources*”) podría tener fundamentos e importantes conexiones en la concepción nazi de gestionar las personas trabajadoras – y, por tanto, derivado de ello, añadimos nosotros aquí, en las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias analizadas ya en el § 2 y, especialmente, en el § 2.2 – por un hecho seguramente sorprendente: Reinhard Höhn (1904-2000), comandante de las SS y una de las mentes jurídicas más brillantes de la Alemania Nazi – arquetipo de los fervientes tecnócratas e intelectuales que construyeron el Tercer Reich –, tras la derrota de Alemania y unos años en la clandestinidad, emergió a principios de la década de 1950 como fundador y director de una renombrada escuela de gestión en Baja Sajonia en la que un gran número de líderes empresariales de la Alemania de posguerra (más de 600.000 ejecutivos) se educaron en su escuela de administración y en la que fueron profesores múltiples excomandantes de las SS¹¹².

Habiendo puesto de manifiesto cómo, a nuestro parecer, en la gestión de las personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada y polarizada existen ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias, procedemos a analizar en el siguiente y último § 3.3 dichos ecos y permanencias en el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común.

¹¹² Vid. J. CHAPOUTOT, *Free to Obey. How the Nazis Invented Modern Management*, Europa, 2023 (orig.: *Libres d'obéir: le management, du nazisme à aujourd'hui*, Gallimard, 2020).

3.3. En el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común

Si bien consideramos que el lenguaje *per se* no modifica las realidades fácticas, pues ella depende de muchos otros factores – y asumir una visión reduccionista del lenguaje podría eventual y potencialmente recordar y llevar a autoritarismos (históricos) –, sí que, en cierta medida, refleja indirectamente, en mayor o menor medida, una o la visión de la realidad actual y existente o que se tiene.

En este sentido, y respecto a la materia aquí de estudio, consideramos que existen expresiones o formas de referirse en el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común sobre contextos, ideas y situaciones laborales que pueden quizás ser o tener ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias, teniéndose que poner de relieve que muchas quizás sean por influencia de la lengua y cultura anglosajona y de disciplinas como la Economía o la Dirección de Empresas.

Empezando por una extremadamente utilizada que evoca la idea de las personas trabajadoras como “recursos que se incorporan a la empresa”: (gestión) de “recursos humanos” – en vez de (gestión de) “personas trabajadoras”, personal o trabajadores – o “me he (re)incorporado a la empresa (X)” y ha sido “(re)admitido/(re)admisión en la empresa”.

Por otro lado, la utilización de posesivos y evocación a la familia (“mi empresa”, “aquí somos como una familia” o “somos una familia”), (auto)llamarse “comunidad de ‘x’ empresa”, pensar en el “*work engagement*”, y “colaboradores” – en vez de trabajadores o personas trabajadoras – o “aquí estamos en mismo barco” o “debemos ir unidos” – apelaciones a lealtad, compromiso, incluso, fidelidad a la empresa y “su bien (superior)” – no dejan de ser evocaciones a la pertinencia, la uniformidad y al no conflicto (de intereses) propio, natural e intrínseco entre empleador/trabajador (“lucha de clases”).

Finalmente, surgen formas más complejas, tales como “*internal town hall meetings*” (realmente, reuniones informativas para las personas trabajadoras) o, una muy aceptada y utilizada frecuentemente como es “*afterwork*” (¿es realmente fuera/después del trabajo o es manifestación (indirecta) de la idea de “incorporación” en la empresa?).

Además, téngase en cuenta, tal y como apuntábamos al final del anterior § 3.2, que, según el historiador Johann Chapoutot, podría existir conexión de la cultura moderna de “gestión de recursos humanos” (“*management of human resources*”) con la concepción nazi de gestionar los trabajadores, y, por tanto, como derivada, añadimos nosotros, con las tesis

acontractualistas y relativistas autoritarias.

En definitiva, a nuestro parecer, en el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común existirían posibles ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias más de lo que quizás queramos ver, pensar o ser conscientes.

4. A modo de conclusión: no incentivación, explicitación, no olvido y eventual delicada y compleja depuración de los ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas en el actual Derecho del Trabajo

En este estudio hemos querido poner de relieve que el significado que se otorga al trabajo subordinado y la empresa ha ido evolucionando históricamente por motivos sociopolíticos, económicos y filosóficos y ello impacta cómo se comprende jurídico-laboralmente el nexo entre empleador y la persona trabajadora; y, en particular, nos hemos centrado en el estudio de las llamadas tesis “acontractualistas” y “relativistas” autoritarias iuslaborales frente al “contractualismo” iuslaboral.

El examen de los orígenes remotos de estas tesis nos ha permitido ser conscientes que muchos grandes pensadores (von Gierke, Rathenau y Sinzheimer) realizaron aportaciones críticas sugerentes y trascendentales para entender el Derecho del Trabajo, pero su tergiversación y reformulación por el nazismo y los fascismos derivó en unos esquemas/conceptos, políticas y prácticas profundamente iliberales y atentadoras de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Así, la relación de trabajo y las ideas de “incorporación”, “fidelidad” y “comunidad” enmascararon un falso paternalismo, pero que fue acogido y que tuvo grandes repercusiones en múltiples ordenamientos jurídicos y en la doctrina académica.

Posteriormente a la Segunda Guerra Mundial dichas tesis fueron rechazadas por sus orígenes; pero lo cierto es que en realidad, las teorías relativistas y acontractualistas, a pesar de sus fuertes connotaciones políticas, sí que tuvieron el acierto de poner de relieve la dimensión personal innegable del contrato de trabajo y que provoca su inestabilidad y transformación permanente al cambiar y evolucionar tanto la persona trabajadora, el empleador, los “*stakeholders*” de la empresa y, en definitiva, la sociedad. Por tanto, a pesar de que parecería que el contractualismo ha vencido gracias también a un “redescubrimiento” de la importancia de la libertad del individuo y que es más acorde con los valores postmodernos, el contrato del trabajo, la persona trabajadora y el empleador no son los únicos actores que (realmente) modelizan el Derecho del Trabajo y el

contrato de trabajo.

Finalmente, hemos podido analizar cómo existen, a nuestro parecer, muchos ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias a pesar de que en el actual Derecho del Trabajo del siglo XXI tiene un fundamento contractualista. No siendo una lista cerrada, lo hemos puesto de relieve y examinado, sobre todo, en algunas normas e instituciones jurídico-laborales – 1) la concepción de empresa como organización; 2) los efectos de la nulidad parcial y total del contrato de trabajo; 3) la sucesión de empresa; 4) las facultades empleadoras en el marco de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) y, en general, en el negocio jurídico de la cesión de la persona trabajadora en los supuestos considerados legales; 5) la cogestión y, de forma más amplia, las fórmulas de participación intensa en la gestión empresarial o compromisos entre los representantes de los trabajadores y los empleadores; y 6) el control y salvaguarda del principio de estabilidad del empleo por parte de las Administraciones Públicas y, en particular, ante los procesos de reestructuración y despidos colectivos (*vid. supra*, § 3.1) –, pero también en la gestión de las personas trabajadoras en el marco de una economía y sociedad digitalizada y polarizada – conflictos de conciliación vida profesional-privada así como sobre la desconexión digital; los conflictos en el marco de “empresas de tendencia” y empleadores “ideológicos”; el intento de ampliar o uso del “radio de acción” de la facultad disciplinaria hacia comportamientos no realizados *stricto sensu* en tiempo de trabajo con apelación a la repercusión (y valores) de la imagen empresarial y, en general, a la transgresión de la buena fe contractual; y la potencial vinculación entre los fundamentos de la cultura moderna de “gestión de recursos humanos” y la concepción nazi de gestionar los trabajadores –, así como en el lenguaje jurídico-laboral, en el de gestión de “recursos humanos” y en el común.

De este modo, y en la línea con lo expuesto al inicio de este estudio, paulatinamente hemos podido (re)pensar, (re)debatir y reivindicar una cuestión que consideramos de especial relevancia para el Derecho del Trabajo y quizás, a veces, olvidada: ¿estamos ante una relación de trabajo o un contrato de trabajo? ¿qué implicaciones prácticas conlleva estar ante uno u otro escenario? Y ello lo hemos realizado metodológicamente analizando y aunando aspectos de historia y filosofía del Derecho del Trabajo con el vigente y actual Derecho del Trabajo positivo y prácticas de gestión de personas.

Llegados a este punto, y a modo de conclusión, nos preguntamos ¿qué hacer antes los ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo?

La respuesta a esta cuestión no es ni mucho menos sencilla pero desde

nuestro punto de vista debería de pasar por: 1) la no incentivación de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el ordenamiento jurídico y, en general, en la sociedad; 2) la explicitación de su existencia y de su no olvido, poniéndose de manifiesto su profunda relevancia para el Derecho del Trabajo, la política y la sociedad – y, de hecho, este estudio es lo que indirectamente ha intentado realizar – y, por tanto, debiéndose de incluir como contenido docente en la docencia del Derecho del Trabajo, así como quizás también en otro tipo de docencia; y 3) una eventual y delicada y compleja depuración de los posibles ecos y permanencias de las tesis acontractualistas y relativistas en el actual Derecho del Trabajo siempre y cuando ello no derive en retroceso de los actuales derechos individuales y colectivos de las personas trabajadoras.

Esta – si me permiten la expresión – “hoja de ruta” (o similar) es, humildemente y a nuestro parecer, necesaria ante los peligros jurídicos, políticos y sociales no solo teóricos sino prácticos de las tesis acontractualistas y relativistas autoritarias en el Derecho del Trabajo y que han sido objeto de análisis en este estudio. Y es que, en última instancia, su eventual y efectiva expansión y (re)implantación pueden poner en jaque, menoscabar y destruir importantes derechos y libertades individuales y colectivos existentes que han sido alcanzados, se mantienen, se protegen o se intentan alcanzar – y citando a Churchill – con «sangre, esfuerzo, lágrimas y sudor».

5. Bibliografía

- ABRANTES J.J. (2006), *O Direito do Trabalho do “Estado Novo”*, en *Cultura*, vol. 23, pp. 331-339
- ALONSO OLEA M. (1970), *Suspensión e interrupción del contrato de trabajo*, en *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro*, n. 1, pp. 96-106
- AUNÓS PÉREZ E. (1935), *La Reforma Corporativa del Estado*, Manuel Aguilar
- AUNÓS PÉREZ E. (1930), *Estudios de Derecho corporativo, seguido de dos apéndices: legislación extranjera sobre conciliación y arbitraje, legislación y movimiento sindical de los principales países*, Reus
- AUNÓS PÉREZ E. (1929), *La organización corporativa y su posible desenvolvimiento: conferencia pronunciada el día 3 de Mayo, en el Ateneo de Madrid, por el Sr. D. Eduardo Aunós Pérez*, Ministerio de Trabajo y Previsión
- AUNÓS PÉREZ E. (1928), *El Estado corporativo: discurso pronunciado en la Unión Patriótica de Madrid, el día 16 de abril por el Excmo. Sr. D. Eduardo Aunós Pérez*, Ministro de Trabajo, Comercio e Industria, Talleres Gráficos de E. Giménez

- AUNÓS PÉREZ E. (1928), *La organización corporativa del trabajo*, Consejo Superior de Trabajo, Comercio e Industria
- AUNÓS PÉREZ E. (1928), *Las corporaciones del Trabajo en el Estado Moderno*, Biblioteca Marv
- BARREIRO GONZÁLEZ G. (1982), *Análisis crítico*, en O. VON GIERKE, *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas
- BAYLOS GRAU A. (2013), *Corporativismo y fascismo en el modelo laboral del primer franquismo*, en A. BAYLOS GRAU (coord.), *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo
- BAYLOS GRAU A. (1991), *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta
- BAYÓN CHACÓN G. (1970), *La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas*, en G. BAYÓN CHACÓN, M. ALONSO OLEA (coords.), *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Universidad de Madrid
- BAYÓN CHACÓN G. (1959), *El concepto jurídico-laboral de la empresa*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, n. 6, pp. 249-292
- BAYÓN CHACÓN G. (1957), *Grandezas, crisis y renacimiento del laboralismo alemán*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, n. 1, pp. 19-58
- BAYÓN CHACÓN G., ALONSO OLEA M. (coords.) (1970), *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Universidad de Madrid
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2017), *Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma*, en *IUSLabor*, n. 1, pp. 1-41
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2011), *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Aranzadi
- BLAT GIMENO F. (1986), *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
- BOLDT G., CAMERLYNCK G., HORION P., KAYSER A., LEVENBACH M.G., MENGONI L. (1965), *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Communautés Européennes
- BORRAJO DACRUZ E. (1973), *Bases para una configuración comunitaria de la empresa en España*, en *Revista de Trabajo*, n. 41-42, pp. 331-367
- CALVO GALLEGO F.J. (1995), *Contrato de trabajo y libertad ideológica: Derechos Fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social
- CAMERLYNCK G.H. (1965), *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. (rapport de synthèse)*, en G. BOLDT, G. CAMERLYNCK, P. HORION, A. KAYSER, M.G. LEVENBACH, L. MENGONI, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Communautés Européennes

- CAPILLA RONCERO F. (1993), *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos
- CHACARTEGUI JÁVEGA C. (2000), *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch
- CHAPOUTOT J. (2023), *Free to Obey. How the Nazis Invented Modern Management*, Europa (orig.: *Libres d'obéir: le management, du nazisme à aujourd'hui*, Gallimard, 2020)
- COLLINS H. (2018), *Is the Contract of Employment Illiberal?*, en H. COLLINS, G. LESTER, V. MANTOUVALOU (eds.), *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press
- COUNTOURIS N., DE STEFANO V. (2023), [The future concept of work](#), in K. ARABADJIEVA, N. COUNTOURIS, B. LUNA FABRIS, W. ZWYSEN (eds.), [Transformative ideas – ensuring a just share of progress for all](#), ETUI
- CREMADES CHUECA O. (2018), [Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo](#), en [Trabajo y Seguridad Social – CEF, n. 423](#), pp. 103-122
- CROCE M., SALVATORE A. (2013), *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge
- DA COSTA J.M. (1942), [El Estatuto portugués del trabajo](#), en [Revista de Estudios Políticos, n. 6](#), pp. 251-273
- DE LA VILLA GIL L.E. (2007), *Esquemas de derecho del trabajo: curso 1971-1972*, Universitat de València
- DE LA VILLA GIL L.E. (2003), *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares
- DE LA VILLA GIL L.E. (1961), *Relaciones laborales de hecho*, en *Revista de Derecho del Trabajo*, n. 47, pp. 3-11 (recopilado en M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coords.), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, CEF, 2006)
- DE LA VILLA GIL L.E. (1959), [In memoriam Wolfgang Siebert \(11-IV-1905 – 25-XI-1959\)](#), en [Cuadernos de Política Social, n. 43](#), pp. 133-139
- DE MESQUITA J.L. (1951), [El poder disciplinario laboral](#), en [Cuadernos de Política Social, n. 9](#), pp. 9-27
- DE MIGUEL BÁRCENA J., TAJADURA TEJADA J. (2018), *Kelsen versus Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Kadmos
- DE MIGUEL RODRÍGUEZ A. (1975), *Sociología del franquismo*, Euros
- DESPAX M. (1957), *L'entreprise et le Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- DURAND P. (1947), *La notion juridique de l'entreprise*, en AA.VV., *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Dalloz, vol. III

- DURAND P. (1944), *Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail*, en *Juris-Classeur Périodique*, n. I, pp. 387-412
- ESTEVE PARDO J. (2019), *El antiparlamentarismo y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons
- ESTÉVEZ ARAUJO J.A. (1989), *La crisis del Estado del Derecho Liberal: Schmitt en Weimar*, Ariel
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F. (1991), *El poder disciplinar en la empresa*, Civitas
- FRAENKEL E. (1982), *Democrazia collettiva*, en G. ARRIGO, G. VARDARO (eds.), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro (orig.: *Kollektive Demokratie*, en T. RAMM (ed.), *Arbeitsrecht und Politik: Quellentexte 1918-1938*, Luchterhand, 1966)
- FREEDLAND M., KOUNTOURIS N. (2011), *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press
- GARCÍA CONTRERAS R. (2018), *Eduardo Aunós, su vida y misterios: un ministro singular de Primo de Rivera y de Franco*, Almuzara
- GARCÍA MANRIQUE R. (1996), *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Centro de Estudios Constitucionales
- GARCÍA QUEIPO DE LLANO G. (1988), *Los intelectuales y la dictadura de Primo de Rivera*, Alianza
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J. (1939), *Del viejo Derecho Mercantil al Nuevo Derecho del Trabajo*, en J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, FE
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J. (1939), *Hacia un Nuevo Derecho Español de la Economía*, en J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, FE
- GELONCH SOLÉ J. (2015), *Eduardo Aunós, de una dictadura a otra. Autoritarismo, corporativismo y fascistización en España (1918-1945)*, en C. SINATRA (coord.), *Stampa e regimi: studi su Legioni e Falangi – Legiones y Falanges, una Rivista d'Italia e di Spagna*, Peter Lang
- GIL Y GIL J.L. (2003), *Principios de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
- GÓMEZ NAVARRO J.L. (1991), *El régimen de Primo de Rivera*, Cátedra
- GONZÁLEZ BIEDMA E. (1989), *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
- GONZÁLEZ CALLEJA E. (2005), *La España de Primo de Rivera: la modernización autoritaria, 1923-1930*, Alianza

- GORDO GONZÁLEZ L. (2019), *La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales*, Tirant lo Blanch
- GUTIÉRREZ LÁZARO C. (2005), *La alternativa corporativista. Eduardo Aunós Pérez y la Organización Corporativa Nacional*, en J. SOBREQUÉS I CALLICÓ, J. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, M. MORALES MONTOYA, M. URQUIJO GOITIA, M. CISNEROS (coords.), *Actes del 53^è Congrés de la Comissió Internacional per a l'Estudi de la Història de les Institucions Representatives i Parlamentàries*, Parlament de Catalunya, Museu d'Història de Catalunya, vol. II
- HAURIOU M. (2003), *Principios de derecho público y constitucional*, Comares (orig.: *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3^e année) et en doctorat es sciences politiques*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1916)
- HAURIOU M. (1968), *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Abeledo-Perrot (orig.: *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n. 4, pp. 2-45, reeditado en M. HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, 1986, pp. 89-128)
- HERNÁNDEZ MÁRQUEZ M. (1946), *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos
- HUECK A., NIPPERDEY H.C. (1963), *Compendio de Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho Privado (orig.: *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Franz Vahlen, 1959)
- KAHN-FREUND O. (1987), *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (orig.: *Labour and the Law*, Stevens, 1972)
- KESSLER C.H. (1930), *Walter Rathenau. His Life and Work*, Harcourt, Brace and Company
- LAASER K., KARLSSON J.C. (2022), *Towards a Sociology of Meaningful Work*, in *Work, Employment and Society*, vol. 36, n. 5, pp. 798-815
- LEGAZ LACAMBRA L. (1944), *¿Contrato de trabajo o relación de trabajo?*, en *Revista Internacional de Sociología*, n. 6, pp. 213-215
- LEGAZ LACAMBRA L. (1940), *Estudios de doctrina jurídica y social*, Bosch
- LOFFREDO A. (2010), *Sobre las transformaciones de la figura del empresario: entre el contractualismo y sugerencias institucionalistas*, en L. GAETA, R. GALLARDO MOYA (dirs.), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo
- LÓPEZ SÁNCHEZ M.C. (2007), *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, Consejo Económico y Social
- MAGOTSCH M., MORGENROTH S. (2018), *Employee Co-Determination at Board Level*, in J. KIRCHNER, P.R. KREMP, M. MAGOTSCH (eds.), *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Springer

- MARTÍN BLANCO J. (1957), *El contrato de trabajo: estudio sobre su naturaleza jurídica*, Revista de Derecho Privado
- MARTÍN VALVERDE A. (2021), *Derecho del trabajo y mercado de trabajo: evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Tecnos
- MARTÍN VALVERDE A. (1978), *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*, en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Editorial Universidad de Sevilla
- MARZAL FUENTES A. (1976), *Empresa y democracia económica*, Guadiana
- MAZZONI G. (1942), [*Los Principios de la «Carta del Lavoro» en la nueva codificación italiana*](#), en [*Revista de Estudios Políticos*, n. 6](#), pp. 227-250
- MEIERHENRICH J., SIMONS O. (eds.) (2016), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press
- MENÉNDEZ PIDAL J. (1952), *Derecho Social Español*, Revista de Derecho Privado, vol. I
- MIÑAMBRES PUIG C. (1985), *El centro de trabajo: el reflejo jurídico de las unidades de producción*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
- MOLERO MANGLANO C. (2017), *El contrato de trabajo*, en C. MOLERO MANGLANO (dir.), *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch
- MOLINERO RUIZ C., YSÀS SOLANES P. (1993), [*Productores disciplinados: control y represión laboral durante el franquismo \(1939-1958\)*](#), en [*Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 3](#), pp. 33-50
- MONEREO PÉREZ J.L. (2015), *Estudio preliminar: «La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas»*, en O. VON GIERKE, *La función social de Derecho Privado y otros estudios*, Comares
- MONEREO PÉREZ J.L. (1999), *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta
- MONEREO PÉREZ J.L. (1999), *La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 96, pp. 489-518
- MONEREO PÉREZ J.L. (1985), *Aspectos laborales de los grupos de empresas*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 21, pp. 83-119
- MONEREO PÉREZ J.L., MORENO VIDA M.N., GALLEGO MORALES A. (2000), *La empresa en el ámbito laboral y en el fenómeno de los grupos de empresas en la jurisprudencia*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 3, pp. 337-369
- MONTOYA MELGAR A. (2011), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, F.A. GONZÁLEZ DÍAZ (coords.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi

- MONTOYA MELGAR A. (2009), *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Civitas
- MONTOYA MELGAR A. (1972), *Sobre la esencia del derecho del Trabajo*, Escuela Social de Murcia
- MURILLO RUBIERA J. (1963), *El Derecho económico-social en el Fuero del Trabajo*, en *Revista de Política Social*, n. 58, pp. 5-22
- NIKISCH A. (1961), *La incorporación y su significado en el Derecho del Trabajo*, en *Revista de Política Social*, n. 49, pp. 7-22 (orig.: *Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht*, en *Recht der Arbeit*, 1960, vol. 8, n. 1, pp. 1-5)
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (2011), *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo en España (1873-1923)*, Tecnos
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (1975), *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos
- PAXTON R.O. (2005), *Anatomía del fascismo*, Península (orig.: *The Anatomy of Fascism*, Alfred A. Knopf, 2004)
- PEDRAZZOLI M. (1985), *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè
- PÉREZ BOTIJA E. (1942), *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 1, pp. 7-34
- PÉREZ BOTIJA E. (1941), *Importancia política del Derecho del Trabajo*, en *Revista de Trabajo*, n. 21-22, pp. 32-45
- POLO DÍEZ A. (1941), *Del contrato a la relación de trabajo*, en *Revista de Derecho Privado*, n. 288, pp. 1-17
- PRECIADO DOMÈNECH C.H. (2018), *Teoría general de los Derechos Fundamentales en el contrato de trabajo*, Aranzadi
- PRIMO DE RIVERA J.A. (2003), *Discurso en Pamplona de 15 de agosto de 1934 – Unidad frente al nacionalismo*, en J.A. PRIMO DE RIVERA, *Obras completas. Edición del centenario*, Plataforma, vol. I
- PRIMO DE RIVERA J.A. (1949), *Luz nueva en España*, en J.A. PRIMO DE RIVERA, *Obras Completas*, Publicaciones Españolas (y en J.A. PRIMO DE RIVERA, *Obras completas. Edición del centenario*, Plataforma, vol. I, 2003)
- RAPHAËL G. (1919), *Walther Rathenau: ses idées et ses projets d'organisation économique*, Payot
- RATHENAU W. (1966), *El nuevo Estado*, en W. RATHENAU, *La triple revolución. El nuevo Estado. La nueva sociedad*, Biblioteca Nueva, 1966 (orig.: *Der neue Staat*, S. Fischer, 1919)

- RATHENAU W. (1966), *La nueva sociedad*, en W. RATHENAU, *La triple revolución. El nuevo Estado. La nueva sociedad*, Biblioteca Nueva (orig.: *Die neue Gesellschaft*, S. Fischer, 1919)
- RATHENAU W. (1966), *La triple revolución*, en W. RATHENAU, *La triple revolución. El nuevo Estado. La nueva sociedad*, Biblioteca Nueva (orig.: *Kritik der dreifachen Revolution*, S. Fischer, 1919)
- RATHENAU W. (1922), *Où va le monde? Considérations philosophiques sur l'organisation sociale de demain*, Payot (orig.: *Von kommenden Dingen*, S. Fischer, 1917)
- RIPERT G. (2001), *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Comares (orig.: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946)
- RIVERO LAMAS J. (1997), *Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2, pp. 300-328
- RIVERO LAMAS J. (1997), *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 84, pp. 493-526
- RIVERO LAMAS J. (1969), *Estructura de la empresa y participación obrera: estudios sobre el jurado de empresa*, Ariel
- RIVERO LAMAS J. (1962), [Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la Empresa](#), en [Revista de Política Social](#), n. 55, pp. 29-73
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M. (1978), *Un modelo democrático de relaciones laborales*, en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Editorial Universidad de Sevilla
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M. (1967), *Contrato de trabajo y relación de trabajo (Balance provisional de una polémica)*, en *Anales de la Universidad Hispalense*, n. XXVII, pp. 1-92
- ROMANO S. (2013), *El ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (orig.: *L'ordinamento giuridico*, Enrico Spierri, 1917-1918)
- RUIZ RESA J.D. (2015), *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, Dykinson
- RUIZ RESA J.D. (2000), *Trabajo y franquismo*, Comares
- SALINAS MOLINA F. (2017), *La determinación del “verdadero empresario” en la relación laboral*, en *Actum Social*, n. 120
- SEMPERE NAVARRO A.V. (1982), *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Akal
- SIEBERT W. (1935), *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen*, Hanseatische Verlagsanstalt
- SINZHEIMER H. (1984), *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*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (orig.: *Die Fortbildung des Arbeitsrechts: Vortrag, gehalten auf der ersten Tagung des Allgemeinen freien Angestelltenbundes*, Allgemeiner freier Angestelltenbund (Dr. Pfirrmann), 1922)
- SINZHEIMER H. (1982), *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, in G. ARRIGO, G. VARDARO (eds.), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Edizioni Lavoro, pp. 53-78 (orig.: *Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses*, en F. NAPHTALI (ed.), *Wirtschaftsdemokratie. Ihr Wesen, Weg und Ziel*, Verlagsgesellschaft des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1928, pp. 127-153)
- SUÁREZ GONZÁLEZ F. (1960), *El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*, en *Cuadernos de Política Social*, n. 48, pp. 69-125
- SUPIOT A. (1996), *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (orig.: *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 1994)
- TEIXEIRA PEREIRA P. (2015), *O Estado Novo e a construção da sua política social. Previdência e assistência, 1933-1945*, U.Porto
- TURATI A., BOTTAI G. (1919), *La Carta del Lavoro illustrata e commentata*, Edizioni del Diritto del Lavoro
- VALDÉS DAL-RÉ F. (2004), *Libertad ideológica y contrato de trabajo: una aproximación de Derecho comparado*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2, pp. 17-26
- VON GIERKE O. (2015), *La naturaleza de las asociaciones humanas*, en O. VON GIERKE, *La función social de Derecho Privado y otros estudios*, Comares (orig.: *Das Wesen der menschlichen Verbände*, discurso pronunciado en el acto de la toma de posesión del Rectorado de la Universidad de Berlín, 15 octubre 1902)
- VON GIERKE O. (2015), *La función social del Derecho Privado*, en O. VON GIERKE, *La función social de Derecho Privado y otros estudios*, Comares (orig.: *Privatrechts*, discurso leído ante la Asociación de Juriconsultos de Viena, 5 abril 1899)
- VON GIERKE O. (1982), *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas (orig.: *Die Wurzeln des Diensvertrages*, en AA.VV., *Festschrift für Heinrich Brunner*, Duncker & Humblot, 1914)
- YEOMAN R. (2014), *Conceptualising Meaningful Work as a Fundamental Human Need*, in *Journal Business Ethics*, vol. 125, n. 2, pp. 235-251

El futuro laboral de la juventud. Políticas de empleo de la Unión Europea y de España

Manuela DURÁN BERNARDINO*
Álvaro SÁNCHEZ LÓPEZ**

RESUMEN: En el presente artículo se analizan las políticas de empleo juvenil de la Unión Europea y las políticas de empleo adoptadas en España en los últimos años, atendiendo a las recomendaciones europeas, con la finalidad compartida de mejorar la calidad y estabilidad del empleo juvenil. A tal fin, en primer lugar, se estudia la intervención de la Unión Europea en materia de empleo juvenil, analizando las medidas más relevantes para impulsar el empleo de los jóvenes, como el programa de Garantía Juvenil o la iniciativa de Empleo Juvenil, e identificando los principales desafíos y dificultades para su implementación efectiva. En segundo lugar, partiendo de las recomendaciones europeas al estado español, se analizan las políticas de empleo juvenil en España, centrando la atención en los cambios normativos más recientes y relevantes, como la reforma laboral de 2021, al objeto de conocer su impacto en el empleo juvenil una vez transcurridos dos años desde su aprobación.

Palabras clave: Unión Europea, empleo juvenil, programa de Garantía Juvenil.

SUMARIO: 1. Intervención de la Unión Europea en materia de empleo juvenil. 2. Medidas europeas para impulsar el trabajo de los jóvenes. 2.1. El programa de Garantía Juvenil. 2.1.1. Definición y origen. 2.1.2. Hitos para su implementación. 2.1.3. Evaluación de los resultados. 2.2. La iniciativa de Empleo Juvenil. 3. Principales dificultades y carencias para su implementación efectiva. 4. Recomendaciones europeas al estado español. 5. Recorrido de España ante estas recomendaciones y resultados obtenidos, aparición de la Reforma Laboral Española de 2021. 5.1. Garantía Juvenil en España. 5.2. Ley de formación profesional. La cooperación entre el sector educativo y el empresarial. 5.3. Reforma Laboral Española de 2021 y su mejora en la calidad del empleo afectando al empleo juvenil. 5.4. Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en empresas. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

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

** Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad de Granada (España).

The Future of Youth Employment: Employment Policies of the European Union and Spain

ABSTRACT: In the present article, the youth employment policies of the European Union and the employment policies adopted in Spain in recent years are analysed, taking into account the European recommendations, with the shared goal of enhancing the quality and stability of youth employment. To this end, the intervention of the European Union in the field of youth employment is first studied, examining the most significant measures to promote youth employment, such as the Youth Guarantee Program or the Youth Employment Initiative, and identifying the main challenges and difficulties for their effective implementation. Secondly, based on the European recommendations to the Spanish State, the youth employment policies in Spain are analysed, focusing on the most recent and relevant regulatory changes, such as the labour reform of 2021, in order to understand its impact on youth employment two years after its approval.

Key Words: European Union, youth employment, Youth Guarantee Program.

1. Intervención de la Unión Europea en materia de empleo juvenil

La intervención de la Unión Europea en materia de empleo se apoya, con carácter general, en tres pilares básicos, fijados, por un lado, en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, en el que se establece, como objetivo de la Unión, «el desarrollo sostenible tendente al pleno empleo y la lucha contra la exclusión social»; y, por otro, en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el que se contempla la necesidad de potenciar una «mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico», los cuales, comprometen el proceder de la Unión Europea, en el marco de una actuación fundamentalmente coordinada entre los Estados y la Unión en materia de empleo. Dada la consideración del empleo como un asunto de interés común, también se hace referencia a las responsabilidades de los interlocutores sociales y a la coordinación, por parte de los Estados, de sus políticas de fomento de empleo (artículo 146 del Tratado). Ahora bien, para entender la intervención comunitaria en materia de empleo juvenil, es necesario conocer las siguientes acotaciones, delimitadas en el debate previo al actual Título IX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre *Empleo* (artículos 145-150), incorporado como respuesta a la grave situación de desempleo sufrida por los ciudadanos europeos¹.

En primer lugar, la actuación de la Unión Europea solo se producirá cuando sea absolutamente manifiesta la ineficacia de los Estados miembros y se asegure que su participación resulta más efectiva. El primer condicionante se ha cumplido tras la constatación de que la gran mayoría de los Estados miembros no han sabido gestionar el desempleo juvenil², en cambio el segundo está pendiente de verificarse.

En segundo lugar, la intervención comunitaria en materia de empleo carece de vinculación jurídica, para así salvaguardar al Estado de cualquier injerencia en su soberanía en materia de empleo. Los documentos de la Unión dedicados al empleo siempre tienen forma de recomendación, directriz, sugerencia o declaración de intenciones, por lo que los Estados miembros no quedan obligados por los mismos y su incumplimiento no es

¹ Véase el análisis realizado en M. DURÁN BERNARDINO, *Estudio multinivel de las políticas de empleo juvenil*, Dykinson, 2021, pp. 41-70. También consúltese J.M. MORALES ORTEGA, *Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Jóvenes y políticas de empleo*, Bomarzo, 2014, pp. 23-25.

² La Unión Europea ha manifestado en diferentes documentos que los Estados miembros no estaban reaccionando con eficacia ante la gravedad de la situación del empleo juvenil. *Vid.* la Comunicación de la Comisión *Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2012*, 23 noviembre 2011, COM(2011)815 final, entre otros.

sancionable, de forma que la efectividad de la intervención comunitaria queda prácticamente neutralizada.

En tercer lugar, la Unión Europea solo podrá intervenir de forma directa articulando iniciativas de empleo «destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos pilotos» (artículo 149 del Tratado de Funcionamiento). Ahora bien, dichas iniciativas no podrán incluir armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, por lo que la posibilidad de una intervención más incisiva por parte de la Unión a través de esta vía y, por ende, la propia efectividad de su participación, queda claramente limitada.

Por lo tanto, en el marco de las competencias que el Tratado de Funcionamiento reconoce a la Unión en materia de empleo, serán los Estados los competentes para desarrollar las políticas de empleo, reservándose a la Unión un papel complementario, centrándose su actuación en fomentar la cooperación de los Estados Miembros y apoyarlos en sus actuaciones en el ámbito del empleo a través de los fondos europeos (artículo 147 del Tratado). Para materializar dicha actuación, existe un marco en el que se elaboran las políticas nacionales de empleo y la regulación de un procedimiento de coordinación comunitaria a través del que se realiza una supervisión multilateral de las políticas de empleo realizadas por los Estados miembros (artículo 148 del Tratado). La situación del empleo será examinada anualmente, extrayéndose conclusiones que permitirán la elaboración de Orientaciones Comunes que los Estados deberán tener presentes al plantear sus respectivas políticas de empleo.

A través de los informes que anualmente deben presentar los Estados, se comprueba el grado de cumplimiento de las orientaciones comunitaria por parte de las políticas estatales. Tras dichas comprobaciones, el Consejo podrá formular las Recomendaciones oportunas a los Estados Miembros. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán alentar la cooperación interestatal y apoyar su actuación en materia de empleo a través de distintos mecanismos, respetándose en todo momento la competencia de los Estados en materia de empleo (artículo 149 del Tratado).

En el seno de este procedimiento, al Comité de Empleo también se le reconoce un papel a desempeñar, aunque siempre teniendo presente su carácter consultivo, del que derivan pronunciamientos carentes de fuerza decisoria (artículo 150 del Tratado). Por lo tanto, bajo la legitimación que se le reconoce en el Título IX del Tratado, la Unión Europea anualmente elabora orientaciones genéricas que son pautas comunes que deben seguir

los Estados en la elaboración y aplicación de sus respectivas políticas de empleo, para que haya convergencia en los objetivos formulados³. Aunque la competencia en materia de empleo recae en cada uno de los Estados miembros, éstos adoptarán medidas para que su política de empleo permita alcanzar las orientaciones y recomendaciones comunitarias, por una cuestión de responsabilidad política y por el respaldo financiero procedente del Fondo Social Europeo.

El alcance de los desafíos planteados a nivel europeo estaba encontrando serias dificultades de cumplimiento por diversas deficiencias estructurales que se remontan a antes de la crisis económica de 2008 pero es el impacto que tuvo la pandemia de Covid-19 sobre la economía y el empleo juvenil, lo que ha exigido la revisión de dichos objetivos para dar respuesta a la altísima tasa de desempleo en muchos lugares de Europa, entre los que se encuentra España, con el coste social que ello conlleva.

Como ya se ha indicado, la responsabilidad principal de reducir el desempleo juvenil recae en cada uno de los Estados miembros, ahora bien, la Unión Europea desempeña con su actuación un papel fundamental de apoyo y ayuda, con el objetivo compartido de mejorar la situación de los jóvenes respecto al empleo y la educación⁴. Por ello, deben valorarse positivamente las iniciativas de la Unión Europea de diseñar y desarrollar medidas que potencien las nuevas capacidades, conocimientos y habilidades de los jóvenes para adaptarse a un mercado de trabajo cambiante y que tengan en cuenta aquellas personas que precisan una mayor atención por

³ M.A. CABASÉS PIQUÉ, A. PARDELL VEÀ, *Una visión crítica del Plan de Implantación de la Garantía Juvenil en España*, Bomarzo, 2014, p. 93.

⁴ Entre otros documentos de la Comisión Europea, en la Iniciativa de Oportunidades para la Juventud, para el periodo 2012-2013 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Iniciativa de Oportunidades para la Juventud*, 20 diciembre 2011, COM(2011)933 final), se señala que la responsabilidad principal de reducir el desempleo juvenil corresponde a los Estados miembros, que contará con el apoyo de los interlocutores sociales nacionales y sectoriales. Por su parte, la Unión Europea, podrá desempeñar un papel de apoyo para ayudar a los Estados miembros a mejorar la situación de los jóvenes en cuanto al empleo y la educación a través de dos vías: revisando las políticas nacionales y los resultados, resaltando las prioridades desde la perspectiva de la UE y proponiendo líneas de actuación basadas en buenas prácticas (mediante examen cruzado y la coordinación de las políticas económicas, de empleo, de educación y sociales en el contexto de la Estrategia Europa 2020, que se elaboran anualmente durante el semestre europeo de gobernanza económica); proporcionando apoyo financiero para acciones nacionales y transfronterizas en consonancia con las prioridades acordadas (a través del Fondo Social Europeo y otros programas de la UE, como el Programa de Aprendizaje Permanente, el Programa La Juventud en Acción y el Programa Progress, y otros fondos de la UE en los que también se defienden medidas que ayudan a enfrentarse el desempleo juvenil).

sus especiales necesidades educativas, formativas y/o de empleo, como, por ejemplo, los jóvenes con discapacidad, los jóvenes migrantes y refugiados y las mujeres jóvenes.

2. Medidas europeas para impulsar el trabajo de los jóvenes

2.1. El programa de Garantía Juvenil

2.1.1. Definición y origen

La iniciativa estrella diseñada por la Unión Europea para mejorar la situación de los jóvenes en el mercado laboral es la Garantía Juvenil, a través de la cual los Estados miembros deben garantizar que, en un plazo de cuatro meses tras abandonar los estudios o quedarse en desempleo, todos los jóvenes menores de veinticinco años reciben una buena oferta de empleo adecuada a su formación, capacitación y experiencia, o adquirir la formación, la capacitación y la experiencia necesarias para encontrar un puesto de trabajo en el futuro a través de un período de aprendizaje, un periodo de prácticas o educación continua⁵.

Este compromiso se vio reforzado por su inclusión como principio 4b del Pilar europeo de derechos sociales propuesto, con el que se persigue una convergencia renovada orientada a la consecución de unas mejores condiciones de vida y de trabajo⁶. Sin embargo, desde su configuración inicial, se comprueba que la Unión Europea ofrece una doble vertiente en el marco de la Garantía Juvenil: una vertiente laboral, prioritaria, y una vertiente formativa, lo que da muestra de su “derrotismo” en la lucha contra el desempleo juvenil⁷.

El concepto europeo de Garantía Juvenil, así configurado en la actualidad, planteó diversos interrogantes desde el momento de su diseño. El primero de ellos, sobre si sería razonable ampliar la edad de aplicación hasta los 30 años dada la difícil situación de los jóvenes de entre 25 y 29 años en el mercado laboral. Fueron muchas las propuestas que apostaban por esta ampliación, sin embargo, se vieron topadas por los presupuestos europeos, ya que si se aceptaba se reduciría a más de la mitad la aportación

⁵ Véase el estudio realizado por F. CASAS MÍNGUEZ, *La Unión Europea y el empleo juvenil*, Documento de Trabajo Seminario Permanente de Ciencias Sociales, 2018, n. 2.

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales*, 26 abril 2017, COM(2017)250 final.

⁷ En este sentido, J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p. 41.

prevista, lo que haría ineficaz la propuesta de Garantía Juvenil⁸. Ahora bien, se trata de una delimitación que puede ser modificada por los Estados miembros ampliando dicho margen. Así ha sucedido en España, que lo ha ampliado hasta los 29 años⁹. Los jóvenes que quieran acogerse a la misma tendrán que inscribirse en los respectivos sistemas nacionales de garantía juvenil y comprometerse con el proceso, aceptando obligaciones y responsabilidades.

Un segundo interrogante se planteó respecto al cómputo temporal de 4 meses. Aunque la determinación del plazo es un dato de enorme positividad, ya que supone concretar el tiempo que el Estado tiene para satisfacer la demanda, su incumplimiento por parte de los estados no podrá ser sancionado, por lo que la fijación del plazo se convierte en una mera expectativa de cumplimiento. Y es que para aquellos países cuyo desempleo supera el 25%¹⁰ dicho cumplimiento resulta prácticamente imposible. Por lo tanto, si bien el colectivo al que va dirigida a Garantía juvenil está delimitado con plena claridad, no sucede lo mismo con el plazo de 4 meses que se deja en manos de Estados miembros su contabilización, seguimiento y control, lo que genera dudas sobre su cumplimiento real e implica el riesgo de que la Garantía Juvenil esté abocada al fracaso¹¹.

En la introducción de la propuesta se destacaba que la puesta en marcha de esta Garantía contribuiría a la realización de tres objetivos de la Estrategia Europa 2020 como son alcanzar la tasa de empleo del 75% para la población de 20 a 64 años, la reducción de la tasa de fracaso escolar por debajo del 10%, y la reducción por debajo de la cifra de 20 millones del

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones *Trabajar juntos por los jóvenes europeos. Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil*, 19 junio 2013, COM(2013)447 final, analizada por M.A. CABASÉS PIQUÉ, A. PARDELL VEÀ, *op. cit.*, p. 99.

⁹ La disposición final duodécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, modifica el Sistema Nacional de Garantía Juvenil para ampliar los sujetos beneficiarios de la misma, incluyéndose también a los jóvenes mayores de 25 años y menores de 30 siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20%.

¹⁰ En noviembre de 2023, en la Unión Europea, los países que presentaban una tasa de desempleo juvenil superior o cercana al 25% eran principalmente España, Grecia y Portugal. En España, por ejemplo, la tasa de desempleo juvenil en ese momento era del 27,9%, en Grecia era del 27,3% y en Portugal del 23,5% (Alemania por el contrario 5,6%). *Vid.* EUROSTAT, [Euro area unemployment at 6,4%](#), Euroindicators, 9 enero 2024, n. 4.

¹¹ J.M. MORALES ORTEGA, *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: Garantía Laboral y Garantía Formativa*, en M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGU (dirs.), *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo, 2013, p. 77. En el mismo sentido, M.A. CABASÉS PIQUÉ, A. PARDELL VEÀ, *op. cit.*, p. 100.

número de personas afectadas por las situaciones de pobreza y exclusión social, aunque lamentablemente lo cierto es que dichos objetivos no se han llegado a alcanzar, viendo seriamente perturbados por la crisis sanitaria actual.

2.1.2. Hitos para su implementación

La Garantía Juvenil, como medida para luchar contra el desempleo juvenil, se ha ido consolidando a lo largo de los años¹². Fue en septiembre de 2010 cuando, por primera vez, la Comisión propuso a los Estados miembros que garantizaran que todos los jóvenes tuvieran un trabajo, una formación ampliada, o que se hubieran sumado a otra medida de activación cuatro meses después de terminar sus estudios o de quedarse en paro, a lo que se le dio el nombre de “Garantía Juvenil”. Como ya se ha indicado, esta propuesta se presentó en el contexto de la iniciativa emblemática “Juventud en Movimiento”¹³, y con leves variaciones en la Orientaciones de Empleo n. 8 de 2005-2008, por lo que supone el inicio de una voluntad más consistente de la Unión con los jóvenes europeos, al solicitar a los diferentes Estados la incorporación de esta medida en sus políticas de empleo¹⁴.

En diciembre de 2012, la Comisión presentó una propuesta de recomendación del Consejo para establecer una “Garantía Juvenil”¹⁵ en su “Paquete de Empleo juvenil”, de Europa 2020, que propugnaba una mejor educación y formación, una integración más satisfactoria en el mercado laboral y una mayor movilidad, como instrumentos para combatir el desempleo juvenil. Con esta propuesta se formalizaba un compromiso político al ser adoptado por el Consejo de Ministros de la UE en abril de 2013 y posteriormente aprobado por el Consejo Europeo de junio de 2013.

En dicha Recomendación, se exige que los Estados miembros apliquen sistemas de Garantía Juvenil «lo antes posible», señalando que «para los Estado miembros que experimenten un mayor grado de dificultad presupuestaria y mayores índices de jóvenes desempleados o “ninis” se

¹² Consúltense el estudio comparado de los países pioneros en la aplicación de la Garantía Juvenil y sus características principales en M.A. CABASÉS PIQUÉ, A. PARDELL VEÀ, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Juventud en Movimiento. Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea*, 15 septiembre 2010, COM(2010)477 final.

¹⁴ J.M. MORALES ORTEGA, *Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido*, cit., p. 33.

¹⁵ COM(2012)729 final.

podría considerar la aplicación gradual», pero, en cualquier caso, se anima, con carácter general, a priorizar el empleo juvenil en los presupuestos nacionales.

La Recomendación sobre el Establecimiento de la Garantía Juvenil fija los ejes fundamentales de las medidas de apoyo en la que debe basarse la Garantía juvenil:

- a. cooperación: construir un enfoque basado en las asociaciones sólidas con todas las partes interesadas (jóvenes, empleadores, agentes que actúan en el mercado de trabajo);
- b. prevención: garantizando una intervención temprana, estableciendo medidas de prevención del abandono de la formación;
- c. integración: adoptar medidas destinadas por un lado a mejorar las aptitudes de las personas jóvenes, dando una segunda oportunidad que les proporcione un aprendizaje que les dé acceso a conseguir la cualificación que no obtuvieron en su momento y remediar los desajustes existentes en el mercado de trabajo y, por otro, crear nuevas oportunidades para que las personas jóvenes puedan adquirir una experiencia profesional, ya sea como aprendices o realizando prácticas, y fomentando la movilidad a través de servicios y sistemas como EURES;
- d. financiación: los estados podrán disponer de financiación procedentes de la Unión Europea para la integración de los jóvenes en el mercado y apoyar a los jóvenes emprendedores (Fondo Social Europeo y otros Fondos comunitarios);
- e. evaluación: se apuesta por evaluar la eficacia de todas las acciones y programas adoptadas en el marco de la Garantía Juvenil;
- f. implementación inmediata: fueron integrados en los programas cofinanciados por la Unión Europea, desde el Marco Financiero Plurianual 2014-2020¹⁶.

Una vez fijadas estas orientaciones, la Recomendación del Consejo insiste en que los Estados miembros supervisen y evalúen la totalidad de las acciones y los sistemas de Garantía Juvenil, de modo que puedan diseñarse más políticas e intervenciones con base empírica atendiendo a aquello que funciona, dónde funciona y por qué funciona, garantizando así el uso eficiente de los recursos y unos rendimientos de la inversión positivos.

¹⁶ Revisado por la Comisión Europea mediante su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo *Ajuste técnico del marco financiero para 2017 en función de la evolución de la renta nacional bruta y ajuste de las dotaciones asignadas a la política de cohesión*, 30 junio 2016, COM(2016)311 final, lo que ha implicado un incremento de recursos financieros para España en el marco de la política de cohesión que, prioritariamente, deberán ser utilizados en el ámbito del empleo juvenil.

Al mismo tiempo, la Recomendación confiere un mandato a la Comisión Europea para que supervise la aplicación de los sistemas de Garantía Juvenil en cada Estado miembro de la UE «en el contexto de la supervisión multilateral del Comité de Empleo (EMCO)». En 2014, EMCO¹⁷ aprobó un marco de indicadores para la supervisión de la Garantía Juvenil y facilitó un manual metodológico completo¹⁸.

2.1.3. Evaluación de los resultados

La Unión Europea, conocedora de que su propuesta de Recomendación no es un texto jurídicamente vinculante para los Estados miembros, a los que se les reserva la competencia en esta materia, propicia que se lleven a término las reformas necesarias canalizando inversiones del presupuesto europeo y ayudando a los jóvenes a aprovechar la existencia de un mercado único europeo. A tal fin, en su Comunicación de 19 de junio de 2013 realizó un llamamiento a todos los agentes implicados para que colaboren en la aplicación de las siguientes medidas¹⁹:

- a. aplicar la Garantía Juvenil;
- b. establecer inversiones destinadas a las personas jóvenes a través del Fondo Social Europeo;
- c. la puesta a disposición anticipada de los Fondos de la Iniciativa sobre Empleo Juvenil;
- d. apoyar la movilidad laboral;
- e. reformar los contratos de aprendizaje y periodos de prácticas de alta calidad;
- f. hacer realidad la existencia de un auténtico mercado laboral en Europa;
- g. favorecer a las PYMES mediante incentivos dirigidos a la contratación de jóvenes.

Como primera medida, se pidió a los Estados miembros que preparasen sus Planes de Aplicación de la Garantía Juvenil. Atendiendo a lo que precede, la Unión Europea ha apostado con firmeza y decisión por la implantación efectiva de la Garantía Juvenil, proporcionando apoyo económico para lograrlo. Ahora, el éxito o fracaso en la consecución de sus objetivos reside en que los Estados miembros, haciendo uso de este apoyo, la implanten de forma adecuada a través de medidas que aseguren la

¹⁷ Reunión EMCO, Roma, 22-23 septiembre 2014.

¹⁸ *Vid.* la página web [EMCO](#).

¹⁹ COM(2013)447 final, cit.

empleabilidad de los jóvenes y favorezcan la creación de empleo de calidad para ser ocupados por jóvenes acogidos a esta iniciativa²⁰.

Y es que, como se ha indicado, la Unión Europea tan solo tiene capacidad para recomendar a los Estados miembros la implantación del Sistema de Garantía Juvenil, para la cual, contarán con el apoyo financiero europeo. Por lo tanto, los Estados serán beneficiarios de la ayuda económica siempre que adopten las medidas necesarias para aplicar y poner en marcha la Garantía Juvenil en sus territorios, no teniendo que garantizar o demostrar la eficacia y efectividad de las mismas ya que el aporte financiero europeo no está condicionado por los resultados concretos de los países.

En consecuencia, se deja un amplísimo margen de acción nacional, lo que genera el riesgo de que con la Garantía Juvenil no se alcance el gran reto al que se enfrenta Europa, garantizar a los jóvenes una inserción laboral o formativa.

En su configuración se establecía que los estados miembros debían implantarla «lo antes posible», pudiendo ser gradual para los Estados con mayores dificultades. Una precisión tan nimia que ha venido provocando que Estados, con altísimas tasas de desempleo juvenil hayan tardado más de lo deseable en su implantación.

En 2017 el Tribunal de Cuentas Europeo evaluó si los Estados miembros habían avanzado en la aplicación de la Garantía Juvenil y si habían llevado a la práctica la Iniciativa de Empleo Juvenil de forma que contribuyera a la consecución de los objetivos de la Garantía Juvenil²¹.

Para evaluar los avances en la aplicación de la Garantía Juvenil se visitaron los cinco Estados miembros con mayores tasas de desempleo juvenil (España, Francia Croacia, Italia y Portugal), lo que permitió constatar que si bien se había progresado con carácter general en la aplicación de la Garantía Juvenil y se habían logrado algunos resultados, la situación actual, tras cuatro años de la adopción de la Recomendación del Consejo Europeo, no está a la altura de las expectativas iniciales concebidas durante la puesta en marcha de esta Garantía, que pretende proporcionar una oferta de buena calidad a todos los jóvenes que no estudian ni trabajan en un plazo de cuatro meses.

Y es que ninguno de estos estados ha podido garantizar, hasta la fecha, que los jóvenes a los que se dirige esta medida tengan la oportunidad de

²⁰ En el mismo sentido, J.M. MORALES ORTEGA, *Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido*, cit., p. 34.

²¹ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *¿Han sido determinantes las políticas de la Unión Europea en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, Informe Espacial, 2017, n. 5.

aceptar una oferta en el plazo de cuatro meses, de forma que puedan integrarse en el mercado laboral. Una de las principales dificultades detectadas por el Tribunal es la dificultad o imposibilidad de llegar a toda la población de jóvenes únicamente con los recursos presupuestarios de la Unión Europea. Del mismo modo, esta evaluación ha permitido constatar que la contribución de la Iniciativa de Empleo Juvenil al logro de los objetivos de la Garantía Juvenil era limitada.

Ante esta constatación el Tribunal hace una serie de recomendaciones tanto a los Estados miembros como a la Comisión para futuras iniciativas en el campo del empleo:

a. a los Estados miembros:

- instaurar estrategias de divulgación adecuadas para identificar a la totalidad de la población de ninis con el objetivo de su inscripción;
- facilitar un panorama completo de los costes derivados de la aplicación de la Garantía Juvenil;
- garantizar que las ofertas solo se consideren de buena calidad si se ajustan al perfil del participante y a las necesidades del mercado laboral, y si conducen a la integración sostenible en dicho mercado;
- mejorar sus sistemas de supervisión y notificación a fin de aportar con regularidad datos de calidad y facilitar así el desarrollo de políticas para los jóvenes (la capacidad de seguimiento de los participantes que abandonan la Garantía Juvenil);

b. a la Comisión:

- desarrollar y proponer normas relativas a los criterios de calidad para las ofertas que vayan a realizarse en el marco de la Garantía Juvenil;
- definir y difundir las buenas prácticas en materia de supervisión y notificación;
- garantizar que los Estados miembros llevan a cabo una evaluación global de las características de la población de “ninis”, con el fin de garantizar que las medidas incluidas en los programas operativos atienden convenientemente las necesidades de los jóvenes;
- revisar sus orientaciones sobre recopilación de datos a fin de minimizar el riesgo de sobrevalorar los resultados.

En la misma línea, otras evaluaciones y análisis han puesto de manifiesto que la implementación de la Garantía Juvenil no ha llegado a

alcanzar los objetivos fijados por Europa²², posiblemente debido a la ausencia en su diseño de un enfoque integral que no solo tuviera en cuenta, para el diseño de las actuaciones, el nivel educativo, la cualificación profesional o la necesidad de adquirir determinadas competencias y habilidades, sino también mecanismos que vienen condicionando la desigualdad, como el género, la etnia, la edad o la clase social. También es fundamental que los países de la Unión Europea cumplan con las recomendaciones europeas ya que, al tratarse de un cumplimiento voluntario no todos los países lo han hecho, lo que ha motivado a que los eurodiputados pese a aplaudir la Resolución de 8 de octubre de 2020 del Parlamento Europeo en la que la Comisión proponía el refuerzo de la Garantía Juvenil, expresaron su preocupación por el carácter voluntario de la Garantía Juvenil pidiendo a la Comisión que propusiese un instrumento vinculante para todos los Estados miembros a fin de garantizar que nadie se quede atrás²³.

No obstante, desde su puesta en marcha en el punto álgido de la anterior crisis de empleo juvenil, la Garantía Juvenil de 2013 ha tenido un efecto transformador importante en muchos Estados miembros, creando oportunidades para los jóvenes, impulsando reformas estructurales e innovación y reforzando los servicios públicos de empleo. Con ello, se ha ayudado a más de veinticuatro millones de jóvenes en toda la UE a incorporarse al mercado laboral desde su puesta en marcha²⁴.

En una de las fichas temáticas del semestre europeo, denominada Empleo Juvenil²⁵, la Comisión Europea destacó una serie de prácticas especialmente buenas o prometedoras, como La Garantía para la Juventud diseñada en Francia, que tiene por objeto ayudar a los ninis vulnerables de 18 a 25 años a adquirir más autonomía y emprender un camino para conseguir la inclusión y el empleo sostenible, siendo los beneficiarios seleccionados por un comité colegiado. En esta medida se combina un asesoramiento intensivo e inmersión profesional con una asignación mensual en función de sus recursos, estableciéndose un contrato de un año entre el joven y un servicio público de empleo local. Se trata de un proyecto innovador que combina la experiencia laboral con la formación, contando

²² Véase T. STRECKER, M.A. COBASÉS (coords.), *Perfiles y desafíos de la Garantía Juvenil: una aproximación con novelas gráficas*, Tirant lo Blanch, 2019.

²³ Véase PARLAMENTO EUROPEO, [La política de empleo](#), Ficha Técnica sobre la Unión Europea, 2023.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación*, 1º julio 2020, COM(2020)276 final, p. 4.

²⁵ Véase de nuevo PARLAMENTO EUROPEO, [op. cit.](#)

con una asignación mensual. También destaca el programa Primer Desafío desarrollado por Eslovenia o el Fomento del trabajo por cuenta propia entre los jóvenes puesto en marcha en Italia para impulsar el trabajo por cuenta propia entre los jóvenes facilitándoles el acceso a microcréditos (Empleo Selfie), entre otras prácticas como las implantadas por Austria, Dinamarca, Bélgica, Suecia, Bulgaria, Croacia o Finlandia.

2.2. La iniciativa de Empleo Juvenil

En febrero de 2013, el Consejo y el Parlamento Europeo acordaron crear la Iniciativa de Empleo Juvenil, con la finalidad de incrementar la ayuda financiera que la Unión Europea pone a disposición de las regiones y ayudar a las personas más afectadas por el desempleo y la inactividad de los jóvenes. Desde entonces, se trata de uno de los principales recursos de la Unión Europea para financiar la aplicación de los planes de la Garantía Juvenil en los países de la Unión Europea, como formación y asistencia para ayudar a los jóvenes a encontrar su primer empleo, junto con incentivos para los empleadores, con lo que se ha conseguido apoyar a más de 1,6 millones de jóvenes desde 2013. Concretamente, se puso en marcha para ayudar a los jóvenes residentes en zonas cuya tasa de desempleo juvenil fuera superior al 25% en 2012 pero en 2017 se incrementó para las regiones cuya tasa de desempleo juvenil era superior al 25% en 2016.

Se destina exclusivamente a los jóvenes sin estudios, trabajo ni formación (“ninis”, término mencionado anteriormente), y también a los desempleados de larga duración y los que no están inscritos como demandantes de empleo, con el objetivo de garantizar que los jóvenes de las zonas de Europa que tienen los mayores problemas puedan recibir una ayuda específica para financiar formaciones de aprendiz, periodos de prácticas, colocaciones, formación orientada a conseguir una cualificación.

La Iniciativa de Empleo Juvenil es complementaria a otras acciones emprendidas a escala nacional, financiadas, en particular, por el Fondo Social Europeo, que se destinan a aplicar los regímenes de Garantía Juvenil, contribuyendo a reformar los servicios e instituciones de empleo, educación y formación.

El presupuesto inicial de 2014 a 2015 de la Iniciativa de Empleo Juvenil (para todos los Estados miembros de la UE que pueden optar a su financiación) era de 6.400 millones de euros, sin embargo, debido a la persistencia de las altas cifras de desempleo juvenil, en junio de 2017 el Consejo y el Parlamento acordaron incrementar la dotación en 2.400 millones de euros para el período 2017-2020. Del presupuesto total de 8.800

millones de euros, 4.400 proceden de una línea presupuestaria especial destinada al empleo juvenil, a los que se añaden 4.400 millones más de las asignaciones nacionales del Fondo Social Europeo.

Para 2020, en el contexto de la pandemia, se aumentó el presupuesto de la Iniciativa de Empleo Juvenil a 145 millones, estando integrada en el Fondo Social Europeo Plus para el período 2021-2027. Este presupuesto se completa con los recursos financieros propios de los Estados miembros debiendo dedicar al menos el 12,5% de sus recursos del Fondo Social Europeo Plus, aquellos estados con una tasa de jóvenes sin empleo, educación o formación (ninis) superior a la media de la Unión Europea.

Como se ve, la Garantía Juvenil requiere de unos importantes desembolsos públicos, por lo que esta inversión debe dar los resultados pretendidos y, si no es así, será necesario rediseñar o corregir la medida para conseguir que la inversión sea rentable, de ahí la importancia del seguimiento y evaluación de esta medida.

3. Principales dificultades y carencias para su implementación efectiva

Resultan positivas las iniciativas europeas con las que se ponen en marcha medidas para potenciar las nuevas capacidades, habilidades y conocimientos de los jóvenes con la finalidad de que se adapten a un mercado de trabajo cambiante, así como las dirigidas a fomentar el empleo y favorecer la intermediación laboral de los jóvenes en toda Europa. Sin duda, resulta fundamental para el futuro de la cohesión social en Europa y para que los jóvenes se identifiquen con el modelo social europeo construido por nuestros mayores en la década de los sesenta del siglo XX²⁶.

Ahora bien, las medidas propuestas a nivel europeo para luchar contra el desempleo juvenil no son realmente novedosas ni innovadoras, ya con anterioridad se habían puesto en práctica medidas similares con fines idénticos²⁷.

Lo novedoso reside en la elevada cifra de millones de euros²⁸ que la

²⁶ E. ROJO TORRECILLA, *Texto (revisado) de la intervención en la Subcomisión para el estudio de las mejores prácticas, el seguimiento y propuestas de medidas para el empleo juvenil*, en www.eduardorojo-torrecilla.es, 11 septiembre 2014.

²⁷ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La garantía juvenil en la Unión Europea. Obstáculos para su implantación en España*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2014, n. 1, pp. 35-37.

²⁸ La Comisión Europea ha instado a los países de la UE a intensificar el apoyo al empleo juvenil mediante *NextGenerationEU* y otros presupuestos de la Unión, con un objetivo de inversión de al menos 22.000 millones de euros en empleo juvenil. Esto incluye

Unión Europea está destinando a países con una tasa de desempleo juvenil intolerable, entre los que se encuentra España²⁹ y en el compromiso de los Estados miembros de respetar un periodo temporal en el que deben ofrecer a los jóvenes alguna solución para que salgan de la situación en la que se encuentran, bien a través de la formación o del trabajo.

Ahora bien, hay que tener presente que el motivo de que los jóvenes no encuentren trabajo actualmente no solo reside en la ausencia o carencia de formación o de experiencia profesional, sino que esta situación ha estado motivada tradicionalmente por un conjunto de factores conectados con el mercado de trabajo y con la capacidad del empleador para ofrecer empleo.

Las instituciones europeas en su ánimo de ofrecer soluciones y dar respuestas impulsan estas iniciativas o medidas a sabiendas de que ha sido una experiencia muy positiva en otros países como Finlandia y Austria, donde se ha demostrado que vale la pena invertir en la transición de la escuela al empleo para los jóvenes. No obstante, es necesario tener presentes las considerables diferencias que existen, por ejemplo, entre España y estos países³⁰.

La pandemia de Covid-19 enfatizó la necesidad de que la Comisión Europea continúe reforzando la educación y la formación para fomentar el empleo juvenil, garantizando condiciones de trabajo justas y mejorando el acceso a la protección social para todos, siendo necesario acelerar el ritmo en su actuación a sabiendas de que el impacto de la pandemia en los jóvenes ha sido devastador y desproporcionado³¹. En este contexto, la Comisión Europea considera que ahora la prioridad debe centrarse en reforzar los Sistemas Nacionales de Garantía Juvenil, acelerando y ampliando el alcance de su aplicación, al mismo tiempo que se abordan los retos que han rugido y se construyen más intervenciones eficaces con la ayuda de la Iniciativa de

financiación para ayudas a empresas emergentes, préstamos para jóvenes emprendedores, y formación en habilidades requeridas en el mercado laboral. Además, El Fondo Social Europeo Plus, con un presupuesto de 88.000 millones de euros para 2021-2027, tiene como objetivo luchar contra la pobreza infantil y el desempleo juvenil en Europa. Este fondo ayuda a garantizar el acceso a educación gratuita, comida decente y hogar para los niños, además de apoyar inversiones en prácticas y formación profesional para jóvenes desempleados (cfr. COMISIÓN EUROPEA, *Apoyo al empleo juvenil*, en commission.europa.eu, 4 marzo 2023, y PARLAMENTO EUROPEO, *Fondo Social Europeo: lucha contra el desempleo y la pobreza*, en www.europarl.europa.eu, 5 diciembre 2018).

²⁹ La Iniciativa de Empleo Juvenil, integrada en el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) para el período 2021-2027, se enfoca en el empleo juvenil, especialmente en regiones con una tasa de desempleo juvenil superior al 25% (vid. COMISIÓN EUROPEA, *Oportunidades de financiación para los jóvenes*, en commission.europa.eu, 20 febrero 2023).

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Refuerzo de la Garantía Juvenil*, en commission.europa.eu, 6 enero 2024.

³¹ OIT, *Prevenir la exclusión del mercado de trabajo: Afrontar la crisis del empleo juvenil provocada por la COVID-19*, 2020.

Empleo Juvenil y del Fondo Social Europeo³².

Ahora bien, al igual que se ha podido comprobar como el empleo juvenil se ha convertido en una prioridad clave en el presupuesto de la Unión Europea, es el momento de que los Estados miembros también intensifiquen sus esfuerzos, integren las lecciones aprendidas y movilicen la financiación de la Unión Europea.

4. Recomendaciones europeas al estado español

Como respuesta a la situación generada a consecuencia de las dos últimas recesiones económicas y la situación del Covid-19, la Comisión Europea ha adoptado en los últimos años numerosas recomendaciones de medidas presupuestarias y reformas económicas para reforzar la estabilidad financiera, impulsar el crecimiento y crear empleo en toda la Unión Europea, prestando especial atención al colectivo de los jóvenes desempleados³³. Las recomendaciones son específicas para cada país, habida cuenta de la situación específica de cada Estado miembro.

Entre estas iniciativas clave transmitidas por la UE, España, siendo uno de los Estados de la Unión Europea más afectados por el desempleo juvenil debía realizar una mejora en: la implementación de la ya mencionada y desarrollada Garantía Juvenil, un esfuerzo más amplio para la creación de empleos de calidad, incrementar la cooperación entre los sectores educativo y empresarial con vistas a mejorar las capacidades y cualificaciones demandadas en el mercado laboral, especialmente en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación y finalmente relacionado con la calidad del empleo lograr acabar lo máximo posible con la precariedad del mismo.

Atendiendo a dichas recomendaciones, en España se han adoptado cambios normativos de relevancia, entre los que cabe destacar, el desarrollo de la Garantía Juvenil, la Ley de formación profesional, la reforma laboral de 2021 o el estatuto de las personas en formación práctica no laboral en empresas que, por su interés, son analizadas en el siguiente epígrafe.

³² Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, Al Comité Económico y Social y a Comité de las Regiones *La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años*, 4 octubre 2016, COM(2016)646 final. La presente comunicación muestra los principales factores de éxito e identifica los ámbitos en los que es preciso seguir trabajando.

³³ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Apoyo al empleo juvenil*, cit.

5. Recorrido de España ante estas recomendaciones y resultados obtenidos, aparición de la Reforma Laboral Española de 2021

5.1. Garantía Juvenil en España

España fue uno de los primeros Estados en demostrar su compromiso, acogándose a la iniciativa europea de la Garantía Juvenil con la aprobación en diciembre de 2013 del Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil en España, en línea con la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 y siguiendo el marco normativo de los Fondos Estructurales y de Inversión de la Unión Europea 2014-2020.

Las bases del Sistema Nacional de Garantía Juvenil se regulan en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (Título IV), tomando en consideración las directrices europeas. Concretamente regula el procedimiento para la inscripción de los jóvenes en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil y fija los criterios para poder beneficiarse del sistema.

Desde su implantación en 2014, más de un millón de jóvenes se han inscrito en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, y de estos, aproximadamente 419.606 han encontrado empleo, lo que representa una tasa de empleabilidad del 41%. Este dato refleja un impacto positivo en la inserción laboral de los jóvenes en el mercado de trabajo y en la mejora de su formación, además, se observa un crecimiento del empleo entre los jóvenes españoles a un ritmo cinco veces superior a la media de la Eurozona. La tasa de desempleo juvenil disminuyó un 20,9% entre el primer trimestre de 2013 y el tercer trimestre de 2017, y la contratación indefinida creció en 2017 un 20,12%³⁴.

En 2015 y 2016 se modifica al efecto de introducir una serie de medidas de gran trascendencia en esta materia, entre las que destaca la extensión de los beneficios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil o la simplificación del acceso e inscripción de los jóvenes. Además, se adoptaron bonificaciones a la contratación indefinida y a los contratos de formación en relación a las personas inscritas en el Sistema. Asimismo, en el marco del Sistema Nacional de Garantía Juvenil se organizó el pasado año una reunión de seguimiento y evaluación para presentar 20 iniciativas enfocadas en mejorar el empleo juvenil, que se llevarán a cabo hasta el año 2027 con un

³⁴ CONSEJO DE MINISTROS, *Informe sobre la ejecución de la Garantía Juvenil en España*, en www.lamoncloa.gob.es, 12 enero 2018.

presupuesto de 3.600 millones de euros³⁵ divididos equitativamente entre programas estatales y regionales. Los planes propuestos buscan facilitar la inserción laboral de jóvenes talentos, apoyándose en una inversión que representa el 22% del total destinado a promoción laboral en dicho período.

Sin embargo, a día de hoy aún existen desafíos significativos. Por ejemplo, se ha puesto especial atención en los jóvenes con escasa formación y aquellos con sobrecualificación, dos extremos que operan como factores de expulsión del mercado de trabajo. Los jóvenes con escasa formación a menudo carecen de las habilidades y competencias necesarias para competir en un mercado laboral cada vez más exigente y técnico. Por otro lado, los jóvenes con sobrecualificación enfrentan el desafío de la sobreeducación, donde sus altos niveles de formación no se corresponden con las oportunidades de empleo disponibles, lo que puede llevar a la desmotivación y al desempleo. Estos desafíos han sido reconocidos por el gobierno español³⁶, y se reflejan en las medidas del Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027, «dotado con más de 3.000 millones de euros, de los casi 5.000 contemplados en el Plan Estratégico Juventud Avanza, que agrupa un conjunto de acciones para favorecer el empleo juvenil» que busca abordar estos problemas a través de una serie de iniciativas y programas específicos.

5.2. Ley de formación profesional. La cooperación entre el sector educativo y el empresarial

Atendiendo a estas últimas recomendaciones, en el marco del Plan de Transformación y modernización de la Formación Profesional, iniciado en el año 2020, España ha incrementado³⁷ las plazas en Formación Profesional con la intención de reducir el abandono educativo temprano al abrir más oportunidades al alumnado que finaliza la educación obligatoria para acceder a la Formación Profesional de Grado Medio y obtener, así, una titulación de educación secundaria postobligatoria.

³⁵ SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, *3.600 millones de euros para impulsar la inserción de personas jóvenes en el mercado laboral*, en www.sepe.es, 9 febrero 2023.

³⁶ CONSEJO DE MINISTROS, *El Gobierno aprueba el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027*, en www.lamoncloa.gob.es, 8 junio 2021.

³⁷ El Plan de Modernización de la Formación Profesional, presentado en 2020, busca incrementar las plazas de FP en 200.000 hasta 2023. Este plan tiene como objetivo adaptar la formación a las demandas del mercado laboral, especialmente en áreas como la industria 4.0 y la economía verde (*vid.* MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL, *Plan de Modernización de la Formación Profesional. Formando profesionales para el futuro*, 2020).

Los fondos europeos del Plan de Recuperación transferidos a España que complementan la gran cantidad de fondos invertidos³⁸, requieren la participación de las empresas en la oferta del módulo obligatorio de Formación en Centros de Trabajo, lo que supone una estancia de un trimestre del alumnado en la empresa al término del segundo curso, permitiendo al mismo tiempo la impartición en modalidad Dual, en la que las empresas participan de una forma más significativa en la implementación de las enseñanzas. Igualmente, en la distribución de los fondos se prima la creación de nuevos ciclos en sectores estratégicos, siendo prioritarios los relacionados con la digitalización y la sostenibilidad medioambiental.

La actual ley de formación profesional en España es la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. Destaca por promover la cualificación y recualificación continua, lo que es crucial para el desarrollo profesional de los jóvenes en un mercado en constante evolución tecnológica y económica. Además, fomenta una estrecha colaboración entre el sector educativo y las empresas atendiendo a una de las recomendaciones europeas más reiteradas en esta materia, asegurando que la formación proporcionada sea relevante y aplicable, mejorando así las oportunidades de empleo para los jóvenes.

5.3. Reforma Laboral Española de 2021 y su mejora en la calidad del empleo afectando al empleo juvenil

La Reforma Laboral de 2021 se configura como un punto de inflexión en la legislación laboral española, aspirando a adaptar y modernizar el mercado laboral en consonancia con los nuevos desafíos y realidades que enfrenta el mundo del trabajo en el siglo XXI.

En la Reforma Laboral Española de 2021, a través de su Real Decreto-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, encontramos en su Exposición de Motivos menciones en contexto europeo y las recomendaciones de la Unión Europea. Estas referencias se hacen en relación con los objetivos de la reforma, como la reducción de la temporalidad en el empleo y la mejora de la calidad del

³⁸ El Plan está dotado con un presupuesto de 1.500 millones de euros en cuatro años, la mayor cuantía destinada hasta la fecha en España a un Plan de Formación Profesional (*vid.* MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FORMACIÓN PROFESIONAL Y DEPORTES, [Sánchez presenta el Plan de modernización de la Formación Profesional dotado con 1.500 millones de euros](#), en www.educacion.yfp.gob.es, 22 julio 2020).

trabajo, en línea con las directrices y estrategias de empleo de la UE. Para lograr estos objetivos, incluye un conjunto de acciones diseñadas para potenciar la seguridad laboral, mantener la estabilidad en los salarios, preservar la flexibilidad interna y, en consonancia con cambios legislativos previos como los ERTES por Covid o los planes de igualdad, se fortalece el papel de las asociaciones sindicales a nivel sectorial aunque algunos autores plantean que, si bien las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral han sido una constante, su aplicación práctica y concreción en mejoras palpables para los trabajadores y el mercado laboral en general todavía está por ver³⁹.

Con el fin de abordar la meta de reducir la temporalidad, se revisan las modalidades de contratos temporales, que ahora se consideran excepcionales y se limitan a dos circunstancias⁴⁰: la sustitución de un empleado con derecho a reserva de su puesto o situaciones de aumento temporal de la producción que generen una brecha temporal entre el empleo estable y el requerido.

Una de las alteraciones legislativas más prominentes es la supresión del contrato para obra o servicio determinado, especialmente utilizado con los jóvenes⁴¹. Esta supresión, integrada mediante el Real Decreto-Ley 32/2021, eliminó una figura contractual que, según los criterios legales anteriores, permitía la contratación de trabajadores para tareas específicas y temporales, pero que había sido empleada en muchos casos para circunstancias que excedían su objetivo inicial⁴². La Reforma impone, por ende, una restricción legal que persigue la minimización de contrataciones temporales no justificadas, propulsando al contrato fijo-discontinuo hacia un papel de mayor relevancia y versatilidad.

La perspectiva de algunos académicos⁴³ apunta a que la supresión del contrato para obra o servicio determinado ha conducido a una inevitable reevaluación del papel del contrato fijo-discontinuo, que ahora se ve

³⁹ M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 161.

⁴⁰ C. ROLDÁN, *Aspectos relevantes de ¿la reforma laboral?*, en www2.deloitte.com, 31 diciembre 2021.

⁴¹ Antes de la Reforma Laboral de 2021 en España, los contratos por obra o servicio representaban aproximadamente el 40% de la contratación en el país y el 33% de los contratos temporales firmados por jóvenes eran por obra o servicio. Véase O. AGEA, *La reforma laboral marca el fin del contrato por obra o servicio*, en www.grupo2000.es, 25 enero 2022.

⁴² F.J. CALVO GALLEGU, *La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. monográfico.

⁴³ 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.

llamado a desempeñar un papel central en la gestión de las necesidades de contratación temporal en sectores como la construcción, servicios, y manufactura, donde previamente se abusaba extensamente de la figura del contrato por obra o servicio, afectando de nuevo a las personas trabajadoras jóvenes⁴⁴ en estos sectores aunque precisamente por el uso de este tipo de contratos entre otros motivos estaba disminuyendo. Este vacío legal provocado por la supresión plantea, indudablemente, una serie de cuestionamientos y retos sobre cómo garantizar la adecuada cobertura de necesidades laborales temporales sin incurrir en formas precarizadas de empleo.

5.4. Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en empresas

Una medida que debería afectar a la calidad y a la reducción de la precariedad en el empleo juvenil es el Nuevo Estatuto del Becario, del cual se planteó un primer borrador hace más de un año y medio.

El nuevo estatuto para becarios comienza por definir quiénes son considerados becarios. Se describe a un becario como un estudiante que, mediante un acuerdo de prácticas, realiza actividades de formación incluidas en programas oficialmente reconocidos en instituciones de educación, como centros de Formación Profesional o universidades. Esto limita las prácticas a estudiantes que cumplan con estos requisitos y estén realizando prácticas curriculares bajo un acuerdo de prácticas con la universidad o una institución de Formación Profesional.

De los principales cambios que introduce esta modificación normativa sobre los becarios⁴⁵, destacan cuatro que quizás sean los que más se aproximen al tema que se trata en el presente trabajo:

- se eliminarán las prácticas no relacionadas con el plan de estudios. Las empresas solo podrán contratar becarios a través de acuerdos de prácticas relacionados con el plan de estudios, en colaboración

⁴⁴ Por ejemplo, en el sector de la construcción en España, los trabajadores menores de 34 años representaban el 19% del total de ocupados en el sector. Además, dentro de esta franja de edad, el 3% de los trabajadores tenían entre 20 y 24 años, y el 16% entre 25 y 34 años. Así lo refleja un informe de la Fundación Laboral de la Construcción (*vid.* EUROPA PRESS, [La construcción necesita trabajadores jóvenes: sólo uno de cada cinco tiene menos de 34 años](http://www.europapress.es), en www.europapress.es, 14 abril 2019).

⁴⁵ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Yolanda Díaz y organizaciones sindicales firman el acuerdo que "permite cerrar el círculo de la formación de calidad y el empleo digno para las personas jóvenes"](http://www.mites.gob.es), en www.mites.gob.es, 15 junio 2023.

- con centros de Formación Profesional o universidades;
- se proporcionará un apoyo financiero. Las empresas no podrán solicitar ningún pago a los becarios por sus prácticas, pero deberán cubrir los gastos de transporte, alojamiento o comida en caso de que la beca no sea remunerada;
- se otorgarán los mismos derechos que a los empleados. Cuando los becarios firmen el acuerdo entre la empresa y la institución educativa, adquirirán los mismos derechos que los empleados actuales de la empresa, como vacaciones, áreas de descanso y servicios de comedor, entre otros;
- inclusión en el sistema de Seguridad Social. Se establece que las empresas deben registrar a cada becario en el sistema de seguridad social, y el tiempo que trabajen se contabilizará para su futura pensión. Esta medida ya ha sido aprobada y publicada en el *BOE*, en el Real Decreto-Ley 2/2023 del 16 de marzo, sobre el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. A partir del 1 de enero de 2024, todos los becarios, independientemente de si sus prácticas son remuneradas o no, están contribuyendo al sistema de seguridad social.

Actualmente, este estatuto está pendiente de aprobación en el consejo de ministros y se espera que se publique en el *BOE* en 2024. Para facilitar la transición a este nuevo estatuto, se ha establecido un período de dos años durante el cual se mantienen las medidas actuales para la contratación de becarios a través de acuerdos de prácticas.

6. Conclusiones

A modo de cierre del estudio técnico-jurídico realizado, se presentan en lo que sigue un conjunto de conclusiones, con el objeto de destacar las ideas y consideraciones más significativas del trabajo investigador realizado.

1. Recomendaciones europeas. España ha respondido de manera activa a las recomendaciones de la UE, enfocándose en la mejora de la empleabilidad juvenil a través de iniciativas como la Garantía Juvenil, la nueva regulación de la formación profesional, con la que se vincula el sistema educativo y el mercado laboral, y la reforma laboral de 2021 que tiene como objetivo principal reducir la temporalidad de los contratos de trabajo y mejorar la calidad en el empleo.

2. La implementación de la Garantía Juvenil ha demostrado ser un éxito, con un significativo número de jóvenes inscritos y una notable tasa de empleabilidad, reflejando un impacto positivo en la reducción del

desempleo juvenil, aunque lo cierto es que hay muchos aspectos en los que se vienen apreciando debilidades y retos de futuro⁴⁶.

3. la Reforma Laboral de 2021 ha sido un paso crucial para mejorar la calidad del empleo juvenil, con medidas como la eliminación de contratos de obra o servicio y el fortalecimiento del contrato fijo-discontinuo, apreciándose una reducción clara en las tasas de temporalidad en España, aunque una dudosa reducción de la precariedad laboral dada la caracterización del contrato fijo-discontinuo que lo diferencian claramente del contrato indefinido ordinario.

4. A pesar de los avances, persisten desafíos como la sobrecualificación y la necesidad de mejorar la formación, la inserción laboral y la adaptación de los jóvenes al mercado laboral actual, especialmente en sectores tecnológicos y de sostenibilidad medioambiental.

5. Medidas como la última Ley de Formación Profesional, en la que se opta por una enseñanza más dual, la reforma laboral de 2021, con la que se restringe la contratación temporal y se favorece la contratación indefinida, o el “Nuevo Estatuto del Becario” que representa un avance significativo en los derechos de los becarios, asegurando su inclusión en la Seguridad Social y la compensación de gastos, contribuyendo a una mayor protección y reconocimiento de su contribución al entorno laboral, se adoptan medidas para mejorar la calidad del empleo juvenil atendiendo las recomendaciones de la Unión Europea más recientes. No obstante, será preciso seguir analizando el impacto de estos cambios normativos en el empleo juvenil en los próximos años para poder comprobar la efectividad de las mismas.

7. Bibliografía

AGEA O. (2022), *La reforma laboral marca el fin del contrato por obra o servicio*, en www.grupo2000.es, 25 enero

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

CABASÉS PIQUÉ M.A., PARDELL VEÀ A. (2014), *Una visión crítica del Plan de Implantación de la Garantía Juvenil en España*, Bomarzo

⁴⁶ En este sentido, véase M.J. ROMERO RODENAS, *Debilidades y oportunidades del sistema de garantía juvenil*, en J. CABEZA PEREIRO (dir.), *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Aranzadi, 2017, pp. 39-62.

- CALVO GALLEGO F.J. (2022), *La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. monográfico, pp. 89-155
- CASAS MÍNGUEZ F. (2018), *La Unión Europea y el empleo juvenil*, Documento de Trabajo Seminario Permanente de Ciencias Sociales, n. 2
- COMISIÓN EUROPEA (2024), *Refuerzo de la Garantía Juvenil*, en commission.europa.eu, 6 enero
- COMISIÓN EUROPEA (2023), *Apoyo al empleo juvenil*, en commission.europa.eu, 4 marzo
- COMISIÓN EUROPEA (2023), *Oportunidades de financiación para los jóvenes*, en commission.europa.eu, 20 febrero
- CONSEJO DE MINISTROS (2021), *El Gobierno aprueba el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027*, en www.lamoncloa.gob.es, 8 junio
- CONSEJO DE MINISTROS (2018), *Informe sobre la ejecución de la Garantía Juvenil en España*, en www.lamoncloa.gob.es, 12 enero
- DURÁN BERNARDINO M. (2021), *Estudio multinivel de las políticas de empleo juvenil*, Dykinson
- EUROPA PRESS (2019), *La construcción necesita trabajadores jóvenes: sólo uno de cada cinco tiene menos de 34 años*, en www.europapress.es, 14 abril
- EUROSTAT (2024), *Euro area unemployment at 6.4%*, Euroindicators, 9 enero, n. 4
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL (2020), *Plan de Modernización de la Formación Profesional. Formando profesionales para el futuro*
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FORMACIÓN PROFESIONAL Y DEPORTES (2020), *Sánchez presenta el Plan de modernización de la Formación Profesional dotado con 1.500 millones de euros*, en www.educacionyfp.gob.es, 22 julio
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2023), *Yolanda Díaz y organizaciones sindicales firman el acuerdo que "permite cerrar el círculo de la formación de calidad y el empleo digno para las personas jóvenes"*, en www.mites.gob.es, 15 junio
- MORALES ORTEGA J.M. (2014), *Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Jóvenes y políticas de empleo*, Bomarzo
- MORALES ORTEGA J.M. (2013), *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: Garantía Laboral y Garantía Formativa*, en M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGO (dirs.), *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo
- OIT (2020), *Prevenir la exclusión del mercado de trabajo: Afrontar la crisis del empleo juvenil provocada por la COVID-19*

- PARLAMENTO EUROPEO (2023), [La política de empleo](#), Ficha Técnica sobre la Unión Europea
- PARLAMENTO EUROPEO (2018), [Fondo Social Europeo: lucha contra el desempleo y la pobreza](#), en www.europarl.europa.eu, 5 diciembre
- ROJO TORRECILLA E. (2014), [Texto \(revisado\) de la intervención en la Subcomisión para el estudio de las mejores prácticas, el seguimiento y propuestas de medidas para el empleo juvenil](#), en www.eduardorojotorrecilla.es, 11 septiembre
- ROLDÁN C. (2021), [Aspectos relevantes de ¿la reforma laboral?](#), en www2.deloitte.com, 31 diciembre
- ROMERO RODENAS M.J. (2017), *Debilidades y oportunidades del sistema de garantía juvenil*, en J. CABEZA PEREIRO (dir.), *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Aranzadi
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C. (2014), *La garantía juvenil en la Unión Europea. Obstáculos para su implantación en España*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 1, pp. 17-42
- SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (2023), [3.600 millones de euros para impulsar la inserción de personas jóvenes en el mercado laboral](#), en www.sepe.es, 9 febrero
- STRECKER T., COBASÉS M.A. (coords.) (2019), *Perfiles y desafíos de la Garantía Juvenil: una aproximación con novelas gráficas*, Tirant lo Blanch
- TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO (2017), [¿Han sido determinantes las políticas de la Unión Europea en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil](#), Informe Espacial, n. 5
- 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 contrataciones*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 2, pp. 79-99

Normativa Europea

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación*, 1º julio 2020, COM(2020)276 final
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales*, 26 abril 2017, COM(2017)250 final
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, Al Comité Económico y Social y a Comité de las Regiones *La*

Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años, 4 octubre 2016, COM(2016)646 final

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Ajuste técnico del marco financiero para 2017 en función de la evolución de la renta nacional bruta y ajuste de las dotaciones asignadas a la política de cohesión*, 30 junio 2016, COM(2016)311 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones *Trabajar juntos por los jóvenes europeos. Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil*, 19 junio 2013, COM(2013)447 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Iniciativa de Oportunidades para la Juventud*, 20 diciembre 2011, COM(2011)933 final

Comunicación de la Comisión *Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2012*, 23 noviembre 2011, COM(2011)815 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Juventud en Movimiento. Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea*, 15 septiembre 2010, COM(2010)477 final

Propuesta de Recomendación del Consejo sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil, 5 diciembre 2012, COM(2012)729 final

Páginas web

Employment Committee (EMCO): <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=115>

Hacia un replanteamiento del valor del trabajo y el trabajador en el contexto actual

Abelardo LEAL*

RESUMEN: Este artículo busca establecer la problemática vigente relacionada con la deshumanización del trabajo y del trabajador, este último visto como un objeto de producción que sirve para cumplir unas metas de la empresa, y no como un ser humano revestido de dignidad y derechos humanos que merece respeto y que, más bien, toma el trabajo como un medio de subsistencia. El paradigma establecido en torno al trabajo tiene como antecedentes el sistema de producción esclavista, la sociedad feudal sustentada en el servilismo y/o vasallaje, y el sistema burgués, como antesala del modelo capitalista vigente hoy en día, donde lo determinante era la fuerza productiva de los primeros, vistos como instrumentos generadores de riqueza, lo cual implicaba su deshumanización y hacía nulos sus derechos. Los trabajadores, en el contexto capitalista actual, son considerados instrumentos para cumplir un fin (la riqueza), siendo necesario un cambio de paradigma que reconozca su valor intrínseco.

Palabras clave: Trabajador, trabajo, estado capitalista, valor, dignidad, derechos humanos, cambio de paradigma.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes de la concepción del trabajo y el trabajador. 3. Concepción actual de trabajo y trabajador según la perspectiva del empleador en el contexto del Estado capitalista. 4. Necesidad de replantear dicha concepción por una más humana y respetuosa de los derechos humanos y fundamentales del trabajador. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Doctor en Derecho; Investigador y litigante en Derecho Laboral, Seguridad Social y Derecho Público, Universidad El Bosque (Colombia).

Towards a Rethinking of the Value of Work and the Worker in the Current Context

ABSTRACT: This article seeks to establish the current problem related to the dehumanization of work and the worker, the latter seen as an object of production that serves to meet company goals, and not as a human being clothed with dignity and human rights that deserves respect and that, rather, takes work as a means of subsistence. The paradigm established around work has as its antecedents the slave production system, the feudal society supported by servility and/or vassalage, and the bourgeois system, as a prelude to the capitalist model in force today, where the determining factor was the productive force of the former, seen as instruments for generating wealth, which implied their dehumanization and made their rights null and void. Workers, in the current capitalist context, are considered instruments to fulfil a goal (wealth), requiring a paradigm shift that recognizes their intrinsic value.

Key Words: Worker, job, capitalist state, worth, dignity, human rights, paradigm shift.

1. Introducción

El trabajo ha sido indispensable, a lo largo de la historia, para el desarrollo de nuestras sociedades y la satisfacción de las necesidades básicas del hombre.

En el mismo sentido, la persona que ejecuta el trabajo, esto es, el trabajador, ha sido preponderante para su desarrollo, quien con su esfuerzo físico y mental lo ha ejecutado en las distintas civilizaciones y etapas por las que ha pasado la humanidad.

Podemos decir que, desde el hombre de las cavernas, así como también desde las primeras civilizaciones, ha existido el trabajo, entendido este como el esfuerzo humano para fabricar objetos, cazar animales, elaborar abrigo contra el frío, producir alimentos, etc.

Así, el trabajo ha existido desde el inicio de los tiempos, como también la ardua y constante labor del trabajador, entendidos desde una concepción iusnaturalista que reconoce su existencia y papel preponderante en la historia, la sociedad y su desarrollo, ajeno a convenciones formales o dogmáticas sobre el concepto de trabajo o trabajador¹.

Sin embargo, con el devenir de las formas de organización social y las civilizaciones, surgieron fenómenos como el esclavismo² y la servidumbre, bajo los cuales el trabajo siguió existiendo, así como los trabajadores, solo que no eran libres y su trabajo no era reconocido ni remunerado.

Pese a lo cual, se consideraba indispensable para el sistema de producción esclavista, el cual no hubiera sido posible sin el trabajo del esclavo, como tampoco el sistema feudal o medieval sin el trabajo de los siervos, donde lo relevante era su fuerza generadora de riqueza.

Con el advenimiento del Estado Moderno, el surgimiento de la burguesía, la República y el sistema capitalista, esta concepción no cambió, porque si bien la figura del esclavo y del siervo había desaparecido o disminuido, la concepción del valor del trabajador y su trabajo como productor o fuente de riqueza, seguía enquistada en el imaginario social y en la filosofía de las empresas o empleadores.

Este trabajo, precisamente, pretende presentar dicho panorama, partiendo de sus antecedentes, para luego ubicar la problemática en el contexto actual, mostrar la afectación a los derechos humanos y

¹ Lo que aquí se expresa, es que ha existido el trabajo desde antes de su reconocimiento en el Derecho Positivo y su consagración en normas como la [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#), la [Convención Americana sobre Derechos Humanos \(Pacto de San José\)](#), el [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#), y normas internas como la Constitución Política de Colombia de 1991 y el Código Sustantivo del Trabajo.

² Cfr. I. ASIMOV, *El imperio romano*, Alianza, 2011.

fundamentales del trabajador, así como la discriminación o subvaloración que genera en la figura de este y el trabajo que desempeña.

Así, se trata de mostrar una concepción diferente, centrada en el valor humano o la persona del trabajador, como depositario de pensamientos, sentimientos, opiniones, y en la importancia de su rol familiar, social y como ciudadano del Estado, entre otros tópicos.

De esta forma, se propone centrar el modelo productivo en la relevancia del trabajador y su dignidad, bienestar, salud y derechos, desplazando la vieja concepción que hace énfasis en su valor reducido a ser productor o fuente de riqueza para las empresas.

Por último, se formulan algunas soluciones, propuestas o medidas que pueden ayudar a desplazar la antigua concepción por una nueva más humana e incluyente que tenga en cuenta su dignidad y valor humano, más allá de aspectos utilitaristas, económicos o materiales que lo deshumanizan y lesionan sus derechos humanos.

2. Antecedentes de la concepción del trabajo y el trabajador

Friedrich Engels, en su obra *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, consideró el trabajo como un factor trascendente e indispensable para que el hombre adoptara una posición erguida paulatinamente y evolucionara hasta convertirse en lo que es hoy en día³.

Lo anterior deja de manifiesto que el trabajo fue determinante para que el hombre evolucionara, como también para que pudiera satisfacer sus necesidades básicas, gracias a la fabricación de herramientas o aperos de caza, vestidos para resguardarse del frío, y generación de fuego a través de formas rudimentarias que le permitieron cocer los alimentos, abrigarse y espantar a las fieras que lo acechaban.

Igualmente, el trabajo también le permitió al hombre pensar, favoreciendo el desarrollo de sus habilidades físicas y racionales, como igualmente comprender y analizar su entorno y transformarlo en su beneficio y así construir la organización social y administrativa que antecede a la actual.

Este trabajo no se puede entender con la acepción jurídica que hoy conocemos, sino que se trata del esfuerzo físico y mental que realizó el hombre para poder superar las adversidades de su condición natural y su entorno, supervivir y desarrollarse en familia, tribu, horda y posteriormente

³ Cfr. F. ENGELS, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, Panamericana, 1993.

en sociedad.

El hombre evolucionó, pasó de una organización en familias, tribus y clanes a las primeras sociedades y civilizaciones de la antigüedad. Sin embargo, surgieron estereotipos sociales como las castas, estratos o posiciones que marcaron y diferenciaron a los hombres entre esclavos y libres, con derechos y sin derechos, entre otras.

Así, el trabajo siguió existiendo, siendo realizado en su mayoría por los esclavos, en lo que compete al trabajo pesado en las galeras, labores domésticas, agrícolas, construcción, etc. Es un trabajo en toda su expresión, porque representa un esfuerzo excesivo que produce riqueza para terceros, y ninguna retribución económica para quien lo ejecuta.

Es un trabajo en toda su amplitud, pero sin ningún reconocimiento económico, social o humano para el esclavo. Sin embargo, la historia ha demostrado que los esclavos fueron la base de los sistemas productivos de antiguas civilizaciones como la egipcia, la griega y la romana, que dejaron importantes aportes y avances para la humanidad.

Como puede apreciarse, el trabajo de los esclavos, en dicho contexto, fue un factor fundamental para la generación de riqueza, el desarrollo y el avance de estas civilizaciones y de quienes hicieron parte de las mismas, sin perjuicio de que no fuera reconocido el valor de quienes lo ejecutan, puesto que sus derechos no existían o eran sumamente limitados. La Ley no los protegía, por el contrario, validó dichas estructuras jerárquicas y sociales atávicas y excluyentes.

Pese a lo cual, es el trabajo ejecutado por los esclavos el que permitió su auge, aunque su reconocimiento no fue inmediato, lo cual permite establecer que dentro del término trabajo, también debemos catalogar todas aquellas actividades ejecutadas por esclavos, siervos o subalternos que producen riqueza, implican esfuerzo humano y permiten el avance o la transformación de las sociedades o el entorno en que viven.

Lo mismo podemos decir del trabajo realizado por los siervos bajo el sistema feudal que imperó en la Edad Media (476-1453 d.C.), esto es, desde el fin del imperio romano de Occidente hasta la culminación del imperio romano de oriente con la caída de Bizancio en manos de los turcos otomanos, ya que representa un esfuerzo físico y mental que fue ejecutado por aquellos, del cual se benefició este sistema de producción, vasallaje y sometimiento humano, sin que fuese reconocido todo el valor de la base humana o trabajadora que lo realizó⁴.

⁴ Cfr. J.L. ROMERO, *La Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, 1949. En esta obra el autor ilustra la organización política y socio económica de la Edad Media, centrada en la servidumbre y/o el vasallaje, donde el trabajo servil sustentó el modelo de producción y

Dicho esfuerzo también constituye trabajo, en toda la amplitud del término, aunque no encaje en una denominación positiva o normativa, pues representa el esfuerzo humano ejecutado para unos terceros que se favorecieron con el mismo, así como la fuerza que sustentó al sistema económico, social y político que imperó en dicho contexto.

Se trata, en los dos casos ilustrados, de un trabajo no reconocido, no valorado en toda su expresión y significado, y aunque no haya habido una remuneración económica, o esta haya sido insuficiente, en especie o a cambio de otros favores (como la protección, la vivienda, la alimentación, etc.), esto no implica ni responde a su falta real de reconocimiento y valoración, como también a la ausencia de reconocimiento a la dignidad y valor humano de quienes lo realizaron, que incluso aún persiste hasta nuestros días, donde se niega el papel fundamental de su labor para sustentar estos sistemas, a quienes se beneficiaron de dicho trabajo y al desarrollo socio económico alcanzado.

3. Concepción actual del trabajo y el trabajador según la perspectiva del empleador en el contexto del Estado capitalista

Hemos visto en el acápite anterior cómo el trabajo históricamente ha sido asociado con la producción o generación de riqueza por parte del ser humano, por medio de su esfuerzo físico, teniendo como beneficiario a un tercero, bien sea amo, señor feudal, o en los términos actuales, el empleador.

Como se observa, siempre ha existido el trabajo desde las primeras civilizaciones y sus sistemas de producción esclavistas, pasando por el sistema de producción y organización feudal, hasta el sistema capitalista adoptado por los Estados contemporáneos, el cual fue impulsado por la consolidación de la sociedad industrial⁵ y se dieron fenómenos como la división y especialidad del trabajo y su sujeción a una serie de reglamentos, normas o pautas, en la denominada racionalización del mismo⁶.

ahondó esa brecha entre el señor feudal y el siervo y la condición paupérrima y desprotegida de este último.

⁵ Cfr. R. ARON, *Dieciocho lecciones sobre la sociedad industrial*, Seix Barral, 1971. El autor señala en esta obra, que la sociedad industrial es propia del Estado capitalista, aunque se da también en otros modelos de Estado, el cual se caracteriza porque en él predomina la gran industria.

⁶ Cfr. M. WEBER, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 2002. Weber expresa en este texto, que la división del trabajo, la especificidad de funciones, su sujeción a reglamentos o normas y su racionalidad, esto es, su legalidad, se dieron bajo el Estado capitalista contemporáneo y permitió su consolidación y eficiencia.

Así las cosas, la concepción del trabajo y del trabajador ha seguido asociada a la producción de una riqueza, meta o resultado para un tercero, fruto del esfuerzo humano de quien ejecuta la labor para este último, a cambio de una remuneración económica, que anteriormente, bajo los sistemas esclavistas o feudales, no existía o no era reconocida.

Esta concepción actual, si bien introduce el elemento del pago en efectivo y en especie al trabajador como reconocimiento a su trabajo, sigue centrándose en un modelo anticuado, el cual continúa asociando el trabajo solamente a la producción automática de riqueza para un tercero (empleador), dejando de lado o dándole menor relevancia a la persona y el valor que entraña en sí mismo el trabajador y la labor ejecutada.

De esta forma, dicha concepción borra o desplaza el valor intrínseco del trabajador, quien además de su valía humana, al ser depositario de derechos, poseer raciocinio, sentimientos, sensaciones y principios, es un ser social, como diría Aronson⁷, que tiene un entorno familiar, social y vital donde se mueve y en el cual juega un papel indispensable.

En este sentido, el valor humano, familiar, social, cultural, entre otros, del trabajador no ha sido históricamente reconocido, porque se ha cimentado la concepción de este en un paradigma económico, al verlo o entenderlo solamente, o principalmente, como instrumento generador de riqueza o capital para una empresa.

Lo cual implica, consecuentemente, la negación de su humanidad, esto es, que sea visto como un objeto, herramienta o medio productor de ingresos o riqueza, siendo este el valor principal que se le ha dado, deshumanizándolo.

En el mismo orden de ideas, el trabajo que ejecuta el trabajador también es considerado solo desde su punto de vista pecuniario o material, olvidando el valor o trasfondo que implica, el cual se relaciona con aquel esfuerzo humano que aporta al desarrollo, a la familia, a la sociedad y al Estado, y no solo a la riqueza de una empresa.

Dicho lo anterior, el trabajo que realiza el trabajador lleva aunado un valor humano, subjetivo, como también social y cultural, y no puede reducirse solamente a un plano económico o materialista que niega su verdadero significado.

Si bien el desarrollo económico, la prosperidad y generación de riqueza es importante para las empresas, esto no puede significar que por ello el trabajador sea visto solo como un instrumento que produce ingresos.

Lo anterior solo conduce a que sea tomado como un factor de riqueza, como un medio para lograr los fines propuestos, pero no como un fin en sí

⁷ Cfr. E. ARONSON, *El animal social*, Alianza, 2007.

mismo, postulado por el aboga Kant al defender que los hombres deben ser considerados fines, y no medios o canales de consecución de determinados objetivos, y que además están revestidos de autonomía y dignidad⁸.

Independientemente de que el trabajador genere riqueza, su valor no debe reducirse al plano económico, sino a toda la amplitud que significa por su aporte a la sociedad y porque cumple un rol trascendental en la misma, porque sostiene a su familia fruto de su trabajo, y también en su papel de ciudadano de un Estado que, en principio, debe garantizar sus derechos humanos⁹ y fundamentales, entre otros aspectos.

Si bien la sociedad y el Estado se han beneficiado del trabajo de aquellos, que gracias a su esfuerzo han generado riqueza y coadyuvado a su desarrollo económico, industrial y comercial, como a su organización política administrativa, consolidación de la tecnología como medio para agilizar procesos y facilitar la vida cotidiana de las personas y sus distintos trámites, el paradigma entronizado desde las civilizaciones esclavistas, continuado en la Edad Media con el modelo de servidumbre y extendido hasta los albores de la Edad Moderna y Contemporánea, no ha cambiado.

Ello se debe a la falta de transmutar dichos valores, cánones sociales, códigos e imaginarios que subyacen en la sociedad y el Estado y permean a las empresas, su modelo de producción, su filosofía y principios.

De igual forma, que irrigan la consciencia de los individuos y los hacen asimilar y normalizar un modelo excluyente, que tergiversa el verdadero valor del trabajo y del trabajador, porque lo asocia principalmente a la generación de riqueza, al utilitarismo de un capitalismo que no ha podido superar los esquemas del pasado.

Es así como los modelos inveterados siguen subsumidos en las estructuras de producción capitalista actual, por lo cual se mantiene una visión reduccionista y simplista del trabajador como mero aporto productor de riqueza, lo cual resta valor a su condición humana y la relevancia que tiene por el rol que juega en la familia, la sociedad y el Estado.

Aunado a lo anterior, se encuentra su valor intrínseco como individuo, su capacidad reflexiva, crítica, sus subjetividades y valores culturales e intelectuales, que se desplazan o ignoran por dicha visión centrada en el pivote del capital.

No significa con ello que abogemos porque el sistema es el responsable de la deshumanización del trabajador y el trabajo que

⁸ Cfr. I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza, 2012.

⁹ Cfr. la [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#), donde se consignan el derecho humano al trabajo, la dignidad, la igualdad, la integridad física y moral, la no discriminación, autodeterminación, libertad de expresión, etc.

desempeña, sino que el problema estriba en la filosofía de dicha concepción, en no superar paradigmas anacrónicos y en seguir manteniendo imaginarios de explotación, superioridad del patrono o empresa e inferioridad del trabajador, lo cual reafirma o justifica la creencia o convicción equívoca de que es un medio para lograr el fin de la riqueza.

4. Necesidad de replantear dicha concepción por una más humana y respetuosa de los derechos humanos y fundamentales del trabajador

De acuerdo con lo expuesto, la concepción del trabajo y del trabajador que se edificó sobre las bases y paradigmas esclavistas, medievales y de la modernidad, no ha cambiado en el contexto del Estado capitalista.

Lo anterior, debido a que aún se centra la visión del trabajo y el trabajador como aperos destinados a generar riqueza para la empresa, es decir, se basa en un concepto utilitarista que los toma como un medio de producción de beneficios para un tercero.

Esta concepción trae consecuencias nocivas para el trabajador, pues lo deshumaniza y reduce a un factor que produce ingresos, relegando su relevancia social, familiar y subjetiva, desconociendo sus pensamientos, sentimientos y opiniones.

En cuanto al trabajo, se ve desvalorizado, porque no se toma en cuenta su valor intrínseco, su aporte a la sociedad, al Estado y a la humanidad, en cuanto a sólo se reduce a un esfuerzo que genera recursos para un tercero.

Por lo cual es necesario su replanteamiento, ya que la deshumanización del trabajador y el ver el trabajo sólo con un valor material o económico, llevan a que aquel pierda su dignidad humana, se desconozcan sus derechos y a que la filosofía de las empresas se siga centrando en la producción de riqueza y resultados, más que en el bienestar y salud del trabajador, la salvaguarda de sus derechos, la satisfacción de sus necesidades, etc.

Así las cosas, se evidencia que es perentorio superar dichas concepciones basadas en la explotación histórica del trabajador, en la percepción equívoca que hace hincapié en su valor como productor de riqueza, pero que no enfatiza en su valor intrínseco y humano.

Se debe partir de la comprensión de lo que implica un trabajador en todo su sentido más amplio: un ser humano, depositario de principios, creencias, familia, necesidades, pensamientos, sentimientos, que juega un rol en la sociedad y en el Estado, para los cuales también reviste relevancia.

Lo cual lleva aparejado que tiene una serie de valores intrínsecos, subjetividades, derechos humanos y fundamentales consignados en la

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), los convenios de la OIT¹⁰ y normas internas de cada Estado, que es necesario observar y respetar y ser el punto de partida para la apreciación de aquel.

De esta forma, el respeto a su integridad moral y física, a los derechos de que es depositario, también a sus expresiones, creencias, subjetividades y valores intrínsecos y sociales, deben hacer parte de esta nueva concepción del trabajador, desplazándose la atávica figura de ser un mero generador de ingresos para la empresa.

Es decir, la visión de las entidades encaminada a las metas y resultados centrados en la generación de riqueza del trabajador debe desplazarse por una más incluyente y humana que reconozca su valor inmanente.

Esto significa cambiar la filosofía, entronizar al trabajador y su trabajo como lo más importante para la entidad, sea privada o pública, dejando rezagada la concepción inveterada, aún vigente, que lo considera un mero medio productor de ingresos.

En este orden de ideas, se debe comenzar por cambiar la política y visión institucional, donde la consecución de las metas se equilibre o sea inferior frente a la dignidad y valor del trabajador, así como la salvaguarda de sus derechos humanos y fundamentales, dentro de ellos los de naturaleza laboral.

Así, se debe desplazar el paradigma de que su valor reside en la capacidad generadora de riqueza que ostenta, para adoptar un modelo que se enfoque en su valor intrínseco como persona, en su dignidad, capital social, rol que juega dentro de su familia y como ciudadano de un Estado, entre otros tópicos.

De esta forma, se puede ir relegando la vieja concepción y construyendo las bases de una nueva donde se haga énfasis en su bienestar, salud, derechos, etc., independientemente de que, como consecuencia de su labor o trabajo, se lleve a la riqueza de la empresa, lo cual debe ser algo que no ostente una mayor jerarquía o prelación que lo primero, sino más bien que esté al mismo nivel o por debajo de dicha finalidad meramente económica o capitalista.

Así las cosas, al irse desplazando esa concepción tomada de modelos esclavistas, serviles o utilitaristas que directa o indirectamente acogió el capitalismo, se puede ir cambiando el paradigma¹¹ e imaginario empresarial,

¹⁰ Cfr. Convenios n. 111, n. 155 y n. 190, 110ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo y Recomendación n. 206 de la OIT, entre otros, los cuales propenden por la salud y bienestar laboral, el trabajo en condiciones justas y dignas, la prevención de la violencia y el acoso laboral y demás aspectos pertinentes.

¹¹ Cfr. T.S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica,

social y estatal, de que el trabajador es un simple instrumento generador de riqueza y encaminado solamente a surtir de beneficios a las empresas y llevar a la consecución de sus metas.

Mantener la vieja concepción no sólo implica la deshumanización del trabajador, de su valor intrínseco y humano, y reafirmar anquilosadas categorías o códigos basados en la exclusión, la desigualdad y la estigmatización, sino ahondar en su desconocimiento, en la negación de sus derechos y en un modelo que, lejos de conllevar prosperidad, eficiencia y eficacia, puede producir lo contrario.

Lo anterior se sustenta en que los modelos basados en la exclusión, ignorancia o desconsideración del otro (en este caso el trabajador), en no reconocer su verdadero valor, en no centrarse en su bienestar, salud y garantía de sus derechos y prerrogativas, puede constituir un elemento negativo que incida en una producción deficiente o ineficaz, o en una desmotivación de aquellos en el ámbito laboral, como resultado de dichas conductas que no reconocen su valor o no aseguran integralmente sus derechos y la satisfacción de sus necesidades y expectativas.

De este modo, se propende por un modelo productivo centrado en la figura del trabajador como persona, depositaria de dignidad, principios y derechos, que busque su bienestar, salud y reconozca su valor intrínseco, desplazando la concepción de que solo puede verse como un productor de riqueza, teoría que debe ceder a la primera para así establecer un paradigma que dignifique su rol social, laboral, familiar, ciudadano, etc.

Así, las cosas, este nuevo modelo representa un cambio radical del paradigma, al desplazarse la concepción del trabajador como fuente productora de riqueza, a persona depositaria de dignidad, valor intrínseco y derechos humanos y fundamentales que deben respetarse.

En dicha medida, este paradigma emergente debe propender por su bienestar y su salud, por su dignidad y la reivindicación de sus derechos, pasando a un segundo paso el estereotipo centrado en el valor del trabajador en tanto es motor generador de ingresos para la empresa.

Lo anterior no conlleva que las empresas o entidades deban resignarse a disminuir su riqueza material, o no lograr sus fines. El hecho de que generen riqueza no riñe con que se cambie la percepción sobre el valor del trabajador.

2015. En esta obra, Kuhn expresa que cuando los paradigmas entran en crisis, o no pueden responder a las necesidades y problemas actuales, son reemplazados por nuevos paradigmas, lo cual se propone en el presente caso: el reemplazo del viejo paradigma que toma al trabajador y su trabajo como instrumentos meramente productivos, por uno donde sean los primeros fines en sí mismos y se reconozca su valor humano, sin centrarse en la riqueza que puedan generar.

Lo que implica, por el contrario, es que cambiando la vieja concepción exalten la dignidad del trabajador, reconozcan su verdadero valor, propendan por su bienestar laboral y su salud y salvaguarden sus derechos, lo cual va a tener, consecuentemente, un impacto positivo en su productividad.

Esto se sustenta en el hecho de que implementar y mantener condiciones justas y dignas de trabajo, garantizar ambientes seguros y saludables en el ámbito laboral, reconocer el valor del trabajador, pueden redundar en mayores beneficios económicos y en todo sentido para la empresa.

Lo expresado se refuerza en el hecho de que el trabajador que ostenta buenas condiciones laborales, de bienestar y salubridad, además de sea respetado y valorado en toda su dimensión, tiene un incentivo o motivación moral, emanado de su empleador, lo cual seguramente se traducirá en la eficiencia y eficacia de su trabajo, cumpliendo en demasía las metas propuestas.

Como se observa, el cambio de concepción, lejos de traer consecuencias negativas, falta de producción o incumplimiento de metas, conllevaría a mejores resultados para el empleador, al tener un trabajador más motivado y en mejores condiciones físicas y psíquicas para realizar su trabajo.

Así, queda claro que la vieja concepción se cimienta en una desvaloración del trabajador fundada en aspectos elitistas, excluyentes y jerárquicos, derivados de la discriminación, la inequidad y la injusticia, así como de factores históricos, sociológicos y culturales que permean nuestras sociedades y modelos de producción, impactando los ámbitos laborales de las empresas y las consciencias de los empleadores.

Así, se necesita implementar mecanismos para poder superar esta concepción, partiendo del diálogo social, programas, políticas y jornadas de concientización y socialización del valor que tiene el trabajador para la empresa, la sociedad y el Estado, con el fin de que se asimile en todos los ámbitos.

También se requiere la implementación de reglamentos internos, directrices y medidas por parte de las empresas o empleadores, que incorporen esta nueva concepción incluyente con su valor, dignidad y derechos, de tal suerte que no quede a la discrecionalidad o consideración del empleador, sino que se plasme como una norma interna y de conducta el pleno reconocimiento de su significado y valor.

Sin embargo, no basta con tener la voluntad de implementar esta nueva concepción, sino que efectivamente se aplique en las empresas, partiendo de su establecimiento en su reglamento interno de trabajo, para lo cual es

menester que se consigne, como una de las máximas o directrices, el valor y dignidad del trabajador, por encima de las formalidades, convencionalismos y estereotipos, como aquel tan remachado de que su valor solo radica en su capacidad de generar riqueza.

Así las cosas, se requiere que se estatuya en el reglamento interno de las empresas, y que efectivamente se aplique, lo cual requiere que se haga un seguimiento al mismo por parte del empleador y los trabajadores, porque no se puede dejar a la discrecionalidad del primero su cumplimiento.

En la misma órbita, es menester que se contemple en la Legislación Laboral de cada Estado, dicha concepción, donde se exalte el valor del trabajador y el trabajo ejecutado por el mismo, centrándose en su dignidad, derechos humanos y fundamentales, relevancia social y familiar y papel como ciudadano, de tal suerte que la motivación sea sustancial y se refuerce su valor y el reconocimiento de sus derechos.

Dicha normatividad debe ser difundida y socializada por el Estado, para que se tome consciencia por parte de los empleadores, las autoridades y la sociedad de dicho papel preponderante del trabajador, así como del valor humano y social del trabajo, que no puede reducirse solo a un medio para generar riqueza a las empresas o terceros empleadores.

Igualmente, se requiere el papel activo del Ministerio del Trabajo a través de sus Inspectores, como también de los organismos de control estatal, para que verifiquen constantemente las condiciones laborales de los trabajadores y que se cumplan las leyes y principios emanados del derecho laboral y los derechos humanos relacionados, en las empresas públicas y privadas, así como que tomen, dado el caso, las medidas correspondientes para restablecer sus derechos y se impongan las medidas preventivas y sanciones por contravenir tales normas.

No menos relevante es el control ciudadano, que corresponde ejercer a los trabajadores para denunciar y visibilizar los atropellos y transgresión de sus derechos laborales y humanos en el contexto de su trabajo, como también los incumplimientos y falta de condiciones justas, saludables y dignas para trabajar, para lo cual pueden valerse de los canales, medios o buzones existentes y de los mecanismos, instrumentos o acciones jurídicas de que les provea el derecho interno, así como los Tratados Internacionales y Organismos como la OIT, la CIDH, entre otros.

Lo expuesto anteriormente, nos devuelve a la importancia de cambiar la filosofía y el imaginario histórico y social que ha llevado a menospreciar el valor del trabajador y del trabajo, por uno que propenda por resaltar su valor, enfatizar en el bienestar y salud de aquel y el respeto y garantía de sus derechos.

Así, se puede con este cambio de concepción, con la consagración

normativa y la implementación y aplicación efectiva de la misma, así como de su previsión en los reglamentos internos de las empresas, desplazar el viejo slogan que reproduce una concepción esclavista y medieval del trabajador, por una que no lo deshumanice y que se centre en su verdadero valor intrínseco.

De esta forma, se invertiría la visión que se tiene del trabajador y el trabajo que ejecuta, por una que propenda por exaltar su valor humano, bienestar y derechos, y que se centre en la motivación, respeto, solución dialógica de los conflictos, mejora de sus condiciones laborales, etc.

Esta nueva concepción y mejora en sus condiciones, por unas verdaderamente justas y dignas, puede redundar, sin duda, en mayor productividad y trabajo de calidad, beneficiando directa o indirectamente a las empresas, con lo cual quedará demostrado que las viejas concepciones, lejos de traer más beneficios a las empresas, conllevan malestar y disminución de calidad de vida en los trabajadores, disminuyendo la eficiencia de las empresas y su productividad, porque se desplaza el valor humano y las condiciones dignas y justas de trabajo, indispensables para que aquel pueda desarrollar todas sus capacidades.

Dicha concepción también conlleva la idea de desplazar la creencia de que con el pago del salario y prestaciones sociales se cumplen todas las obligaciones frente al trabajador y se reconoce el valor de su trabajo, lo cual desde una perspectiva iusnaturalista va más allá, con el reconocimiento por parte del empleador, el Estado y la sociedad, de su papel relevante en la evolución del hombre y en su progreso, tanto material como humano, en la construcción de tejido social que conlleva y en toda la dignidad y derechos humanos que entraña.

La motivación que dan el bienestar, la salud, el respeto de los derechos, la dignificación de su oficio, la mejora de las condiciones laborales, son el mejor incentivo para que se aumente la productividad y se alcance el progreso en las empresas y sociedades contemporáneas.

5. Conclusiones

El trabajo ha existido desde la aparición del hombre e incluso antes, jugando un papel trascendental en la conversión o evolución del mono en hombre, lo cual favoreció, incentivó o permitió que caminase erguido, desde la perspectiva de Engels.

El hombre, desde inicios de la humanidad, ha ejecutado labores, oficios o actividades que representan trabajo, entendido esto como el esfuerzo humano, tanto físico como mental, que le permite satisfacer necesidades,

desarrollarse, cumplir fines sociales, etc.

Paralelamente, puede considerarse trabajador, desde una perspectiva iusnaturalista, a aquel hombre que ejecutaba estas labores con base en su esfuerzo corporal y mental, resolviendo con ello sus necesidades básicas, como procurarse alimentos, abrigos, un lugar donde pernoctar, etc.

Con el surgimiento de las primeras sociedades y posteriormente los albores de las civilizaciones, dentro de ellas las mesopotámicas, egipcia, griega y romana, el trabajo fue realizado por esclavos, que sustentaron con este el desarrollo de aquellas bajo un sistema de producción que, entonces, era esclavista.

Así las cosas, el trabajo podía concebirse, en dicho contexto, como aquel esfuerzo, actividad o labor que ejecutaban los esclavos y que no les era ni reconocido, ni remunerado, pero que era fundamental para el desarrollo, auge o apogeo de las mismas y la satisfacción de necesidades y servicios de los hombres libres.

De este modo, la concepción del trabajo se sustentaba en la capacidad de producción de los esclavos, quienes son tomados, vistos o considerados medios para producir trabajo, el cual a su turno genera riqueza, progreso, desarrollo y satisfacción de necesidades de los hombres libres y de quienes detentan el poder.

Con el advenimiento de la Edad Media, al final del imperio romano de Occidente (476 d.C.), y durante su vigencia, se cambió la forma de producción o de organización socio económica por la de la servidumbre, donde los siervos estaban al servicio de los señores feudales a través de dicha figura, que representaba una deshumanización de los mismos, una especie de continuidad en la explotación, el desconocimiento del trabajo del otro, y la entronización de unos modelos jerárquicos que permitían los abusos sobre los súbditos.

De esta forma, los siervos eran considerados instrumentos productivos, deshumanizados, su valor residía en la capacidad de realizar las actividades requeridas, satisfacer las necesidades o requerimientos de los señores feudales, y su pago era irrisorio o no existía retribución pecuniaria.

Con el surgimiento del Estado Moderno, la burguesía y la República, se cambiaron las denominaciones, esto es, surgió el término empleador y empleado, pero en el fondo la inveterada concepción no cambió: el valor del trabajo y del trabajador seguía siendo su capacidad de generar riqueza para un tercero (empleador).

Por el contrario, en el contexto del Estado capitalista actual, dicha concepción se exacerbó y se hizo más utilitarista: el trabajador y su trabajo valen en cuanto mayor cantidad de beneficios, riqueza o ingresos generen.

Como se observa, se deja de lado su valor humano, el hecho de que el

trabajador es una persona que tiene un rol importante o valioso para su familia, la sociedad y como ciudadano de un Estado, lo cual no reviste relevancia dentro de dicha percepción atávica del trabajador y su trabajo.

Por ende, es necesario adoptar, desarrollar o implementar una nueva concepción que se centre en el valor intrínseco del trabajador y el trabajo que ejecuta, que lo conciba como una persona, y no como un objeto, medio o instrumento productor de riqueza, sino como un ser humano con sentimientos, pensamientos, deseos, que juega un papel en su familia como padre, hijo, hermano, etc., como ciudadano en la sociedad y, desde luego, que es importante para la empresa por todo esto, independientemente de que gracias a su labor lleve a generar riqueza o beneficios para el empleador.

Para lograr lo anterior, es menester, en primer lugar, un cambio de la filosofía empresarial, donde se anteponga el valor del trabajador y su trabajo a la idea, paradigma o imaginario que lo asocia como un factor productor de riqueza, y donde se implementen políticas y reglamentos internos para poder tener en cuenta y aplicar esta nueva filosofía.

Del mismo modo, se requiere reducir o equilibrar la brecha de jerarquización entre el empleador y el empleado, la cual ha permitido restarle valor humano, dignidad y derechos a los trabajadores, al alimentar modelos jerárquicos que los conciben como inferiores o faltos de consideración frente al empleador o superior, por relaciones menos verticales, más dialógicas, horizontales y recíprocas, donde haya prioridad por la negociación, el pacto o el acuerdo en la solución de los conflictos, de tal suerte que no se centre la relación en la superioridad y la subordinación, sino en relaciones más dialógicas y armónicas donde se exalte la importancia y valor del trabajador.

En el mismo orden, se requiere formular e implementar políticas y normas estatales que resalten el valor del trabajo y el trabajador, lleven a disminuir estas brechas que alimentan la discriminación, el maltrato y la deshumanización de este último, así como el respeto de sus derechos humanos y fundamentales, centrándose, más que en la producción del trabajador, en su bienestar, salud, dignidad y respeto de sus derechos.

Y lo que es igual o de mayor relevancia, que se realicen continuos seguimientos por parte de los empleadores y el Estado, del cumplimiento de estas políticas, reglamentos y normas, para verificar que sean efectivos y aplicar las medidas correctivas y sanciones correspondientes en caso de incumplimiento.

De igual importancia es el control ciudadano, que los mismos trabajadores y la población en general pueden ejercer denunciando los abusos, incumplimientos y violación de sus derechos por parte de los empleadores, a través de los medios y mecanismos jurídicos existentes.

Las sociedades, el Estado y las empresas pueden ser más productivos y desarrollados, si se concibe al trabajador como persona depositaria de dignidad, derechos y valores intrínsecos, y no como mero medio productor de beneficios y riqueza.

El valor del trabajo no se puede separar del valor de la persona que lo ejecuta, ni de su dignidad, humanidad, derechos y papel fundamental que juega dentro de la sociedad: «El *trabajo* es un factor de producción, un gasto o un recurso, pero, por sobre todo, es una actividad humana. Procede de la persona y de algún modo comparte su dignidad»¹².

El trabajo realizado por el trabajador lleva al progreso material y humano y a la evolución del hombre en un sentido amplio, como también a la construcción de tejido social, por ende, no puede reducirse sólo a la generación de riqueza o resultados.

Tampoco puede entenderse al trabajador como aquel cuyo valor, derechos y relevancia se entienden cumplidos o satisfechos con el solo pago de un salario y prestaciones, lo cual permita toda serie de imposiciones y la negación de su humanidad y dignidad, sino que va más allá, con el reconocimiento de su relevancia social y valor intrínseco.

El bienestar, la salud, la dignidad, la motivación del trabajador y el trabajo en condiciones justas y dignas son los elementos más efectivos para lograr empresas, sociedades y Estados más prósperos, incluyentes y armónicos, donde se exalte el verdadero valor del trabajo y se reivindiquen sus derechos.

6. Bibliografía

- ARENDRT H. (2005), *La condición humana*, Paidós
- ARON R. (1971), *Dieciocho lecciones sobre la sociedad industrial*, Seix Barral
- ARONSON E. (2007), *El animal social*, Alianza
- ASIMOV I. (2011), *El imperio romano*, Alianza
- BONILLA GONZÁLEZ R. (2019), [Los trabajadores son generadores de riqueza ignorados por los gobiernos](#), en [periodico.unal.edu.co](#), 29 octubre
- CANARIAS-SEMANAL.ORG (2022), [Recapitulación sobre el papel del trabajo en la transformación del hombre en mono](#), en [canarias-semanal.org](#), 30 agosto
- DE LA CRUZ PICALÚA N. (2023), [El progreso de un país: el valor del trabajo humano](#), en [www.las2orillas.co](#), 12 octubre

¹² Á. PEZOA, [Valor humano y social del trabajo](#), en [ellibero.cl](#), 21 enero 2023.

- ECO U. (2016), *La Edad Media. La edad Media I, Bárbaros, cristianos y musulmanes*, Fondo de Cultura Económica
- ECO U. (2016), *La Edad Media. La edad Media II, Caballeros, Catedrales y Ciudades*, Fondo de Cultura Económica
- ENGELS F. (1993), *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, Panamericana
- GALEANO E. (1985), *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI
- KANT I. (2012), *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza
- KUHN T.S. (2015), *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica
- LE GOFF J. (2020), *Por otra Edad Media. Tiempo, trabajo y cultura en Occidente*, Taurus
- MARK J.J. (2021), [La vida de los esclavos africanos en la América colonial británica](#), en: www.worldhistory.org, 26 abril
- MARX K. (2019), *El capital. Crítica de la economía política*, Siglo XXI
- OIT (2019), [Eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo](#), en www.ilo.org, 18 noviembre
- PEZOA Á. (2023), [Valor humano y social del trabajo](#), en ellibero.cl, 21 enero
- POURSHASB N. (2022), [Un nuevo concepto de trabajo: más flexible, más humano y más inteligente](#), en expansion.mx, 30 abril
- ROMERO J.L. (1949), *La Edad Media*, Fondo de Cultura Económica
- WEBER M. (2014), *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Fondo de Cultura Económica
- WEBER M. (2007), *Sociología del poder. Los tipos de dominación*, Alianza
- WEBER M. (2002), *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica
- WEBER M. (2014), *Conceptos sociológicos fundamentales*, Alianza

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-317/2020
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-007/2019
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-572/2017
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-293/2017
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-898/2006

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-882/2006

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098/1994

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-546/1992

Normativa

Código Sustantivo del Trabajo (Legis, 2021)

Conferencia Internacional del Trabajo, 2022, 110ª reunión

Constitución Política de Colombia (Legis, 2021)

[Convención Americana sobre Derechos Humanos \(Pacto de San José\)](#)

Convenio OIT n. 190

Convenio OIT n. 155

Convenio OIT n. 111

[Declaración Universal de los Derechos Humanos](#)

Estatuto de los Trabajadores (España)

Ley 2209/2022 (Colombia)

Ley 1010/2006 (Colombia)

Ley 36/2011 (España)

[Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)

Recomendación OIT n. 206

Descentralización productiva, cooperativismo y convenio colectivo*

Rafael MOLL NOGUERA**

RESUMEN: La descentralización productiva ha sabido hallar diversas fórmulas legales en el ámbito laboral para tratar de huir de los estándares normativos, tanto legales como convencionales. En este sentido, podría citarse ahora la subcontratación, la cesión de trabajadores mediante empresas de trabajo temporal, el auge de empresas multiservicios o centros especiales de empleo, o las plataformas digitales. De modo paradójico, sin embargo, esta escapada del derecho del trabajo también ha conseguido penetrar en el ámbito de la economía social. Así, las sociedades laborales o las cooperativas, especialmente las de trabajo asociado, representan una parcela del mercado de trabajo en el que la protección social de sus trabajadores es menor. Tras un análisis global del cooperativismo en España desde el punto de vista laboral, el presente trabajo tiene como elemento central el papel de la negociación colectiva y del convenio colectivo en las cooperativas de trabajo asociado.

Palabras clave: Descentralización productiva, cooperativa de trabajo asociado, convenio colectivo, negociación colectiva.

SUMARIO: 1. El régimen legal del socio-trabajador. 1.1. Introducción. 1.2. Tendencia hacia la armonización “difuminada” de derechos. 1.2.1. Equiparación plena a nivel autonómico. 1.2.2. Jornada y retribución. 1.2.3. La subrogación empresarial. 1.2.4. Planes de igualdad y registro retributivo. 1.2.5. Otras materias. 1.3. Algunas reflexiones sobre los puntos críticos de la cooperativa de trabajo asociado. 1.3.1. Posición singularmente competitiva y su fundamento. 1.3.2. La descalificación como herramienta antifraude y su reforma legal. 1.3.3. La dimensión de la cooperativa. 2. Derechos colectivos de los socios-trabajadores. 2.1. Libertad sindical y huelga. 2.2. Derecho a la negociación colectiva. 2.2.1. Aplicabilidad de los convenios colectivos sectoriales. 2.2.2. Participación en la negociación de un convenio colectivo. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación GVA CIGE/2021/111 *Los efectos de la descentralización productiva 4.0 y el crowdsourcing online en el trabajo*.

** Profesor Permanente Laboral, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España).

Productive Decentralization, Cooperativism and Collective Agreement

ABSTRACT: The decentralisation of production has managed to find various legal formulas in the labour sphere to try to escape from regulatory standards, both legal and conventional. In this sense, subcontracting, the transfer of workers through temporary employment agencies, the rise of multi-service companies or special employment centres, or digital platforms could now be mentioned. Paradoxically, however, this escape from labour law has also managed to penetrate the social economy. Thus, worker-owned companies or cooperatives, especially worker cooperatives, represent a part of the labour market in which the social protection of their workers is lower. After a global analysis of cooperativism in Spain from the labour point of view, this paper focuses on the role of collective bargaining and collective agreements in worker cooperatives.

Key Words: Productive decentralization, associated worker cooperative, collective agreement, collective bargaining.

1. El régimen legal del socio-trabajador

1.1. Introducción

El punto de partida de este trabajo es que, desde un plano material, la prestación de los mismos servicios para una empresa puede ser desarrollada por un trabajador por cuenta ajena, dentro del ámbito del escudo protector del ET, y también por un socio de una cooperativa de trabajo asociado, fuera de dicho escudo. Eso conlleva, de entrada, que el tipo societario escogido pueda significar una minoración en la protección laboral de las personas que prestan sus servicios. Esta afirmación no resulta por sí relevante, pues desde siempre han existido trabajadores por cuenta propia que han convivido con el trabajo asalariado, cuya protección social ha sido, comparativamente, menor. No obstante, en el caso de los socios-trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado la existencia de una organización empresarial superior a la de sus miembros, dotada con la facultad de dirección y organización, convierte esta desigualdad en los niveles de protección en cuestionable por la doctrina; lo que conduce, en definitiva, a que el cooperativismo de trabajo asociado se presente como una de las zonas «grises del mercado de trabajo de más difícil deslinde»¹.

No procede analizar en este trabajo la relación entre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado desde el punto de vista de la ajenidad y la dependencia, al ser este un tema ya muy estudiado por la doctrina² y en cierto modo estéril, en la medida en que el legislador ha decidido que, por más o menos presentes que pudieran estar las notas típicas de la relación laboral, no sea considerado trabajador por cuenta ajena. Brevemente, cabe recordar que en la Ley 29/1999 de 16 de julio se esclarece ya la naturaleza jurídica existente entre la cooperativa y sus socios, pues señala que «la relación es societaria» (art. 80.1) y «societaria y autogestionada» (art. 80.5). Sin necesidad de acudir a ningún medio hermenéutico que no sea el puramente literal, resulta claro que la relación tiene carácter societario, debiendo descartarse todo atisbo acerca de que pueda estarse en presencia de una relación laboral, ni siquiera como concurrente con la societaria o de

¹ J.L. MONEREO PÉREZ, L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, *La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 37, p. 17.

² *Ibidem*, p. 19; M. MAIRAL JIMÉNEZ, *La doble relación jurídica del socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado: societaria y laboral*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 37; M. GARCÍA JIMÉNEZ, *El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado*, *ibidem*, p. 115.

naturaleza híbrida³. La relación societaria se hace evidente desde el momento en que su integración en la cooperativa se produce a través de una aportación económica al capital social, en un régimen de participación y cotitularidad de pérdidas y ganancias, y de codecisión y cogestión⁴. No debe olvidarse, por lo demás, que la cooperativa de trabajo asociado constituye una forma mixta entre asociación, la mutualidad y la sociedad mercantil: aúna el elemento personal de las asociaciones, el interés de ayuda recíproca de las mutuas, y la finalidad económica o productiva de las sociedades⁵.

Es cierto que existen similitudes importantes entre la prestación laboral del trabajador común y la del socio cooperativista desde el prisma de las características de la relación laboral que se contienen en el art. 1.1 ET, especialmente en lo que a dependencia se refiere, lo que dificultaría un examen en abstracto de su naturaleza jurídica⁶. Sin embargo, el hecho de que la cooperativa tenga una indudable personalidad jurídica independiente de la de sus miembros no supone necesariamente que esa prestación de trabajo se contrate con un tercero totalmente ajeno a la propia persona del socio-trabajador, puesto que éste formaliza con la cooperativa un contrato de sociedad y pasa a ser socio integrante de la misma, con obligación, entre otras, de prestar trabajo. Como ya señaló el Tribunal Supremo⁷, probablemente la dificultad sobre su naturaleza jurídica radica en la existencia de un esquema organizativo, dotado para su buen funcionamiento de una cierta jerarquización, teniendo como uno de sus fines que el trabajo sea adecuadamente compensado, de ahí que la regulación de las cooperativas de trabajo asociado se inspire e incorpore normas, no solo de la legislación civil, en el área de lo asociativo, sino también de la laboral, en lo que se refiere a la de trabajo productivo. Precisamente el Tribunal Supremo ha resaltado el carácter mixto del estatus jurídico del socio-trabajador en multitud de ocasiones⁸, en la que prima la relación societaria sobre la que deriva de la prestación de una actividad de trabajo, que no laboral. Conclusión que no se vería alterada ante el incumplimiento de las obligaciones societarias, por ejemplo, en caso de no

³ STSJ Galicia 28 diciembre 2017, rec. 3915/2017.

⁴ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El Trabajo Asociado: Cooperativas y otras Sociedades de Trabajo*, Aranzadi, 2008, p. 73.

⁵ STSJ Asturias 25 julio 2008, rec. 447/2008.

⁶ STSJ País Vasco 20 mayo 2003, rec. 619/2003.

⁷ STS 18 julio 1986, RJ 1986/4235; STS 18 mayo 1987, RJ 1987/3719; STS 19 mayo 1987, RJ 1987/3734; STS 12 junio 1987, RJ 1987/4347.

⁸ STS 10 diciembre 2013, rec. 3256/2012; STS 27 noviembre 2013, rec. 3128/2012; STS 10 diciembre 2018, rec. 3407/2016; STS 19 diciembre 2018, rec. 2233/2017; STS 7 febrero 2019, rec. 649/2017; STS 8 mayo 2019, rec. 42/2018.

desembolsar la correspondiente aportación inicial⁹.

En definitiva, este debate está superado en términos generales, al descartarse la existencia de una relación laboral, siquiera especial o de carácter híbrido, por más que en su actividad profesional surjan elementos comunes al contrato de trabajo y por más que la prestación de servicios sea idéntica a la de un trabajador por cuenta ajena. Ello determina que las disposiciones que disciplinan la relación de trabajo por cuenta ajena sólo les sean de aplicación en la medida y alcance con el que estén expresa y específicamente contempladas en la norma legal o interna de la cooperativa¹⁰.

Por último, cuestión especial es la relativa al encuadramiento de los socios-trabajadores, pudiendo la cooperativa optar entre el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena o el RETA *ex* art 14 LGSS¹¹. En todo caso, esta posibilidad lejos de despejar la naturaleza jurídica del socio-trabajador la vuelve más compleja. Baste señalar que, aun pudiendo estar incluidos en el RETA, los socios-trabajadores no están incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007¹².

Sin embargo, sí resulta conveniente detenerse en algunas de estas similitudes que configuran y moldean el régimen profesional del socio-trabajador que deriva, como se verá, de un complejo entramado jurídico.

1.2. Tendencia hacia la armonización “difuminada” de derechos

La primera idea es la referida a la normativa laboral directa y expresamente aplicable. Así, desde el punto de vista Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), la Ley Estatal de Cooperativas, en su art. 80.5, señala que se aplicarán a los centros de trabajo y a los socios trabajadores las normas sobre salud laboral y sobre prevención de riesgos laborales,

⁹ STSJ País Vasco 29 octubre 2019, rec. 1586/2019. En ningún precepto se indica que si no se desembolsa la aportación inicial no se adquiere la condición de socio, sino que se incurrirá en mora.

¹⁰ STS 23 octubre 2009, rec. 822/2009.

¹¹ En profundidad, J.M. GOERLICH PESET, *Reencuadramiento administrativo de socios trabajadores de cooperativas: luces y sombras*, en *esta Revista*, 2022, n. 3.

¹² El Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio) no incluye en su ámbito de aplicación a los socios-trabajadores, frente a la versión inicial de la comisión de expertos designados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de octubre de 2005. Por otra parte, también excluye de la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes a los profesionales que ejerzan su profesión juntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho (art. 11.3).

todas las cuales se aplicarán teniendo en cuenta las especialidades propias de la relación societaria y autogestionada de los socios trabajadores que les vincula con su cooperativa. Por su parte, en el art 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales la declara aplicable a las sociedades cooperativas. En este sentido, debe interpretarse que la norma no está atribuyendo a los socios la condición de empresarios a efectos del cumplimiento de las normas preventivas, sino que, por el contrario, y así se desprende de los arts. 15.5 y 29.3 de la LPRL, es la cooperativa la que tiene una personalidad jurídica propia y netamente diferenciada de la de los socios, y quien debe ostentar la cualidad de empresario obligado frente a los socios trabajadores al cumplimiento de las correspondientes obligaciones preventivas. Especial atención merece la DA 10 de la LPRL que asimila a los socios-trabajadores con el personal por cuenta ajena, en caso de existir, a efectos de la designación de Delegados de Prevención conforme al art. 35.2 LPRL.

En cuanto a la Ley Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), cabe señalar que son sujetos responsables las cooperativas con respecto a sus socios trabajadores y socios de trabajo respecto de las infracciones recogidas en el capítulo V de la LISOS. Si nos fijamos en estas infracciones, se desprende que casi todas ellas van referidas a cuestiones netamente societarias (*v.gr.* no convocar la asamblea o no auditar las cuentas, entre otras) y solamente existe una referencia indirecta al incumplimiento de los derechos laborales de los socios: «la transgresión generalizada de los derechos de los socios» (art. 38.2.f). A pesar de esta mínima alusión, es revelador que la administración competente para investigar, comprobar y sancionar estos incumplimientos sea la propia Inspección de Trabajo y que su regulación esté recogida en la LISOS, salvo lo referido a la posibilidad de descalificar, que sigue apareciendo en el art. 116 de la Ley Estatal de Cooperativas. En cualquier caso, las cuestiones contenciosas que surjan entre las cooperativas y sus socios trabajadores se resolverán, no con arreglo a las normas del ET, sino aplicando con carácter preferente la Ley de Cooperativas, los Estatutos y el Reglamento de régimen interno de la cooperativa¹³.

Respecto al orden jurisdiccional competente, cabe empezar matizando que de conformidad con el art. 86 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) será competente el orden mercantil para conocer de cuantas cuestiones afecten a las sociedades cooperativas. En concreto, de conformidad con la DA 8 LOPJ la impugnación de los acuerdos sociales de la cooperativa le quedará en todo caso atribuida a los jueces de lo mercantil. Sin embargo, cuando se trata de una cooperativa de trabajo asociado, la Ley

¹³ Juzgado de Cartagena 22 noviembre 2019, proc. 524/2019.

Reguladora de la Jurisdicción Social establece en su art 2.*c* que será competente el orden social de las cuestiones litigiosas que surjan entre estas y sus socios trabajadores, eso sí, exclusivamente en lo relativo a la prestación de sus servicios. Previsión que se contempla igualmente en el art. 87.1 de la Ley Estatal de Cooperativas, que matiza que el orden social atraerá para su conocimiento de todas las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio-trabajador en relación con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada. De suerte que, añade en el párrafo segundo, que aquellos conflictos no basados en la prestación del trabajo, o sus efectos, ni comprometidos sus derechos en cuanto aportante de trabajo no se someterán al orden social, sino al civil. Este reparto de materias se complica todavía más, conforme se verá más tarde, en la medida que la impugnación de la descalificación de la cooperativa derivada de la actuación de la Inspección de Trabajo le corresponde al orden contencioso-administrativo.

1.2.1. Equiparación plena a nivel autonómico

La segunda idea va referida a la progresiva equiparación de la regulación de los derechos profesionales de los socios-trabajadores respecto de los trabajadores por cuenta ajena. No se trata de una equiparación uniforme, pues pueden encontrarse diferentes opciones legislativas que van desde dejar plena autonomía a la sociedad cooperativa, hasta la total aplicación de la normativa laboral del trabajo por cuenta ajena¹⁴.

En efecto, es posible encontrarse con regulaciones autonómicas en materia de cooperativas de trabajo asociado que se remiten, de un modo u otro, a la legislación estatal laboral a la hora de regular el régimen jurídico de los socios. Ejemplo de ello era la Ley autonómica de Extremadura, la Ley 2/1998, de 26 de marzo, en cuyo art. 115.1 claramente decía que el régimen jurídico de los socios trabajadores era el establecido en las normas legales y reglamentarias del Estado reguladoras de la relación laboral nacidas del contrato de trabajo, siendo solo posible mejorarlas por la Asamblea General. Redacción modificada por la Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura, en cuyo art. 149 viene a establecer una jerarquía de fuentes normativa en cuanto a la regulación de derechos laborales: primero se estará a lo establecido en la norma, y en segundo lugar

¹⁴ M. GARCÍA JIMÉNEZ, *El marco jurídico aplicable a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado en España. Problemática y propuesta para su mejora*, en G. FAJARDO GARCÍA (coord.), *Empresas gestionadas por sus trabajadores*, CIRIEC España, 2015, p. 188.

a «los derechos y garantías legalmente establecidos en el derecho laboral común, sin perjuicio de los derechos reconocidos en la legislación laboral que por afectar al principio de igualdad son de aplicación directa». Otro ejemplo lo representa la ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León, en cuyo art. 103 se fija la obligatoriedad de respetar la legislación laboral vigente y los convenios colectivos que resulten de aplicación en relación con cualquier materia relacionada con la actividad laboral.

Sin embargo, entre los dos extremos señalados, es posible identificar una tendencia reguladora hacia la armonización de las condiciones laborales de los socios-trabajadores respecto a lo previsto para los trabajadores por cuenta ajena. Esta armonización se alcanza gracias a diferentes técnicas, que pasan por la remisión, por la integración – con mayor o menor precisión – del articulado del ET, o incluso por la extensión de derechos en normas específicas. No procede realizar una comparativa exhaustiva de las condiciones laborales dada la heterogeneidad normativa autonómica al respecto, pero sí resulta interesante fijarse al menos en cuatro condiciones esenciales de trabajo, a saber: la jornada; la retribución; la subrogación empresarial; y, por último, la regulación de los planes de igualdad en las cooperativas de trabajo asociado.

1.2.2. Jornada y retribución

Así, en relación con la jornada, la norma estatal de cooperativas que actúa como común denominador mínimo en todo el territorio nacional, establece que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas (art. 83.1.a), al igual que se prevé en el art. 34.3 ET. Eso sí, no se establece un tope de horas ordinarias de trabajo efectivo que no pueda superar las nueve horas en comparación con lo previsto en el ET. Respecto de la retribución, el art. 80.4 de la norma estatal fija que los socios-trabajadores tienen derecho a percibir periódicamente, en plazo no superior a un mes, percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa. Así, al igual que lo previsto en el art. 29.1 ET, los socios-trabajadores perciben, con una periodicidad mensual, una retribución económica en contraprestación por su trabajo, eso sí, sin que esté garantizado su pago teniendo en cuenta los resultados empresariales.

Como se observa, el legislador ha tratado de incorporar en el régimen legal del socio-trabajador un suelo mínimo de protección inspirado notablemente en el ET, si bien algo difuminado, pero mejorada en algún caso por la normativa autonómica. Esta conclusión se alcanza no solo

respecto a estas dos condiciones esenciales de trabajo, sino también con lo que tiene que ver con el periodo de prueba; la normativa sobre permisos, suspensiones y excedencias; o la propia extinción de la relación. En todas ellas es posible identificar un cierto paralelismo que no alcanza a convertirse en una plena asimilación de derechos.

1.2.3. La subrogación empresarial

Con todo, y a pesar de esta falta de asimilación derechos, sí es posible confirmar la tendencia hacia la armonización de las condiciones laborales, y muestra clara de ello es la regulación que se hace desde la Ley estatal de Cooperativas del fenómeno de la subrogación empresarial. Así, su art. 86.2 fija que «cuando una cooperativa de trabajo asociado cese, por causas no imputables a la misma, en una contrata de servicios o concesión administrativa y un nuevo empresario se hiciese cargo de éstas, los socios trabajadores que vinieran desarrollando su actividad en las mismas tendrán los mismos derechos y deberes que les hubieran correspondiendo de acuerdo con la normativa vigente, como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en la condición de trabajadores por cuenta ajena». Protección similar a la prevista para los trabajadores por cuenta ajena en la Directiva 2001/23/CE y en el art. 44 ET. Similar que no idéntica, pues a pesar de la regulación de la subrogación empresarial se lleva a cabo en términos muy similares a los que sobre la misma se contiene en el ET, en ningún momento se hace una remisión, y ni tan siquiera alusión a dicho estatuto, lo que pone de manifiesto que la intención del legislador ha quedado clara en el sentido de establecer una regulación propia y específica en esta materia¹⁵.

En particular, la interpretación del alcance del art. 86.2 se ha dado por parte de los tribunales al responder al interrogante sobre si la antigüedad, una vez producida la subrogación, debía integrar el periodo anterior durante el que se prestó servicios como socio-trabajador o, por el contrario, si la antigüedad solamente se debía calcular a partir del momento en el que se producía la sucesión. Así, se ha interpretado que el legislador ha establecido una ficción legal de considerar a los socios cooperativistas de trabajo asociado como trabajadores por cuenta ajena en los supuestos en los que la cooperativa a la que pertenecen cese, por causa no imputable a la misma, en una contrata o concesión administrativa y un empresario se haga cargo de la misma, otorgándoles los mismos derechos y deberes que les hubiera correspondido por aplicación de la normativa laboral como si hubieran sido

¹⁵ STSJ Galicia 28 diciembre 2017, cit.

trabajadores por cuenta ajena¹⁶. Normativa laboral que de otro modo no les hubiera resultado aplicable y que gracias a esta ficción legal se garantiza la continuidad de sus servicios por el socio trabajador como trabajador ordinario de la empresa adjudicataria. En efecto, se protege así el mantenimiento del empleo al socio-trabajador afectado por el cambio del titular de una contrata o concesión, mediante la novación de su relación societaria por la de trabajador por cuenta ajena, y en ese sentido debe aplicarse, por un lado, los presupuestos legales y jurisprudenciales de cuando procede la subrogación empresarial y, por otro, de todos sus efectos.

Sin embargo, la normativa de cooperativas añade un requisito específico y necesario, cual es que el cese de la cooperativa sea por causa no imputable a ella. Este requisito impide en cualquier caso la consideración de una sucesión empresarial o de una subrogación contractual por vía convencional, aunque constasen los presupuestos facticos exigidos por la normativa laboral o la convencional para uno y otro caso, pues el cambio en la titularidad de la contrata o de la concesión administrativa debe responder a una decisión externa, o sea, de la empresa principal o de la administración pública. Así, si se constata que la cooperativa acordó su disolución antes de la finalización del término de la adjudicación no se habrá cumplido este requisito, razón por la cual no se ha estimado que el periodo previo debiera computarse a efectos de antigüedad¹⁷. Sin embargo, no se trata de una interpretación pacífica, pues podría entenderse que en la medida en que la subrogación puede operar por pacto entre las partes y que la nueva empresa adjudicataria conoce de las condiciones de los futuros trabajadores que pacta asumir «conlleva de forma inexorable que asuma ese periodo de tiempo como tiempo de prestación de servicios a incluir en el cómputo de la indemnización correspondiente»¹⁸. En este sentido, debería operar la subrogación si la nueva adjudicataria asume el compromiso de contratación del personal que presta servicios, ya sea sujeto a régimen laboral común, o de socios-trabajadores¹⁹.

A pesar de que en términos generales se ha establecido que la antigüedad a computar sea la estrictamente laboral, podría defenderse que todos los periodos trabajados fueran útiles para el cálculo de la indemnización, incluyendo aquellos servicios prestados personalmente en virtud de relaciones contractuales que no sean contrato de trabajo, cuando

¹⁶ STSJ Cataluña 16 septiembre 2003, rec. 4694/2003.

¹⁷ STSJ Castilla-La Mancha 27 septiembre 2007, rec. 1099/2007; STSJ Castilla-La Mancha 4 octubre 2007, rec. 1248/2007.

¹⁸ STSJ Galicia 27 febrero 2011, rec. 5476/2011.

¹⁹ STSJ Comunidad Valenciana 10 abril 2014, rec. 2689/2013.

se trate de los mismos servicios retribuidos, ya que el art. 56.2 ET únicamente exige que se tomen en cuenta los años de servicios, sin mayores precisiones, habiendo resuelto el TS, por ejemplo, que se cuenten los periodos servidos a una Administración pública bajo contratos administrativos previos al contrato de trabajo²⁰.

1.2.4. Planes de igualdad y registro retributivo

Por último, en línea con esta armonización paulatina de derechos, debe prestarse atención a la aplicabilidad a las cooperativas de trabajo asociado del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y del RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Si nos fijamos en su ámbito de aplicación, se aplicarán a todas las empresas comprendidas en el art. 1.2 ET, de conformidad con lo previsto, a su vez, en el art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se hace referencia, en todo momento, a la empresa en su cualidad de empleadora de personas trabajadoras por cuenta ajena. Por tanto, a tenor de este cuerpo normativo las cooperativas de trabajo no estaban vinculadas por las medidas legales que tratan de garantizar la igualdad laboral entre mujeres y hombres a través, esencialmente, del registro retributivo y de la elaboración de planes de igualdad.

Este déficit de protección ha sido corregido en la Ley 11/2023, de 8 de mayo, cuyo nombre y contenido nada tiene que ver con la igualdad aquí estudiada, pero en cuya DA 12ª el legislador, por vez primera, extiende la obligatoriedad de los planes de igualdad también a las cooperativas de trabajo asociado. De este modo, y con carácter transitorio – hasta que se actualice el RD 901/2020, de 13 de octubre para incluir en su ámbito de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado y otras cooperativas con socios de trabajo – la cooperativa deberá realizar un diagnóstico de situación para, a continuación, elaborar un conjunto ordenado de medidas tendente a alcanzar en la cooperativa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo para personas socias-trabajadoras. Dicho diagnóstico deberá recoger indicadores cuantitativos y cualitativos y deberá extenderse a todos los puestos y centros de trabajo de la cooperativa o del grupo cooperativo. El diagnóstico se referirá, al menos, a la situación retributiva, para lo cual se impone la obligación de establecer «sistemas analíticos que garanticen el

²⁰ STS 7 febrero 1990, RJ 1990/838; STS 4 abril 2001, rec. 3195/2000.

cumplimiento del art. 4 del RD 902/2020, de 13 de octubre», que contempla la «obligación de igual retribución por trabajo de igual valor»; al acceso a la condición de persona socia trabajadora; a la carrera profesional; formación; condiciones de trabajo, incluido el análisis de la situación retributiva referida al anticipo cooperativo; el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y profesional; representación femenina en los puestos directivos y ejecutivos de la cooperativa; y de la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. En consecuencia, con el resultado del diagnóstico, el plan de Igualdad deberá recoger aquellas medidas necesarias, en el marco de un sistema de seguimiento y evaluación, para corregir las desigualdades detectadas. Este plan se registrará conforme al art. 11 del RD 902/2020, de 13 de octubre.

Si se observa, esta DA 12ª mimetiza lo previsto en el art. 7 y 8 del RD 902/2020, en lugar de incluir directamente a las cooperativas en su ámbito de aplicación. Seguramente ello se explique por las dificultades técnicas de aplicar el conjunto de las disposiciones reglamentarias en materia de igualdad a las cooperativas de trabajo asociado. Especialmente, esta dificultad se vuelve evidente respecto del procedimiento de negociación. La inexistencia de representantes de los socios-trabajadores dificulta o, directamente, imposibilita la aplicación de las previsiones que regulan el procedimiento negociador. De lo que debe colegirse que los planes de igualdad de las cooperativas serán directamente elaborados y aprobados por la cooperativa, dentro de los procedimientos internos de carácter democrático.

Se trata, por lo demás, de una obligación que afecta a todas las cooperativas de trabajo asociado, así como aquellas que cuenten con socios de trabajo, sin que la dimensión de la cooperativa medida en número de socios-trabajadores o socios de trabajo resulte trascendente, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las empresas.

1.2.5. Otras materias

En primer, surge la incógnita sobre la procedencia de aplicar el art. 51 del ET y 122.2 de la LRJS a los socios-trabajadores de la cooperativa de trabajo asociado, especialmente en lo que respecta al umbral numérico prefijado. En este sentido, el art. 85 de la Ley estatal de cooperativas dispone que cuando por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o en el supuesto de fuerza mayor, para mantener la viabilidad empresarial, sea preciso reducir con carácter definitivo el número de puestos de trabajo, la Asamblea o en su caso el Consejo rector designarán

los socios que causarán baja obligatoria justificada, los cuales tendrán derechos a la devolución de sus aportaciones voluntarias de forma inmediata y en el plazo de dos años de las obligatorias. De este modo, la regulación del despido objetivo es única en el caso de las cooperativas y no contempla ningún procedimiento especial equivalente al colectivo previsto en el ET²¹. Tampoco se hace ninguna remisión ni alusión al ET, lo que pone de manifiesto «de manera clara e inequívoca la voluntad del legislador de establecer una regulación propia y específica en esta materia, excluyente de la posibilidad de acudir a los mandatos establecidos para las relaciones sujetas al ET»²². Esta conclusión viene reforzada por una interpretación lógica, ya que el procedimiento de despido colectivo tiene como principal finalidad negociar con los representantes de los trabajadores, inexistentes en el ámbito de la relación societaria.

En segundo lugar, en materia de conciliación, aparece la duda de si el socio-trabajador de una cooperativa de trabajo tiene derecho a elegir horario tras una reducción de su jornada por guarda legal de sus hijos menores²³. El art. 80 de la ley estatal de cooperativas, a pesar de contener previsiones «con sabor a Derecho Laboral», en ningún momento hace remisión ni alusión al ET, no debiendo olvidar que su relación con la cooperativa no se circunscribe a una posición estrictamente laboral, sino que forma parte de su estructura al ostentar la condición de socio-cooperativista, debiendo por ende resolverse la controversia conforme a los Estatutos y Reglamentos de Régimen Interno que existan. En este sentido, los tribunales han señalado que la distribución y regulación del horario, una vez reconocida la reducción de jornada, pueden ser aspectos condicionados a un acuerdo y no de concesión automática, debiendo facilitarse la conciliación pero no de forma ilimitada dada las dificultades que ello podría comportar para la organización empresarial.

1.3. Algunas reflexiones sobre los puntos críticos de la cooperativa de trabajo asociado

1.3.1. Posición singularmente competitiva y su fundamento

El carácter no laboral de la relación jurídica entre el socio-trabajador y la cooperativa de trabajo asociado y la posibilidad de modular el coste de

²¹ STSJ Castilla-La Mancha 18 junio 2021, rec. 670/2021.

²² STSJ Andalucía, Sevilla, 25 abril 2019, rec. 1152/2018.

²³ STSJ Comunidad Valencia 26 mayo 2020, rec. 3508/2019.

Seguridad Social tienen como consecuencia directa la reducción de costes empresariales, que coloca, en última instancia, a la cooperativa de trabajo asociado en el mercado en una posición más competitiva en comparación con el resto de compañías. Esta flexibilidad en la gestión de la fuerza de trabajo dada por la huida de la normativa laboral no solo tiene un efecto ventajoso en términos de competitividad empresarial para la propia cooperativa, sino que, en la mayoría de casos, beneficia a otras empresas que subcontratan parte de su proceso productivo con estas cooperativas, como es el caso de las cooperativas textiles de confección de prendas, mayoritariamente por mujeres, promovidas por los grandes fabricantes del sector. Esta competitividad derivada, en gran parte, de la huida del derecho del Trabajo, ha sido contrastada por la OIT en su Recomendación 193 al advertir de que se corre el riesgo de que se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación laboral, o permita encubrir relaciones de trabajo a través de pseudo-cooperativas. Se denuncia así la práctica en la que incurrían algunas cooperativas que persiguen eludir la legislación laboral.

Es importante preguntarse sobre el fundamento de esta ventaja competitiva empresarial a costa de una mayor precariedad laboral, pues sin duda se presenta como una anomalía tanto desde el punto de vista de la competencia como de la perspectiva tuitiva del Derecho del Trabajo. En primer lugar, debe significarse que la exposición de motivos de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, da cuenta de la importancia de la competitividad empresarial para este tipo de sociedades, señalando que «la competitividad se ha convertido en un valor consustancial a la naturaleza cooperativa, pues en vano podría mantener sus valores sociales si fallasen la eficacia y la rentabilidad propia de su carácter empresarial». En este sentido, la búsqueda de la rentabilidad económica y el éxito del proyecto empresarial se presentan como exigencias de mercado a las cuales el cooperativismo debe adaptarse. Y, en segundo lugar, el autoempleo cooperativo nace y bebe de los valores enumerados por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI), entre los cuales destaca la autoayuda, la solidaridad, la democracia y especialmente la vocación social para satisfacer, mediante una fórmula colectiva de autoempleo, las necesidades económicas y aspiraciones sociales y culturales de sus socios y, en general, los de la comunidad en la que se integra. Se persigue, en definitiva, una mayor cohesión social a través de un progreso más sostenible. Desde este enfoque, la finalidad de una cooperativa de trabajo asociado pasaría por permitir una más eficaz prestación del trabajo autónomo a través de la puerta en común del esfuerzo personal y directo de los socios.

En conclusión, el fundamento de la reducción de costes laborales que

disfrutan las cooperativas de trabajo asociado debe hallarse en el valor social añadido de este tipo de empresas y en la protección de su competitividad empresarial, que les permiten acceder y mantenerse en el mercado, al tiempo que generan empleo. Es cierto que esta reducción de costes laborales no es absoluta, pues como se ha apuntado, es manifiesta la preocupación del legislador por alcanzar una armonía mínima entre la competitividad de la cooperativa y una tutela laboral de los socios, la cual se deja entrever en la armonización difusa de derechos ya señalada. No obstante, el fundamento social sobre el que se asienta esta diferenciación legal en favor de las cooperativas no presenta unas fronteras nítidas en tanto en cuanto hace referencia a principios generales difícilmente verificables en la práctica y que, igualmente, pueden estar presentes en otros tipos de empresas.

1.3.2. La descalificación como herramienta antifraude y su reforma legal

A este respecto, la eventual sanción de la descalificación legal de la cooperativa como tal se presenta como la principal herramienta que trataría de garantizar, en última instancia, que el fundamento ontológico sobre el que descansa no se desnaturalice en la práctica. Sin embargo, la escueta regulación sobre la descalificación de cooperativas recogida en el art. 116 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, está provocando dificultades para aplicar, con el mínimo de seguridad jurídica deseable, esta sanción, tanto por parte de la Inspección de Trabajo como por los tribunales del orden contencioso-administrativo. En efecto, la ley estatal ni siquiera recoge como causa de descalificación la inexistencia de actividad cooperativizada. Esta inseguridad jurídica que acompaña al fundamento ontológico de la cooperativa de trabajo asociado tampoco se ha visto reducida, como regla general, por parte de la regulación autonómica sobre la descalificación, sin que se aproveche la oportunidad autonómica al respecto²⁴.

²⁴ No se dice nada en la Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; tampoco del DL 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana; tampoco de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas; tampoco de la Ley 8/2006 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia; tampoco la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León; la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas, en Cataluña, en su art. 153 contempla un conjunto de causas de descalificación, si bien ninguna de ellas hace referencia al respeto del fundamento ontológico de la cooperativa; tampoco el DL 2/2014, de 29 de agosto, del

Sin embargo existen, por un lado, pocas leyes autonómicas que contemplan genéricamente la vulneración esencial de los principios cooperativos como causa de descalificación de la cooperativa, como es el caso del art. 162 de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; el art. 161 de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi; el art. 173 de la Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears; el art. 145 de la Ley 4/2022, de 31 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Canarias.

Por otro lado, destaca la Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura, al presentarse como la única regulación que recoge causas específicas de descalificación conectadas con el respeto del fundamento ontológico de la cooperativa. En su exposición de motivos señala que se ha incidido en la regulación de la descalificación para evitar que empresas o falsas empresas se acojan a la forma cooperativa sin causa que lo justifique o sin responder a una finalidad mutualista, de tal forma que los efectos de la descalificación sea lo suficientemente potentes para desincentivar las falsas cooperativas. En su art. 189 se contemplan como causas de descalificación la inexistencia de actividad cooperativizada; la falta generalizada de realización de actividad cooperativizada por los socios; la utilización de la sociedad cooperativa como una sociedad de mera tenencia de bienes; el acogimiento al tipo social sin causa que lo justifique; cualquier otra situación que no responda a la causa mutualista; y en general, la pérdida o incumplimiento de los requisitos necesarios para la calificación de la sociedad como sociedad cooperativa. Especial atención merece la causa de descalificación consistente en realizar la actividad cooperativizada con terceros no socios en mayor volumen que los socios, salvo en los casos permitidos por la Ley, pues parece que el legislador extremeño está tratando de limitar la subcontratación a través de cadenas cooperativas, lo cual, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, presenta un difícil encaje constitucional. Entre los efectos que implica la descalificación firme está la disolución forzosa de la cooperativa; la pérdida de las ayudas y subvenciones, así como las exenciones, reducciones y demás beneficios tributarios o de cualquier otra índole; y la obligación de depositar ante la administración el importe que figura en las cuentas del Fondo de Reserva Obligatorio y del Fondo de Educación y Promoción.

Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; tampoco la Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas en Asturias; tampoco en la Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria; tampoco en la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia; tampoco en la LF 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra; tampoco la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja.

El legislador estatal es consciente de que la regulación existente en torno a la descalificación se convierte en un importante y preocupante punto de fuga del sistema, mediante el cual es posible aprovecharse de las ventajas legales reconocidas a las cooperativas sin que se garantice el respeto a su fundamento ontológico. Y así lo muestra el anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social elaborado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de abril de 2023. Así, según la exposición de motivos, se modifican las causas de descalificación para facilitar el levantamiento del velo respecto de «situaciones diversas alejadas de la realidad de los principios y valores por lo que se guían y mueven las cooperativas». Para ello, se añade un conjunto de nuevas causas de descalificación en un único y nuevo apartado c del art. 116.1:

- cuando la prestación del trabajo de los socios-trabajadores no se desarrolle de acuerdo con su estatuto jurídico;
- cuando la prestación del trabajo de los socios-trabajadores no se desarrolle con participación efectiva en la gestión democrática y en el ámbito de organización y dirección de la cooperativa;
- cuando se encubra bajo la forma de cooperativa finalidades propias de otras clases de sociedades;
- cuando se advierta la dependencia de otras entidades o personas.

La amplitud e imprecisión con la que se definen estas cuatro causas puede servir para facilitar el levantamiento del velo de las falsas cooperativas, pero trae consigo una dosis importante de inseguridad jurídica y económica para el cooperativismo en general. En todo caso, la lectura de estas causas debe ser restrictiva, pues constituyen la máxima sanción que la cooperativa puede recibir, suponiendo de facto la finalización de su actividad económica y con ello el empleo que genera.

Así, y, en primer lugar, la norma no aclara cuál es el estatuto jurídico de acuerdo con el cual los socios-trabajadores deben prestar servicios, siendo esta una cuestión compleja. Tampoco precisa si el incumplimiento tiene que ir referido a algunos o a todos los socios-trabajadores, o si cualquier incumplimiento del referido estatuto jurídico dará lugar a la descalificación. En segundo lugar, el incumplimiento de los derechos democráticos de los socios se presenta como causa suficiente para descalificar, incluso en aquellos casos que no se trate de una falsa cooperativa. De nuevo surge la duda sobre la intensidad de este incumplimiento, si debe ser general y continuado, o por el contrario es posible descalificar ante un supuesto concreto. En tercer lugar, la búsqueda de otras finalidades empresariales es motivo para descalificar, lo que genera la duda de si realmente existe una incompatibilidad de finalidades, a saber,

la social y la empresarial. Habrá de interpretarse que esta previsión solo resulta aplicable para aquellas cooperativas que hayan sido calificadas como entidades sin ánimo de lucro, pues en el resto de los casos las cooperativas intervienen en el mercado como un agente económico más.

Por último, aparece la cuarta causa de descalificación relativa a la dependencia con otras entidades, que se dará en todo caso, según la norma, tratándose de una cooperativa de trabajo asociado, «cuando su actividad principal sea la realización mediante subcontratación mercantil de obras, suministros o servicios, de toda o parte de la propia actividad o de la actividad principal de otra empresa o grupo de empresas contratistas, o que realicen una actividad económica de mercado para un cliente con una dependencia de un 75% o más de la facturación anual de la cooperativa». Como se desprende, la norma recoge dos causas que conducen a la descalificación de una cooperativa de trabajo asociado: por un lado, la subcontratación y, por otro, una dependencia económica igual o mayor del 75%. Estas previsiones chocan y vulneran frontalmente la libertad de empresa recogida en el art. 38 CE, que ampara y tutela el modelo de negocio empresarial que se sirve de la descentralización productiva, incluso de su propia actividad, total o parcialmente. En efecto, el TS reconoce que la facultad de contratar o subcontratar obras o servicios deriva del propio contenido de la libertad de empresa. Expresamente el TS ha señalado que «el derecho a la libertad de empresa permite la modificación de las estructuras empresariales para adaptarlas a las cambiantes circunstancias del mercado en la legítima búsqueda de la mayor rentabilidad del negocio, lo que en sí mismo no ha de ser necesariamente perjudicial para los trabajadores, bien al contrario, puede incluso generar nuevas necesidades de empleo»²⁵. Así lo ha reiterado también en el ámbito concreto del cooperativismo, al afirmar que «con carácter general la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores»²⁶, por lo que «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 empresa»²⁷. A mayor abundamiento, y en el contexto del debate del límite de la actividad descentralizadora, ha de recordarse que la prestación para terceros es la razón de ser de las cooperativas de trabajo asociado, tal y como evidencia la simple lectura del art. 80 de la Ley estatal

²⁵ STS 20 diciembre 2017, rec. 165/2016.

²⁶ STS 27 octubre 1994, rec. 3724/1993.

²⁷ STS 17 diciembre 2001, rec. 244/2001.

de cooperativas, por lo que la subcontratación está reconocida y amparada por la propia ley, que la promociona.

Es cierto que en algún momento se interpretó, en algunas resoluciones judiciales, que la limitación o prohibición a la subcontratación con cooperativas de trabajo asociado desde el convenio colectivo sectorial era legítimo, pues no deja de ser «una cláusula de fomento del empleo por cuenta ajena a través de la internalización del trabajo y que se explica en una realidad laboral en la que se ha empleado con profusión la externalización como técnica de flexibilidad productiva [...]. Se persigue garantizar un estatus de mayor estabilidad al ciudadano que oferta su actividad personal a cambio de dinero en el mercado laboral»²⁸. En esta línea, se argumentaba que las cláusulas convencionales restrictivas de subcontratación con cooperativas no atacan la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE, pues «regulan las condiciones de empleo en el sector y por tanto inciden en materia laboral», estando justificadas por cuanto se dirigen a favorecer la estabilidad en el empleo del sector²⁹. Sin embargo, como se adelantaba, esta interpretación no contó con el respaldo del TS³⁰: de entrada, entiende que esta cláusula (aparecida en el Convenio colectivo de sector de mataderos de aves y conejos) se arrastra desde hasta el 2018 reproduciendo literalmente lo pactado en el 2000, «lo que agudiza las dificultades interpretativas que ya acompañaban al precepto desde su nacimiento». A continuación, recuerda que «la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida». Así, se concluye que la limitación prevista en el convenio colectivo se fijó teniendo en cuenta las magnitudes del año 2000 «y que si se quisiera haber abarcado otros supuestos, debería haberse indicado de otra manera».

Con todo, la regulación vigente en materia de descalificación sigue siendo crítica a nivel jurisprudencial. Debe recordarse que el orden jurisdiccional competente para conocer de la pretensión de descalificación de una cooperativa de trabajo asociado es el contencioso-administrativo, por cuanto se trata de impugnar la resolución administrativa dictada por la Dirección General de Trabajo Autónomo a instancia, normalmente, de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Sin duda, esta atribución de competencia objetiva y funcional al orden contencioso-administrativo no acaba de encajar bien con el sistema de tutela de los derechos de los socios-

²⁸ SAN 7 noviembre 200, proc. 2/2001.

²⁹ STSJ Comunidad Valenciana 30 enero 2008, rec. 4238/2007; STSJ Cataluña 27 abril 2028, rec. 14/2018.

³⁰ STS 21 enero 2020, rec. 159/2018.

trabajadores atribuido al orden social, pues en el fondo lo que se discute es el fundamento mutualista de la cooperativa en su relación con los socios-trabajadores a la luz, normalmente, del vínculo que mantiene con otras empresas en su condición de subcontratista. Así, los tribunales del orden contencioso-administrativo a la hora de interpretar la exigua regulación actual y ratificar la descalificación han tenido en cuenta, entre otros criterios, que los socios-trabajadores deben de incorporarse en la prestación de trabajo con carácter indefinido y vocación de estabilidad, debiendo participar en la actividad de la cooperativa, al tiempo que la Cooperativa debe convocar las correspondientes asambleas en donde se materialice el principio democrático³¹. Destaca la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2023, rec. 356/2019, al descalificar a la empresa Servicarne por entender que no funciona como cooperativa al incumplir las exigencias y los principios en la Ley de cooperativa, a saber: ni existe libertad de adhesión y de baja; ni su funcionamiento es democrático, al estar vedada la participación en la práctica a la inmensa mayoría de socios; ni los socios cuentan con capacidad de ejercer sus derechos de información y participación en las decisiones que les afectan.

En el orden social, por tanto, incompetente para decidir sobre la descalificación, se ha tratado de cuestionar igualmente el respeto al fundamento mutualista de las cooperativas de trabajo asociado a través de la figura del fraude de ley y, en su caso, de cesión ilegal en el marco de una subcontrata. En multitud de ocasiones – la gran mayoría relativas a una única empresa, Servicarne – se ha denunciado ante los tribunales del orden social que la cooperativa simula su apariencia, pero que no tiene un funcionamiento democrático e infringe el resto de los principios cooperativos en su conjunto y que, a mayor abundamiento, la empresa principal es la que realmente tiene el poder económico y productivo, produciéndose una cesión ilegal³².

Sin entrar en el debate sobre si «debe mantener su calificación como sociedad cooperativa», los tribunales sociales han tenido presente la singularidad, complejidad e indeterminación en muchos aspectos del régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado, y que ello no puede servir de cobertura puramente formal para burlar, en fraude de ley, la normal legal con la finalidad de eludir las previsiones con las que se ha querido evitar la reiterada utilización de la figura del falso autónomo en

³¹ STSJ Madrid 30 mayo 2019, rec. 139/2018; STSJ Madrid 14 octubre 2020, rec. 598/2019, caso *Fidelis Factu*.

³² STSJ Navarra 1º marzo 2022, rec. 5/2022, STSJ Navarra 3 octubre 2022, rec. 241/2022, y todas las resoluciones judiciales en ellas señaladas en el mismo sentido.

diversos ámbitos³³. De este modo, se parte del principio de que la forma societaria de cooperativa no puede ser utilizada como un mero subterfugio carente de actividad económica propia para poner a disposición de otras empresas mano de obra. Para ello, resulta esencial analizar caso por caso las particulares circunstancias concurrentes que permitan concluir, en su caso, si la actividad de la cooperativa es real y ajustada a las finalidades que dan cobertura jurídica a su constitución o es, por el contrario, una ficticia formulación con la que perseguir eludir normas indisponibles de derecho laboral. En otros términos, en los casos de una posible utilización fraudulenta de las normas legales para perjudicar los derechos de los trabajadores, procede aplicar la doctrina del “levantamiento del velo” para discernir si la relación entre los socios-trabajadores y la empresa usuaria puede subsumirse en las previsiones del art. 1 ET, siendo la cooperativa un simple mecanismo para poner mano de obra a disposición de otras empresas.

Sin embargo, normalmente se ha llegado a la conclusión de que no se produce ni el fraude ni la cesión ilegal por cuanto la empresa cooperativa existe como tal y tiene actividad propia: el objeto exigido por el art. 80 de la Ley de cooperativas es proporcionar a sus socios puestos de trabajo, por lo que no puede criticarse el mero hecho de que los socios-trabajadores presenten servicios en las instalaciones de la empresa cliente ni que utilicen su maquinaria. Se reconoce que el trabajo ofrecido por la cooperativa a sus socios no es estable ni de calidad, pero se argumenta que «el que un modelo productivo sea precario no implica que sea ilegal o que el acogimiento por una empresa cliente de este sistema lleve consigo la apreciación de la figura del fraude de ley, ni mucho menos que entre los socios y la empresa cliente exista una vinculación laboral ordinaria». Para considerar la presencia de fraude es preciso que concurren indicios que permitan concluir que la empresa cliente ha contratado con la cooperativa para conseguir un resultado prohibido por la norma, y en este punto cabe recordar que las contrataciones y subcontratas de servicios están permitidas legalmente, aun tratándose de la misma actividad, sin que a ello sea obstáculo que la subcontratación se lleve a cabo acudiendo a las cooperativas de trabajo asociado. Por último, se aclara que el mero hecho de que algunos de los socios no tengan conciencia de socios de la cooperativa y la tenga de la empresa principal no puede servir para transformar la realidad de una vinculación jurídica.

De hecho, esta disonancia de criterios interpretativos entre el orden contencioso-administrativo y el social se pone de manifiesto en las

³³ STS 18 mayo 2018, rec. 3513/2016.

resoluciones del orden social que han valorado las mismas circunstancias que han permitido a la SAN de 15 de marzo de 2023 confirmar la descalificación de Servicarne³⁴. En cuanto a la falta de libertad en la adhesión o la baja en la cooperativa, se responde que «no nos encontramos ante trabajos forzoso, ni ante una prestación obligatoria. El hecho de que los socios quisieran acceder a un empleo por cuenta ajena o no se sientan autónomos no implica que la prestación de servicio no sea voluntaria». Frente a la alegación de falta de funcionamiento democrático, se contesta que se ha probado que se comunica a los socios la celebración de las asambleas en el reverso del recibo de anticipos societarios; que se publica la convocatoria de la misma en la intranet de la sociedad y en un periódico de tirada nacional; y que el hecho de que no todos tengan acceso a la intranet en el centro de trabajo o que los gastos de desplazamientos les sean abonado solo a algunos no constituye un déficit democrático; respecto a la alegación relativa a que los socios no ejercen sus derechos a ser informados, se responde que la cooperativa informa anualmente a través de una revista con toda la información a la que tienen derecho, además de la información actualizada que pueden encontrar en la intranet de la empresa y de los acuerdos adoptados por la Asamblea que aparecen en el reverso de los documentos que recogen los anticipos.

Como se decía, el actual modelo de revisión judicial de la descalificación adoptada por la Inspección de Trabajo resulta disfuncional al pretender desgranar artificialmente el examen del fundamento mutualista de la cooperativa, atribuido al orden contencioso-administrativo, y el eventual fraude de ley y en su caso la cesión ilegal, cuyo conocimiento corresponde al orden social. Dicha disfuncionalidad se hace evidente en el caso de Servicarne, en el que ambos ordenes interpretan de forma dispar las mismas circunstancias alcanzado conclusiones opuestas. Seguramente en la reforma legal de la descalificación deba atribuirse también al orden social su conocimiento, a fin de que un mismo tribunal, con dominio en todas las cuestiones de orden laboral, pueda valorar de forma global el conjunto de circunstancias y determinar si la cooperativa de trabajo asociado comete fraude al constituirse como un subterfugio de huida del derecho laboral incumpliendo los principios cooperativos o, en su caso, existe una cesión ilegal en el marco de una subcontrata. Mientras tanto, cabría un pronunciamiento prejudicial de efectos limitados con base en el art. 4 LRJS, pero sin efectos más allá del litigio, al basarse exclusivamente

³⁴ Por ejemplo, además de las ya señaladas STSJ Navarra 1º marzo 2022, cit.; STSJ Navarra 3 octubre 2022, cit.; también STSJ Madrid 7 abril 2022, rec. 558/2021.

en los hechos declarados probados en el proceso laboral³⁵.

1.3.3. La dimensión de la cooperativa

Es evidente que no solo en la relación laboral está presente la nota de subordinación organizativa, sino que puede hallarse en cualquier comunidad de personas que persiguen un fin, pues es consecuencia necesaria de la organización y coordinación del trabajo de sus socios para llegar a los resultados productivos³⁶. Sin embargo, en la medida en que la cooperativa de trabajo asociado aumenta de dimensión, los principios que inspiran su existencia y funcionamiento se van diluyendo en favor de las notas de ajenidad y dependencia. Así, parece razonable incrementar las obligaciones laborales de las cooperativas de mayor dimensión para tratar de acercar el régimen profesional de sus socios-trabajadores al de trabajadores por cuenta ajena, preservando, por tanto, la flexibilidad allí donde es más necesaria: en las de reducida dimensión³⁷. En efecto, la presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio-trabajador es una realidad que no puede encondarse, al estar sujeto al ámbito de organización y dirección de la Cooperativa que se personifica en su Consejo Rector, cuyos intereses «pueden estar alejados de los intereses de los socios especialmente en las cooperativas de dimensiones importantes»³⁸, dada la escasa posibilidad real que tienen de influir en la adopción de acuerdos. En este sentido, se denuncia que en la práctica, la gestión de las cooperativas es confiada a un grupo reducido de directivos, alejándose bastante de los modelos genuinamente autogestionarios y asamblearios³⁹.

Algunas normas autonómicas acogen el criterio de la dimensión de la plantilla como medidor de “laboralidad” y, por consiguiente, diferencian el régimen profesional entre cooperativas de trabajo asociado. Así, la Ley Catalana 12/2015, en su art. 132.5 y 8 señala que aquellas con más de 25 socios-trabajadores cuya actividad principal se incardine en el marco de una subcontrata o tenga una dependencia económica del 75% con un cliente, deberán garantizar, por un lado, las condiciones de trabajo, especialmente en cuanto a la jornada laboral y las retribuciones, fijadas en los convenios

³⁵ STSJ Galicia 29 marzo 2021, rec. 2758/2020; STSJ Galicia 27 julio 2021, rec. 4655/2020.

³⁶ STSJ Madrid 8 noviembre 2005, rec. 3136/2005.

³⁷ J.M. GOERLICH PESET, *op. cit.*, p. 408.

³⁸ STS 8 mayo 2019, cit.

³⁹ J. CABEZA PEREIRO, *Cooperativismo, sindicalismo y participación de los trabajadores en las empresas de economía social*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 37, p. 93.

colectivos aplicables a los trabajadores por cuenta ajena del sector de la empresa principal y, por otro, la protección social de los trabajadores incluidos en el régimen general. También la Ley extremeña de cooperativas, la Ley 9/2018 de 30 de octubre, en su art. 149.3 establece un régimen laboral más protector para las cooperativas de más de veinte socios-trabajadores o las que tienen una dependencia de un 75% respecto de un cliente. Estas deberán garantizar como mínimo las condiciones fijadas en el convenio colectivo aplicable al sector o a la empresa principal, en función del criterio de norma más favorable. Igualmente la protección social será la equivalente a la prevista para los trabajadores incluidos en el régimen general de la seguridad social.

2. Derechos colectivos de los socios-trabajadores

2.1. Libertad sindical y huelga

La conclusión principal a la que se llega de momento es que el socio-trabajador de una cooperativa de trabajo no es titular de los derechos laborales por cuanto, en síntesis, la relación que mantiene con la empresa es, prioritariamente, societaria; eso sí, sin perjuicio de que se pueda reconocer legalmente el ejercicio, total o parcialmente, de algunos derechos típicamente laborales. Dentro de esta última excepción, se plantea la duda de si es titular del derecho a la libertad sindical a pesar de no ser un trabajador por cuenta ajena.

La forma de responder a este interrogante pasa por analizar el marco normativo de la libertad sindical, internacional y nacional, a fin de desentrañar si incluye a los socios-trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. Esta metodología es la aplicada por el TS en la sentencia de 8 de mayo de 2019, rec. 42/2018⁴⁰:

la literalidad del artículo 28 CE no excluye, ni explícita ni implícitamente, de la titularidad del derecho a la libertad sindical a los socios trabajadores de las cooperativas que nos ocupan. Lo mismo sucede en la Ley Orgánica que desarrolla el mencionado derecho fundamental y en los pertinentes convenios de la OIT, ninguno de los cuales se refiere, literalmente, a la inclusión o exclusión de la titularidad de la libertad sindical de los referidos socios trabajadores. Es por ello que cualquier conclusión – afirmativa o negativa – debe ser alcanzada mediante un análisis e interpretación de los textos legales aplicables a la luz de la

⁴⁰ En el mismo sentido, la STSJ Comunidad Valenciana 18 octubre 2016, rec. 2335/2016.

doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala, y, especialmente también, a la vista de los Tratados y Convenios internacional suscritos por España, tal como ordena para la interpretación de los derechos fundamentales el artículo 10.2 CE.

De este modo, se parte del principio de que las exclusiones y limitaciones relativas al ejercicio de un derecho fundamental, y por tanto también sobre su titularidad, deben interpretarse de forma restrictiva conforme a la doctrina constitucional, «so pena de reducir por vía interpretativa el alcance de un derecho fundamental tan amplio, subjetiva y objetivamente, como el de la libertad sindical». Además, en la medida en la que el art. 28.1 CE, como los Convenios 87 y 98 de la OIT contemplan una titularidad amplia, al referirse a «todos», «los trabajadores y los empleadores», «los trabajadores», no se puede admitir restringir dicha titularidad «en aquellos supuestos en donde hay una prestación de trabajo subordinado, aunque las notas de dependencia y, especialmente, la de ajenidad, ofrezcan un perfil menos intenso que la relación laboral típica o común». Por otro lado, el TS interpreta la recomendación n. 193 OIT (art. 16.a) referida a que debería alentarse a las organizaciones de trabajadores a que se afilien los socios-trabajadores, para alcanzar a la conclusión de «el reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativistas». A ello redundaba una interpretación sistemática de los art. 20 y 177.2 LRJS que se refieren precisamente a la intervención sindical en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores en el orden social, orden jurisdiccional competente para conocer de los conflictos entre cooperativa y socio-trabajador conforme el art. 2.c LRJS. Por todo ello se concluye que «los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y, lo que resulta más importante a los efectos del presente recurso, el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas».

Como se observa, el TS distingue, en primer lugar, la vertiente individual de la libertad sindical, reconociéndole al socio-trabajador el derecho a afiliarse a un sindicato, conforme el art. 2.1.b LOLS. Sin embargo, más dudas genera si el socio-trabajador tendría derecho a fundar sindicatos (art. 2.1.a LOLS) y el conjunto de facultades integradas en la actividad sindical (art. 2.1.d LOLS). En este sentido, aunque el TS reconoce, en segundo lugar, la vertiente colectiva de la libertad sindical, no concreta qué facultades podría ejercitar el sindicato dentro del ejercicio «de la acción sindical» (art. 2.1.d LOLS) en el entorno cooperativo. Así, conforme más adelante se verá y en primer término, se rechaza la posibilidad de que

puedan celebrarse elecciones a representantes de trabajadores y el derecho a la negociación colectiva. En segundo término, el planteamiento de conflictos individuales y colectivo parece tener cabida de conformidad con la redacción vigente de la LRJS. En tercer y último término, en relación con el ejercicio del derecho a huelga, aunque debe admitirse que se ve desnaturalizado por la ausencia de la ajenidad propia de la relación laboral común o típica, debería ser reconocido a los socios-trabajadores por cuanto, por un lado, pueden tener un interés distinto e incluso contrapuesto al de la cooperativa, sin que la relación societaria se traduzca en una confusión de personalidades jurídicas y de intereses y, por otro, los efectos económicos de la huelga traspasan igualmente la ajenidad común o típica, de tal modo que tanto un trabajador por cuenta ajena como un socio-trabajador verán su esfera patrimonial afectada, sin que exista una gran diferencia material en su ejercicio.

2.2. Derecho a la negociación colectiva

El legislador, en coherencia con el art. 80 de la Ley de Cooperativas, ha determinado que no existe posibilidad alguna de participación de los socios-trabajadores en los órganos de representación laboral que pudieran existir. Así, el RD 1844/1994 de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa establece en su DA 1ª que solo «los trabajadores asalariados en los que no concurra la cualidad de socio cooperativista estarán legitimados para ser electores y/o elegibles en los procesos electorales para la designación de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa». Limitación que tiene efectos directos sobre el derecho a la negociación colectiva como se verá y cuya legalidad es cuestionada por la doctrina⁴¹.

2.2.1. Aplicabilidad de los convenios colectivos sectoriales

Como es sabido, uno de los presupuestos básicos de nuestro modelo de negociación colectiva es la correspondencia entre el ámbito funcional del convenio sectorial y la representatividad de la asociación empresarial

⁴¹ J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 96; E.V. LANAS MEDINA, *Socio trabajador y cooperativa de trabajo asociado*, Laborum, 2015, p. 176.

negociadora⁴². A este respecto, encontramos doctrina consolidada del TS según la cual los convenios han de tener el ámbito de aplicación que las partes acuerden, pero estas no disponen de una libertad absoluta, sino que están sometida a diversas limitaciones que se relacionan con exigencias de objetividad, estabilidad, homogeneidad y con la propia representatividad de las organizaciones pactantes⁴³. Por consiguiente, el convenio colectivo no puede contener obligaciones que afecten a quienes no son parte en la negociación, esto es, a empresas de ámbitos diferentes al que se negocia, por cuanto no han podido estar ni podían estar representadas. Desde esta lógica, no se puede vincular a colectivos ajenos al ámbito lógico de negociación sobre los cuales las partes negociadoras no tienen representatividad real. Es decir, no puede fijarse el ámbito de negociación de forma «carente de justificación objetiva, irrazonable o desproporcionada»⁴⁴, para incluir en el mismo a sectores económicos de manera artificiosa y forzada, cuando una de las representaciones del órgano negociador, en este caso la empresarial, carece de representatividad sobre ese ámbito.

Aplicando esta doctrina general a las cooperativas de trabajo asociado, los tribunales han rechazado, por un lado, que los convenios colectivos sectoriales puedan incluir en su ámbito de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado y, por otro lado, también han rechazado que las cooperativas deban regirse por las disposiciones convencionales, salvo que voluntariamente la cooperativa así lo decida.

Así, respecto a la primera cuestión, la SAN de 13 de octubre de 2021, rec. 169/2021, ha estimado la nulidad parcial del convenio colectivo sectorial de mataderos de aves y conejos por incluir en su ámbito de aplicación a empresas y trabajadores no representados en la comisión negociadora. En este sentido se señala que el convenio ha extendido indebidamente el ámbito funcional a otras empresas, «que si bien accesoriamente pueden prestar servicios relativos a la actividad principal, pueden tener otro tipo de actividad fundamental, sin que las mismas hubiesen sido llamadas a la negociación y – por ende – estuviesen representadas». Debe advertirse que ello tampoco hubiera sido posible por cuanto las cooperativas de trabajo, conforme a la doctrina del TS que más adelante se comentará, no ostentan la condición de empresarios a efectos laborales. Por tanto, a pesar del esfuerzo de los negociadores sectoriales de

⁴² R. MOLL NOGUERA, *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 239-240.

⁴³ Por todas, STS 21 diciembre 2010, rec. 208/2009.

⁴⁴ *Idem*, y a modo recapitulatorio de la doctrina del TS véase por su claridad la SAN 13 octubre 2021, proc. 169/2021.

mejorar las condiciones laborales en las cadenas de producción – e incluso de la reforma legal del art. 42.6 ET en la misma línea – la cooperativa de trabajo asociado sigue constituyendo una fórmula descentralizadora que reduce costes empresariales a costa de la precariedad de quien presta el trabajo.

En cuanto a la segunda idea, y en coherencia con lo anterior, los tribunales han entendido que no procede aplicar el convenio colectivo, a pesar de que exista coincidencia material entre la prestación del servicio por el socio-trabajador y el ámbito funcional del convenio, por la sencilla razón de no se trata de trabajo asalariado. La única posibilidad para admitir su aplicación es a través de un acto formal, asumido en asamblea y por el consejo rector, de adhesión y aplicación del convenio colectivo en cuestión⁴⁵. En efecto, al carecer de la condición de trabajo por cuenta ajena no puede exigir el socio-cooperativista la aplicación de una norma convencional prevista para quienes tienen concertado con la empresa un contrato de trabajo, ni siquiera de las mejoras voluntarias de la acción de la Seguridad social pese a formar parte del régimen general⁴⁶.

Por último, cabe cuestionar la legalidad de alguna normativa autonómica que declara aplicable los convenios colectivos del sector, de modo expreso o indirecto, haciendo referencia a la obligación de respetar las condiciones laborales equiparables a las del sector. La razón de esta ilegalidad no sería tanto la aplicación del convenio sectorial más allá de su ámbito funcional originalmente pactado, pues no deriva de una decisión de los negociadores de sobrepasar su ámbito de representación natural, sino que estribaría en la falta de competencia de la comunidad autónoma para regular la legislación laboral, reservada en exclusiva al Estado a tenor del art. 149.1.7 CE. Y es que la ya referida STS de 18 de mayo de 2018, rec. 3513/2016 lo deja claro:

tan solo el Estado tiene competencias para legislar en materia laboral, por lo que ninguna incidencia pueden tener en esta materia las diferentes leyes autonómicas que regulan el régimen jurídico de las cooperativas en cada comunidad.

⁴⁵ STSJ Galicia 29 de marzo de 2000, rec. 5610/1996; STSJ Galicia 28 diciembre 2017, cit.; STSJ Galicia 26 enero 2018, rec. 4648/2017; STSJ Andalucía, Granada, 24 junio 2003, rec. 131/2003; STSJ Castilla y León, Burgos, 23 noviembre 2006, rec. 879/2006.

⁴⁶ STSJ Asturias 5 abril 2002, rec. 453/2011.

2.2.2. Participación en la negociación de un convenio colectivo

Podría pensarse que debido a que en las cooperativas de trabajo asociado las decisiones se toman, en principio, democráticamente, no haría falta crear cauces de oposición, pues el conjunto de socios-trabajadores conforman la cooperativa. Sin embargo, esta afirmación general ha de ser corregida en un doble sentido: por un lado, las cooperativas de mayor dimensión presentan un funcionamiento seguramente menos democrático que las de reducida dimensión, pues la posición del socio-trabajador está más alejada de la toma de decisiones. Desde esta perspectiva, el derecho a la negociación colectiva cobra especial interés para la defensa de los derechos de índole laboral de los socios-trabajadores de las cooperativas. Por otro lado, en la medida que la normativa autonómica puede remitirse a la aplicación de los estándares fijados en el convenio colectivo correspondiente al del sector en el que presta servicios, amén de la posible existencia de trabajadores por cuenta ajena en su seno, resulta claro el interés que puede tener la cooperativa en intervenir en la fijación de los costes laborales negociados en dichos convenios.

Así, en primer lugar, respecto a la posibilidad de negociar colectivamente las condiciones de la actividad cooperativizada, debe significarse que dado el margen en el que se mueven las cooperativas a la hora de fijar las condiciones laborales de sus socios, es arriesgado expulsar el ejercicio de la negociación colectiva en este ámbito. Ello cobra especial sentido si se tiene presente, por un lado, la dimensión cada día más grande de las cooperativas y, de otro, que muchas provienen de empresas capitalistas en crisis. En efecto, esta flexibilidad y el mejorable régimen jurídico profesional del socio-trabajador pueden generar excesos en contra del socio-trabajador, que serían paliados, en gran medida, por la negociación colectiva en el ámbito cooperativizado. En este sentido, al menos en un plano hipotético, cabría pensar en la posibilidad de pactar colectivamente las condiciones de prestación cooperativizada a través de un convenio supra cooperativo, en donde se tomaran en consideración sectores de producción y ámbitos territoriales con el fin último de homogenizar las condiciones laborales en las que se presta el trabajo.

No obstante, la negociación colectiva en el ámbito cooperativizado no cuenta, de momento, con los mimbres jurídicos necesarios para su aplicación. Como es sabido, la negociación colectiva presupone la contraposición de intereses e interlocutores, articulados en una estructura representativa de empresarios y trabajadores por cuenta ajena. Es precisamente este presupuesto intrínseco al derecho a la negociación colectiva el que falla, al carecer los socios-trabajadores de estructuras

representativas análogas a la representación legal de los trabajadores sin que la eventual contraposición de intereses pueda manifestarse.

Así, ya en la STS de 22 de diciembre de 1998, rec. 1212/1996⁴⁷, se razonaba que es difícil aceptar que en una misma asociación puedan representarse las dos partes negociadores que intervienen en el proceso de negociación colectiva, pues su esencia «se desvirtúa si quien negocia ostenta a la vez la representación de las dos partes». En esta línea, la STS de 18 de septiembre de 2004, rec. 75/2003, apuntaba que en estos casos se aprecia una confusión de intereses empresariales y laborales al tener las partes negociadoras la misma condición, lo que conduce dentro del proceso de negociación colectiva al fraude de ley, por falta de determinados requisitos para poder negociar válidamente. Doctrina consolidada en la STS de 3 de julio de 2012, rec. 83/2011, al señalar que los porcentajes de empresarios del art. 87.3 ET se han de contar teniendo presente la definición de empresario laboral contenida en el art. 1.2 ET, que excluye tanto las cooperativas de trabajo asociado que no empleen trabajadores asalariados.

Este escenario podría cambiar ante el reconocimiento de la libertad sindical a los socios-trabajadores por parte del Tribunal Supremo en la STS de 8 mayo de 2019, rec. 42/2018. Así, al menos a nivel teórico, se abre la posibilidad de que la representación sindical a la que están adscritos los socios-trabajadores pueda ejercer en nombre de estos el derecho a la negociación colectiva que, como es sabido, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Sin embargo, la doctrina ha rechazado que las secciones sindicales ostenten, en relación con los socios-trabajadores, derecho a la negociación colectiva⁴⁸, porque el art. 8.2 LOLS remite a la legislación específica, en cuanto a los términos en los que las secciones sindicales lo ostentan. Y, claramente, las reglas sobre legitimación para negociar solo afectan a los trabajadores por cuenta ajena y a empleadores.

Por otro lado, y respecto a la segunda idea referida a la participación de las cooperativas en el proceso de negociación del convenio colectivo sectorial por el interés que en ello pueden tener, tampoco cuentan con el respaldo legal para ello. Así, la STS de 3 de julio de 2012, rec. 83/2011, niega la legitimación negociadora a las cooperativas de trabajo asociado juntamente con el resto de las empresas del sector, y a pesar de suponer una porción considerable de ellas, pues no son empresarios a los efectos del art. 1.2 ET, que se refiere a quien contratan trabajo asalariado.

⁴⁷ Aunque no se trataba de un caso de cooperativas de trabajo asociado, sino de por una organización de agricultores, la argumentación empleada es extrapolable.

⁴⁸ J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 99.

3. Conclusiones

La cooperativa de trabajo asociado se presenta como un tipo de sociedad peculiar, pues constituye una forma mixta entre asociación, mutualidad y sociedad mercantil: aúna el elemento personal de las asociaciones, el interés de ayuda recíproca de las mutuas, y la finalidad económica o productiva de las sociedades. Ello explica que sus socios-trabajadores no pueden considerarse trabajadores por cuenta ajena, pues prima la relación societaria sobre la relación profesional que deriva de la prestación de una actividad de trabajo, que no laboral.

Así, en cuanto a su régimen jurídico, solamente le serán de aplicación las disposiciones que disciplinan la relación de trabajo por cuenta ajena en la medida y alcance con el que estén expresa y específicamente contempladas en la norma legal o interna de la cooperativa, rigiéndose por lo demás en lo previsto en la normativa de cooperativas y en su regulación interna.

Se observa que en la normativa de cooperativas existe una cierta equiparación difusa entre los derechos profesionales del socio-trabajador y los reconocidos en la legislación laboral al trabajador por cuenta ajena, mejorada en algún caso a nivel autonómico, en materias como jornada o retribución. Ello explica el diferente alcance protector, por ejemplo, de las normas que disciplinan la subrogación empresarial o el despido colectivo y el largo camino todavía por recorrer en materia de igualdad y corresponsabilidad en el entorno cooperativista.

Por otro lado, la reforma de la institución de la descalificación se presenta como insoslayable, pues representa el principal instrumento legal que garantiza el respeto al fundamento ontológico de las cooperativas de trabajo asociado. Fundamento ético y competitivo que permite, en suma, una reducción de costes empresariales sobre la precariedad de las condiciones laborales y de seguridad social de los socios-trabajadores. Sin embargo, la inseguridad jurídica actual derivada de una exigua regulación no puede ser sustituida por una norma altamente imprecisa y que restrinja la subcontratación de plano. En todo caso, se defiende que el orden competente pase a ser el social, pues el eventual fraude de ley escondido bajo la apariencia de una falsa cooperativa se hace con el objetivo de camuflar auténticas relaciones laborales. De este modo, se acabaría con el actual modelo disfuncional que conduce a interpretaciones dispares sobre las mismas circunstancias.

Por último, el reconocimiento por parte del TS de la libertad sindical a los socios-trabajadores supone un notable avance para la protección de sus

derechos profesionales, pero todavía queda el interrogante por responder de qué facultades de la acción sindical resultan operativas en las cooperativas de trabajo asociado. Y es que no debe olvidarse su exclusión del ámbito funcional de los convenios sectoriales, así como la imposibilidad de que participen en procesos de negociación colectiva. Todo lo cual conduce, de nuevo, a reforzar su carácter competitivo, no solo porque escapa de la homogeneización de condiciones laborales del sector, sino porque la fijación de estas se realiza, especialmente, en el seno de la propia empresa.

4. Bibliografía

- CABEZA PEREIRO J. (2014), *Cooperativismo, sindicalismo y participación de los trabajadores en las empresas de economía social*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 37, pp. 88-104
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ J. (2010), *Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios-cooperativistas*, en *Revista de Derecho Social*, n. 49, pp. 97-124
- GARCÍA JIMÉNEZ M. (2015), *El marco jurídico aplicable a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado en España. Problemática y propuesta para su mejora*, en G. FAJARDO GARCÍA (coord.), *Empresas gestionadas por sus trabajadores*, CIRIEC España
- GARCÍA JIMÉNEZ M. (2014), *El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 37, pp. 105-122
- GOERLICH PESET J.M. (2022), [*Reencuadramiento administrativo de socios trabajadores de cooperativas: luces y sombras*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3](#), pp. 383-410
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ I. (2008), *El Trabajo Asociado: Cooperativas y otras Sociedades de Trabajo*, Aranzadi
- LANAS MEDINA E.V. (2015), *Socio trabajador y cooperativa de trabajo asociado*, Laborum
- MAIRAL JIMÉNEZ M. (2014), *La doble relación jurídica del socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado: societaria y laboral*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 37, pp. 161-180
- MOLL NOGUERA R. (2019), *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, Tirant lo Blanch
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L.Á. (2014), *La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 37, pp. 14-27

El fenómeno del trabajador pobre en América Latina: causas, factores y dinámicas

Eleonora PELIZA*

RESUMEN: Tradicionalmente se ha asociado la pobreza con la ausencia de ingresos debido a la desocupación. Sin embargo, hoy en el mundo, y particularmente en Latinoamérica, la pobreza es en gran medida un problema de las personas empleadas: el 43% de la población latinoamericana está situada bajo la línea de pobreza y, de ese porcentual, un tercio de las personas que viven en situación de pobreza extrema o moderada tienen empleo. La proliferación de diferentes tipos de empleos precarios, la falta de empleo pleno y productivo, las políticas macroeconómicas y fiscales inadecuadas, la falta de políticas industriales sostenibles y una transformación estructural ineficaz de las economías son causas multifactoriales de la pobreza y la desigualdad a las que se enfrenta la región. Se puede afirmar que estas desigualdades surgen del acceso desigual al trabajo y de la pobreza en el trabajo. En concreto, este trabajo pretende explorar las causas complejas y dinámicas que dan lugar al fenómeno de los trabajadores pobres en América Latina. Nuestro propósito es analizar los factores subyacentes que contribuyen a la proliferación de este problema a nivel regional y proponer medidas eficientes de política de garantía de ingresos para revertir este fenómeno.

Palabras clave: América Latina, pobreza laboral, trabajador pobre, brechas productivas, informalidad, inflación, bajo crecimiento, desigualdad.

SUMARIO: 1. Introducción: objetivo de este trabajo. 2. Conceptos y metodología. 3. El fenómeno en la región: factores y dinámicas. 4. Desafíos y propuestas. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesora Protitular de Derecho Colectivo del Trabajo y la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica Argentina; Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Morón (Argentina); Profesora en la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina); Juez del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires (Argentina).

The Working Poor Phenomenon in Latin America: Causes, Factors and Dynamics

ABSTRACT: The generalized idea that relates poverty to a situation of unemployment and inactivity has been under discussion because today poverty is in great part a problem of working people in the Latin America: a third part of the people who live in extreme or moderate poverty have jobs. The proliferation of different kinds of precarious jobs, the lack of full and productive employment, inadequate macroeconomic and tax policies, the lack of sustainable industrial policies and a structural ineffective transformation of economies are multi-factor causes of poverty and inequality faced by the country. It may be asserted that these inequalities arise from unequal access to work and the in-work poverty. Specifically, this paper is intended to explore the complex and dynamic causes that give rise to the working poor phenomenon in Latin America. Our purpose is to analyse the underlying factors that contribute to the proliferation of this problem at a regional level and propose efficient policy measures to guarantee income in order to revert this phenomenon.

Key Words: Latin America, in-work poverty, working poor, productivity gaps, informality, inflation, low growth, inequality.

1. Introducción: objetivo de este trabajo

En las últimas décadas, exacerbado por la pandemia, se ha registrado a nivel mundial una tendencia generalizada al aumento de la pobreza y de las distintas formas de desigualdad¹.

Hacia finales de 2022, más de 700 millones de trabajadores vivían en pobreza moderada y 214 millones vivían en situación de pobreza extrema, es decir, con ingresos inferiores a 1,90 dólares de los Estados Unidos al día por persona en condiciones de paridad del poder adquisitivo².

Particularmente, en América Latina el 32,1% de la población total de la región vive en la pobreza y el 13,1% en pobreza extrema, lo que equivale 201 y 86 millones de personas respectivamente. Estos guarismos se agravan aún más si se consideran a las personas menores de 18 años: el 45,4% son pobres y la pobreza extrema afecta al 18,5% de dicho colectivo. Lamentablemente estos datos y cifras se traducen en una preocupante realidad: el 21% de la población de América Latina (aproximadamente 117,3 millones de personas) y más del 50% de la población del Caribe (13,9 millones de personas), no puede costear una dieta saludable.

Ahora bien, desde una perspectiva dinámica, el trabajo como hecho social ha sido visto como el principal vehículo de salida de la pobreza y de la exclusión social; es decir, tradicionalmente se ha asociado la pobreza con la ausencia de ingresos debido a la desocupación. Sin embargo, hace ya algunos lustros que la idea generalizada que asocia la situación de pobreza con el desempleo o la inactividad ha sido puesta en discusión.

Los ingresos laborales representan en promedio más del 60% del ingreso total de los hogares en nuestra región. Precisamente, dado que el trabajo es la principal fuente de subsistencia/ingreso – cuando no la única de la mayor parte de la población mundial –, puede afirmarse que estas inequidades tienen origen en el acceso desigual al trabajo y la pobreza laboral (*in-work poverty*), ello es la pobreza de personas con trabajo.

Tal, como lo establece en el octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS), no cualquier tipo de trabajo remunerado posibilita la superación de la pobreza y la reducción de las desigualdades. Para una parte significativa de la población latinoamericana, trabajar de forma remunerada no es garantía de superación de la pobreza o la extrema pobreza, debido a las condiciones en que ese trabajo se ejerce.

Así pues, en la región, la pobreza es en gran medida un problema de

¹ Las desigualdades verticales, entre ricos y pobres, y las desigualdades horizontales, entre distintos grupos de la sociedad.

² Cfr. OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2023. Resumen Ejecutivo*, 2023.

las personas empleadas: un tercio de las personas que viven en situación de pobreza extrema o moderada tienen empleo. La expansión de modalidades de empleo precarias, la falta de empleo pleno, productivo, las políticas macroeconómicas y fiscales inadecuadas, la falta de políticas industriales sostenibles, y a una transformación estructural ineficaz de las economías³, son causas multifactoriales de la pobreza y desigualdad que experimenta la región.

Este trabajo pretende explorar las complejas causas y dinámicas que causan el fenómeno del trabajador pobre o trabajo pobre en Latinoamérica. A tal efecto consideraremos para el análisis los datos obtenidos en los Panoramas Laborales de OIT para la región y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). En diez países de la región: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana, y Uruguay. Nuestro objetivo es pues, analizar y comprender los factores subyacentes que contribuyen a la proliferación de esta problemática a nivel regional y proponer medidas de política eficaces para garantizar los ingresos para revertir este fenómeno.

2. Conceptos y metodología

Si bien los estudios sobre desigualdad y pobreza, siempre han considerado la dinámica ocupacional, los conceptos de pobreza laboral y trabajadores pobres son relativamente nuevos. Coincidiendo con Philippe Auvergnon⁴, debemos señalar que el término “trabajadores pobres” no refiere a un fenómeno jurídico únicamente, sino sociológico caracterizado por personas que a pesar de trabajar y recibir una remuneración, tienen un ingreso por debajo del umbral de pobreza. Ciertamente, se trata de un concepto híbrido pues combina el análisis del mercado de trabajo con el estudio de la pobreza. Así pues, nos encontramos ante un fenómeno que puede ser analizado desde distintas disciplinas, dado que confluyen factores y elementos que van desde el *ámbito laboral* (salarios bajos, calidad en el empleo, segmentación), la *economía* (distribución de la riqueza e impacto sobre el crecimiento), la *previsión social* (eficiencia de los instrumentos de redistribución tanto de protección social como impositivos) y, sobre todo, al de la *sociología* (pobreza y exclusión social). La importancia del estudio de este “nuevo tipo de pobreza” no radica solo en su crecimiento cuantitativo

³ Vid. L. ABRAMO, S. CECCHINI, B. MORALES, *Programas sociales. superación de la pobreza e inclusión laboral. Aprendizajes desde América Latina y el Caribe*, CEPAL, 2019.

⁴ Cfr. P. AUVERGNON, *El fenómeno de los trabajadores pobres: revelador de las funciones y tendencias del derecho social*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2012, n. 14.

en los países occidentales, sino también, y sobre todo, su ampliación sociológica a segmentos históricamente integrados entre la clase media, pero que, ya sea por las nuevas realidades sociológicas o bien ya sea por nueva dinámica de los mercados laborales, caían o estaban en riesgo de caer en la pobreza y en la exclusión social⁵.

La expresión “trabajador pobre” proviene de los Estados Unidos⁶. Desde 1996 el U.S. Bureau of Labor Statistics define a este colectivo como el compuesto por «aquellos individuos incluidos durante al menos veintisiete semanas en la fuerza laboral (trabajando o buscando trabajo), pero cuyos ingresos están por debajo del umbral oficial de pobreza»⁷. En Canadá refieren a ellos con los vocablos de “trabajador atípico, vulnerable o precario”, en Francia “*travailleurs pauvres*”, en Alemania hablan de “trabajadores de bajos salarios o ingresos”.

¿A quiénes consideraremos trabajadores pobres para este trabajo? El fenómeno de la pobreza suele abordarse desde dos enfoques analíticos: uno absoluto u otro relativo. Desde un enfoque absoluto, la pobreza se define como la imposibilidad de satisfacer una serie de necesidades básicas ligadas a la supervivencia material (carencia de recursos suficientes para el sostenimiento de la vida). Desde un enfoque relativo las personas pobres son aquellas que no logran acceder a un estándar de vida aceptable para la sociedad en la que viven. También fenómeno puede ser estudiado desde dos aspectos: uno colectivo o familiar, vinculado al de ingreso familiar y el individual, que pone énfasis en las necesidades individuales del trabajador, en comparación a sus propios ingresos. Desde la perspectiva colectiva a familiar, un hogar es pobre cuando sus ingresos totales son inferiores al valor de una canasta de bienes y servicios que permiten satisfacer las necesidades básicas del hogar, alimentarias y no alimentarias. Se trata de ocupados que viven en hogares pobres. Así desde esta perspectiva se considerará pobre a aquel trabajador que pertenezca a un hogar pobre, incluso si su ingreso laboral es lo suficiente a fin de satisfacer sus necesidades básicas. Desde el análisis individual son trabajadores pobres a aquellos ocupados cuyos ingresos son inferiores a un cierto umbral, así un trabajador se considera pobre si sus ingresos laborales están por debajo de la línea de pobreza individual, pertenezcan o no a un hogar pobre. En

⁵ Cfr. F.J. CALVO GALLEGO, *Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación*, en *Temas Laborales*, 2016, n. 134.

⁶ Cfr. B.W. KLEIN, P.L. RONES, *A profile of the working poor*, en *Monthly Labor Review*, 1989, vol. 112, n. 10, p. 3; S. PONTHEUX, *Les travailleurs pauvres: identification d'une catégorie sociétés*, en *Travail, Genre et Sociétés*, 2004, n. 11, p. 94.

⁷ U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Earnings (CPS)*, entrada *Working poor*, en www.bls.gov, 25 enero 2024.

nuestro caso, emplearemos la metodología utilizada por la CEPAL y la OIT. Así, tomaremos en consideración tanto las características del hogar de los trabajadores pobres como sus características individuales. Se considerará como trabajadores pobres a todos los ocupados que viven en un hogar pobre, incluso si su ingreso es lo suficientemente alto para cubrir sus propias necesidades básicas.

3. El fenómeno en la región: factores y dinámicas

Los fenómenos del trabajo pobre y del trabajador pobre no son nuevos en la región. El Programa Regional del Empleo para América Latina y el Caribe (PREALC), ya en los años 70 del siglo anterior, advertía sobre esta realidad⁸ hoy exacerbada por el aumento sostenido de la desocupación, la subocupación, la informalidad, el proceso de precarización laboral⁹, las consecuencias de la pandemia y el impacto de la inflación. Los estudios sobre la vinculación entre los caracteres del mercado de trabajo (actividades laborales predominantes, segmentación) a nivel regional y la pobreza han sido numerosos. La CEPAL, la OIT y la academia han advertido sobre el crecimiento del fenómeno, así como la imposibilidad de revertirlo, profundizando el deterioro en los niveles de bienestar que vive la región desde hace más de cuatro décadas. Un reciente informe de la OIT¹⁰ publicado en febrero de este año, ha señalado que a partir de la crisis generada por la pandemia en 2020, tanto la incidencia de la pobreza como la pobreza laboral aumentaron en casi todos los países¹¹, con alzas entre el 70 y 80%.

Como venimos señalando, existen una multiplicidad de factores, sociales, económicos, familiares, individuales, demográficos, de género, asociados a la pobreza laboral. Precisamente, sin desconocer la implicancias e incidencias de otros factores reconocidos, analizaremos aquí, aquellos factores y dinámicas que consideramos determinantes para la proliferación de la problemática del trabajador pobre, particularmente, en la región. Así pues, seguidamente nos referiremos: a) las *características del sistema productivo*:

⁸ Vid. PREALC, *La política de empleo en América Latina: lecciones de la experiencia de PREALC*, en *El Trimestre Económico*, 1974, n. 164.

⁹ Cfr. L. MUÑIZ TERRA, *Nuevos y viejos escenarios en el mundo laboral latinoamericano. Distintas miradas para su estudio*, en J.C. NEFFA, E. DE LA GARZA TOLEDO, L. MUÑIZ TERRA (comps.), *Trabajo, empleo, calificaciones profesionales, relaciones de trabajo e identidades laborales*, CLACSO, 2009.

¹⁰ Cfr. OIT, *Panorama Laboral 2022. América Latina y el Caribe*, 2023.

¹¹ A excepción del Brasil.

heterogeneidad estructural dada por las asimetrías productivas y tecnológicas existentes entre las unidades económicas predominantes y la baja productividad laboral; b) las *características del mercado de trabajo*: heterogeneidad y segmentación de la estructura ocupacional, informalidad, subocupación y la precariedad laboral; c) la *falta de educación y baja calificación laboral*, dada la evidente vinculación entre el nivel educativo de los trabajadores y la pobreza; d) *aspectos económicos como el bajo-nulo crecimiento de la Economía y la elevada inflación*: América Latina es una de las regiones del mundo a las que más le cuesta crecer en el largo plazo. También, la elevada inflación, impacta sobre el salario y especialmente en el componente alimentario de la canasta de consumo, y en los estratos de ingreso medio más vulnerables.

a) Características del sistema productivo: heterogeneidad estructural. Asimetrías productivas y tecnológicas y baja productividad laboral

La estructura productiva latinoamericana se caracteriza por una heterogeneidad estructural dada por las asimetrías productivas y tecnológicas entre empresas, ello es, la coexistencia de estratos de productividad muy diferenciada. Algunos sostienen que esta heterogeneidad se debe al modo de inserción de la economía latinoamericana en el mercado mundial y a sus capacidades de promover el cambio técnico entre distintos sectores y ramas productivas¹².

La estructura económica de los principales países latinoamericanos se compone por: a) un sector primitivo, cuyos niveles de productividad e ingresos por habitante permiten únicamente la subsistencia; b) un sector intermedio, compuesto por industrias cuya productividad es similar a la media del sistema nacional; c) Un estrato moderno, en el que se encuentran los sectores exportadores, los cuales funcionan con niveles de productividad iguales o superiores al promedio de las economías desarrolladas.

A diferencia de lo que ocurrió por ejemplo en los Estados Unidos en los últimos treinta años, en América Latina no se ha registrado un cambio estructural en el sector manufacturero. Al contrario, los sectores que lideraron el crecimiento de la región siempre han sido los intensivos en recursos naturales y esto provocó un magro crecimiento en la productividad. Los países más desarrollados han logrado modificar su estructura productiva llevando hacia sectores tecnológicos cambiando el

¹² Vid. [Trabajo y Sociedad, 2017, n. 29](#).

modelo de negocios de sus empresas¹³. Desde la crisis de 2008 la región ha experimentado un aumento en la proporción de trabajadores en los sectores de baja productividad, provocando así una distribución mucho más desigual de los salarios.

Asimismo, a diferencia de las economías centrales (USA, Canadá, Japón, Alemania, Francia, entre otros) que, en las últimas décadas mostraron una tendencia a la homogeneización, en las economías latinoamericanas ha habido incremento de la heterogeneidad, producto de que los sectores modernos se aíslan cada vez más del resto de la economía. Algunos autores señalan que en la región directa o indirectamente se favorece el desarrollo del sector transnacional – moderno – y en desmedro de los sectores nacionales – medios y primitivos –, lo que trae como consecuencia el subempleo, el desempleo y una distribución desigual de los ingresos¹⁴.

También los datos de la estructura productiva latinoamericana analizados junto con los datos de empleo muestran que los sectores donde la productividad crece, absorben poca proporción del empleo total, esto quiere decir que pocos trabajadores se benefician del aumento de salarios, mientras el resto sigue ocupado en sectores donde la productividad y donde los salarios son menores.

Baja productividad y competitividad laboral: Como la mayoría de las personas subsiste a través de su participación en el mercado de trabajo, la causa de este mal funcionamiento se encuentra en los mecanismos que relacionan las dimensiones de la producción y del empleo. Se ha definido al empleo productivo como aquel que genera ingresos suficientes para permitir al trabajador y su grupo familiar alcanzar un nivel de consumo que supere la línea de pobreza¹⁵. La productividad del trabajo, que se suele expresar como la relación entre el valor total de los bienes y servicios producidos en un país y los insumos laborales utilizados en esa producción, es uno de los más importantes mecanismos de transmisión del crecimiento al bienestar. Y precisamente la relación entre los salarios y esa productividad es un determinante clave de la calidad de vida de la población ocupada, así como de la distribución de ingresos entre trabajo y capital, también conocido como la remuneración a los factores de producción¹⁶. Ahora bien,

¹³ CEPAL, *Heterogeneidad estructural y brechas de productividad: de la fragmentación a la convergencia*, en CEPAL, *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*, 2010.

¹⁴ Cfr. P.I. CHENA, *Heterogeneidad estructural y distribución del ingreso. El pasaje del estructuralismo latinoamericano al neoestructuralismo*, en *Ciencia y Universidad*, 2016, n. 35.

¹⁵ Vid. www.ilo.org, tema *Trabajo decente*.

¹⁶ Vid. E.A. GONZÁLEZ MATA, J.A. LÓPEZ CABRERA, y R. CABRAL TORRES, *Relación entre productividad laboral y remuneraciones. Un análisis de proximidad espacial a nivel estatal en la industria*

la productividad laboral aumenta cuando se eleva el valor agregado mediante la mejora del uso, la coordinación y demás de todos los factores de producción. El valor agregado puede aumentar cuando el trabajo se realiza con mayor inteligencia, esfuerzo o velocidad, o con mejores competencias; pero también aumenta con el uso de más o mejores máquinas, la reducción del desperdicio de materia prima, o la introducción de innovaciones tecnológicas. La productividad laboral mide la eficiencia de un país al utilizar la materia prima en una economía para producir bienes y servicios, y ofrece una medida del crecimiento económico, la competitividad y los niveles de vida en un país¹⁷. La OIT ha venido advirtiendo que en la región, el producto por trabajador es similar al de 1980¹⁸, lo que significa que las posibilidades de progreso son las mismas que hace 2 décadas; explicando la razón por la los mercados de trabajo latinoamericano producen resultados insuficientes.

A nivel microeconómico la productividad se genera al interior de las empresas, y es allí donde se pueden encontrar varios de sus determinantes más importantes, en particular, aquellos que tienen relación con el mercado de trabajo. Por ello, otros de los factores que inciden en el fenómeno del trabajo pobre está motivado por la característica de las unidades económicas predominantes en nuestra región. ¿Esto qué significa? Significa que las empresas para las cuales los trabajadores pobres trabajan también son empresas “pobres”: desarrollan actividades de muy baja productividad laboral, o vinculadas a las estrategias familiares de subsistencia. La baja productividad de las unidades informales y formales no es solo una consecuencia de la baja calificación de los trabajadores (a la que nos referiremos más adelante), sino también que dichas unidades productivas tienen muy poca eficiencia y rentabilidad, sea por un bajo o inexistente uso de capital, una tecnología inadecuada y obsoleta, la dificultad para acceder a insumos y la competencia de empresas formales. Sin innovación, no hay demanda por capacitación, y sin mano de obra capacitada es difícil emprender procesos de innovación que incluyan a todos los trabajadores¹⁹. Así, es obvio que estas unidades productivas solo pueden generar ingresos

manufacturera en México, 2004, 2009, 2014 y 2019, Estudios y Perspectivas CEPAL México, 2022, n. 197.

¹⁷ Vid. OIT, *KILM 16. Productividad laboral*, en OIT, *Indicadores Clave del Mercado de Trabajo. Novena edición*, 2015.

¹⁸ Usualmente se considera que el análisis de la productividad sólo interesa a los agentes productivos. No obstante, hay evidencia internacional sobre el papel determinante que cumple la productividad del trabajo en la creación de prosperidad y el desarrollo, además de su relación inversa con la pobreza en los países; medida a través de la aproximación más habitual, el índice de producto real por trabajador.

¹⁹ Cfr. OIT, *Panorama Laboral 2004. América Latina y el Caribe*, 2004.

bajos a los que allí trabajan, tanto para sus propietarios como para sus dependientes. En nuestra región un trabajador genera un nivel de producción cercano a 10.500 dólares anuales, monto que alcanzaría para una remuneración mensual promedio de poco más de 430 dólares, asumiendo que la mitad de lo producido se destina a la mano de obra y la otra mitad a los otros factores de producción. Las remuneraciones promedio en otros países o regiones desarrollados, como Estados Unidos, Japón o Europa son mucho más altas que en América Latina, debido especialmente a que su producción está organizada de manera que su producto por trabajador superó los 40.000 y hasta 50.000 dólares anuales. En EE.UU. por ejemplo, casi el 70% de lo producido va hacia la retribución de la mano de obra

b) Características del mercado de trabajo: heterogeneidad y segmentación ocupacional. Informalidad, subocupación y precariedad laboral

La falta de homogeneidad ocupacional, y estructura dual del mercado de trabajo, está asociada con la presencia de dos grandes sectores, el primario y el secundario. Existen diferentes segmentos laborales con puestos de trabajo de distinta calidad. El segmento primario comprende a los “buenos” empleos (de elevados salarios, estabilidad, oportunidades de avance, entrenamiento, etc.), mientras que el segmento secundario está conformado por los “malos” empleos (con salarios bajos, inestabilidad, escasas oportunidades de avance, entre otras características).

Recientemente en la presentación del Panorama laboral 2023 para Latinoamérica y el Caribe, se ha señalado que «el problema laboral más urgente para la región es el de la calidad del empleo y los insuficientes ingresos laborales y totales generados por los trabajadores y sus familias»²⁰. En efecto, el mercado es uno de los principales factores que influyen sobre los niveles de pobreza de un país²¹ y eso factores están relacionados a la precariedad laboral asociada al trabajo informal.

Las vertientes estructuralistas desarrolladas por la CEPAL concluyeron que el sector informal surge como resultado de la presión ejercida por el excedente de oferta de mano de obra y la insuficiente creación de empleo, en particular de buenos empleos, así la heterogeneidad de la estructura económica se traduce en una situación de heterogeneidad en el empleo²².

²⁰ OIT, *Informalidad y pobreza laboral lastran a mercados de trabajo en América Latina y el Caribe*, en www.ilo.org, 7 febrero 2023.

²¹ Cf. L. BECCARIA ET AL., *Dynamics of Poverty, Labor Market and Public Policies in Latin America*, PEP, 2011.

²² Vid. D. MARTÍNEZ, R. INFANTE, *La informalidad en la visión de la OIT: evolución y perspectivas*

La 17ª CIET ha definido la economía informal como «el conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto»²³. Las actividades de esas personas y empresas están al margen de la ley, sea por no estar contempladas en ella, o bien porque son desestimadas en la práctica. Dicho de otro modo, o bien la propia ley no fomenta su cumplimiento, o ésta no se aplica o no se hace cumplir. Esta conceptualización fue ratificada por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de 2015. En 2018, la CIET adoptó recomendaciones en materia de estadísticas laborales e introdujo categorías nuevas como la de trabajador contratista dependiente (crowdsourcing o externalización abierta de tareas), estableciendo una nueva condición para identificar situaciones generalmente caracterizadas como informales debido al limitado alcance de la protección laboral y de la seguridad social.

Existen dos enfoques o modos de analizar la informalidad. Puede analizarse la informalidad desde un enfoque “productivo”, el cual pone de resalto a la diferencia entre el empleo en el sector formal e informal. Por el otro, el “laboral”, distingue entre empleo formal e informal, más allá del sector productivo donde se observe el fenómeno. Desde esta perspectiva, los mecanismos a través de los cuales la informalidad incide en el ingreso y la pobreza varían según se considere el enfoque productivo o laboral. Así desde perspectiva productivista, el empleo en el Sector Informal se asocia a bajos niveles de productividad que causa que se paguen menores remuneraciones. Desde la perspectiva laboral de la informalidad, lo que explicaría los menores ingresos es la presencia de ciertas regulaciones o instituciones del mundo del trabajo, como los salarios mínimos, las negociaciones colectivas y/o los sindicatos²⁴.

Ahora bien, esta estructura segmentada del mercado laboral latinoamericano y los menores niveles de remuneración comparados con los países más desarrollados ha estado tradicionalmente asociada con: la informalidad y precariedad laboral. Dada la incidencia de este fenómeno, muchos coinciden que la informalidad constituye hoy una característica estructural de la economía latinoamericana²⁵.

[para América Latina](#), en www.ilo.org, 22 noviembre 2019.

²³ A. ESPEJO, [Informalidad laboral en América Latina. Propuesta metodológica para su identificación a nivel subnacional](#), Documento de Proyectos CEPAL, 2022, p. 13.

²⁴ A. MARIO, A. GARCÍA, [Informalidad laboral, pobreza y regiones. Un análisis desde la coyuntura argentina](#), en [Revista de Estudios Regionales y Mercado de Trabajo](#), 2013, n. 9.

²⁵ *Vid.* F. BERTRANOU, L. CASANOVA, M. JIMÉNEZ, M. JIMÉNEZ, [Informalidad, calidad del empleo y segmentación laboral en Argentina](#), Documento de Trabajo OIT Argentina, 2013, n. 2.

El 53,1% de los trabajadores latinoamericanos labora en condiciones de informalidad²⁶. Así, la pobreza absoluta y la desigualdad relativa de los ingresos del trabajo se encuentran, asociadas a mercados laborales estructuralmente insatisfactorios, por lo que la región existe una gran brecha en la distribución del ingreso más precisamente, de la distribución de las remuneraciones originada por la marcada diferenciación de su estructura ocupacional. Se ha señalado también la informalidad laboral es un “fenómeno de la pequeña empresa”. En nuestra región la mayoría de los trabajadores que no cuentan con protección social y tienen bajos salarios, laboran en empresas de menos de cinco trabajadores.

Cabe señalar que los altos niveles de informalidad son una consecuencia de que un gran número de empresas y personas optan por no pertenecer a las instituciones formales, lo cual implica un cuestionamiento del Estado y a su capacidad para hacer cumplir las normas. En efecto, se ha vinculado el fenómeno de la informalidad como un fenómeno cultural.

Se ha sostenido que el sector informal en los países de la región se manifiesta a través de lo que ellos denominan factores de exclusión y de escape²⁷. En cuanto al primer factor – exclusión –, los autores dan cuenta que los trabajadores o empresas son empujados hacia la informalidad debido a la exclusión de los beneficios sociales básicos esenciales. En cuanto al factor escape, se considera que los trabajadores o empresas evalúan el costo-beneficio de la conveniencia o no de ingresar al sector formal. Otros más críticos sostienen que el crecimiento del sector informal se debe en gran parte a las deficiencias de la política social, y la expansión de los programas de protección social no contributivos, que actuarían como incentivos – al proveer de beneficios sociales sin necesidad de aportar al sistema de seguridad social – para que los trabajadores opten por la informalidad laboral²⁸. Dicho de otro modo, los empresarios y trabajadores, y los ciudadanos en general efectúan un “análisis” de costo-beneficio respecto a si les es conveniente volcarse hacia la formalidad, y a juzgar por la realidad socio laboral de la región, evidentemente deciden no hacerlo.

Asimismo, no debe perderse de vista dos aspectos fundamentales que plantea la informalidad.

El primero es que a medida que crece la economía formal, también crece la economía informal, lo que cuenta es la proporcionalidad con la que una crece respecto de la otra. Precisamente los panoramas laborales de OIT para la región de la última década revelan que, cuando desciende la tasa de

²⁶ Cfr. A. ESPEJO, *op. cit.*, p. 7.

²⁷ Vid. G.E. PERRY ET AL., *Informalidad: escape y exclusión. Resumen Ejecutivo*, Banco Mundial, 2007.

²⁸ Vid. A. ESPEJO, *op. cit.*

desempleo, la creación de nuevos puestos de trabajo, no se da en primer término en sector formal de empresas, sino en el sector informal. Ejemplo de lo que venimos señalando es lo ocurrido durante la segunda parte del año 2020, en plena pandemia, fue el empleo informal aquel que creció más intensamente²⁹. También finalizada la pandemia, en 2022 la modesta recuperación de los mercados de trabajo fue impulsada por las ocupaciones informales, los cuales representaron entre un 40 y un 80% de los empleos generados en la región³⁰. 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. Asimismo, el sector informal, especialmente los jóvenes dado que el sector informal es la puerta de entrada al mercado de trabajo.

El segundo aspecto es que *la informalidad es la alternativa de los sectores pobres al desempleo*³¹: la denominada economía o sector informal absorbe a muchos trabajadores que de otro modo no tendrían posibilidad de obtener un trabajo en el sector formal, pasando a las filas de los desocupados. En muchos de los países de la región laborar en la denominada economía informal no es una *elección* sino un modo de sobrevivir y de huir del flagelo de la desocupación. Como lo destacan Beccaria y Groisman y Maurizio³², un contexto de insuficiente demanda de trabajo, las empresas del sector formal cuentan con facilidades “de hecho” para contratar a asalariados sin que se respeten las normativas laborales, esto además de precarizar los puestos tiene una consecuencia directa en los ingresos y en la segmentación del mercado de trabajo. Los *trabajadores informales asalariados* constituyen 30% del empleo total urbano de la región y más de la mitad del trabajo informal variando entre 17% (en Chile); a más de 40% (en Bolivia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y Perú).

En Argentina, se observa un importante avance de la informalidad la cual alcanza, en el tercer trimestre 2022, a casi el 50% de los ocupados. En el sector formal, el empleo privado en el sector privado no creció, mientras se exhibe un importante incremento del trabajo asalariado en el sector público (28%), monotributo (39%) y monotributo social (182%). Este último se relaciona con la asistencia social del país ya que es compatible con Potenciar Trabajo y AUH. Durante 2022, el salario registrado privado

²⁹ Vid. R. MAURIZIO, *Empleo e informalidad en América Latina y el Caribe: una recuperación insuficiente y desigual*, Nota Técnica OIT, 2021.

³⁰ Cfr. OIT, *Panorama Laboral 2022. América Latina y el Caribe*, cit.

³¹ Cfr. D. MARTÍNEZ, R. INFANTE, *op. cit.*

³² Cfr. L. BECCARIA, F. GROISMAN, *Informalidad y pobreza en Argentina*, en *Investigación Económica*, 2008, n. 266, y R. MAURIZIO, *op. cit.*

percibió 7 meses de caída interanual en términos reales. En el caso del salario de los trabajadores informales, se observó caídas en los 12 meses del año 2022³³.

También en nuestra región hay creciente presencia de ocupaciones, asociadas de alguna manera a empresas medianas y grandes del sector formal, que si bien no pueden ser consideradas informales de manera estricta, no obstante, poseen características o signos de precariedad tales como tiempo determinado o de jornada parcial, contratos de cero horas o los trabajos asociados a las economías de plataforma. Si bien estas nuevas modalidades son todavía limitadas en la región, todos ellos tienen en común mayor grado de inseguridad de ingresos o bien remuneraciones menores a otros trabajadores con similares calificaciones que los hace más proclives a caer en situaciones de muy bajos ingresos y pobreza. Dicho de otro modo, estas nuevas modalidades, o sistemas de empleos no estandarizables (economías de ocupaciones transitorias), no se diferencian de las modalidades de precariedad e informalidad laboral predominantes.

El otro colectivo que conforma el 53,1% del trabajo informal se compone por trabajadores independientes informales, que se calculan en un 24% promedio del empleo urbano. Dicha cifra varía, con cifras que van desde menos del 23% (en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay); a más de 35% (en Bolivia, Colombia, Perú, República Dominicana y República Bolivariana de Venezuela. Desde comienzos de siglo XXI se viene registrando un paulatino crecimiento del trabajo por cuenta propia fue mayor en la mayoría de los países de nuestra región, habiéndose registrado los mayores aumentos en Argentina, Colombia, Costa Rica, Perú y Venezuela.

Informalidad penalidad salarial, subocupación y pobreza: Es prístina la relación entre los empleos precarios, la informalidad y la pobreza: el 80% de los trabajadores pobres están en condiciones en informalidad³⁴. Recientemente la Directora Regional de la OIT también señaló que según estimaciones de OIT «los trabajadores informales tienen entre 2 y 5 veces más probabilidades de ser pobres que los trabajadores formales, a la vez que explican entre 70 y 90 por ciento de la pobreza laboral total»³⁵. La informalidad trae consigo una “*penalidad salarial*” que se refleja en menores ingresos laborales por hora de trabajadores en estas condiciones, y que

³³ Vid. J. VASCONCELOS, M. GUTIÉRREZ, *La inflación lastima, lo que mata es el balance de pagos*, en www.ieral.org, 6 abril 2023.

³⁴ Vid. OIT, *Jornadas de Análisis de Mercado de Trabajo, Políticas de Formalización y Transición Justa*, Santiago, 5-7 diciembre 2022.

³⁵ Cfr. OIT, *Informalidad y pobreza laboral lastiman a mercados de trabajo en América Latina y el Caribe*, cit.

oscila entre 20 y 35% en los países con datos disponibles³⁶. Ello es cuanto menos obtiene ingresos laborales un trabajador informal respecto a otro trabajador que se desempeña realizando las mismas labores en el sector formal, cuanto deja de percibir, pierde este trabajador por ser un trabajador informal respecto a su contraparte formal. Penalidad salarial asociada a la informalidad laboral. Ahora bien, si consideramos sólo el conjunto de trabajadores informales. Por ejemplo, en la Argentina, estar ocupado en el Sector Informal implica ingresos mensuales 65% inferiores al que obtienen los empleados del sector formal en el total país³⁷. Durante la pandemia, todos los países de la región, fueron afectados por la pobreza laboral, aunque sufrieron en mayor medida aquellos con mayores niveles de informalidad, en este sentido, Colombia y Perú fueron los países más afectados, pues en el peor momento de la pandemia llegaron a niveles de pobreza laboral superiores al 60% y 40%³⁸.

Como lo destaca Poy la heterogeneidad de la estructura económico-ocupacional reproduce un patrón rígido de desigualdad sociolaboral con consecuencias directas sobre las capacidades familiares de subsistencia³⁹. Los trabajadores no asalariados informales representan la mayor parte de los ocupados pobres, seguido por los trabajadores asalariados informales. Los trabajadores no asalariados informales representan la mayor porción de los ocupados pobres, variando d según cada país. Por ejemplo, en la Argentina 2 de cada 5 trabajadores pobres son trabajadores no asalariados informales, en Brasil esa proporción es la mitad y en el Paraguay 3 de cada 4 trabajadores pobres son trabajadores no asalariados informales.

Respecto a los trabajadores asalariados informales la proporción de la pobreza laboral es del 22% en Brasil, en Argentina del 28% y del Paraguay en el 19%. Considerando los trabajadores asalariados y no asalariados informales, representan en el Brasil el 73% de la pobreza laboral en Argentina el 68% y en el Paraguay el 94%. Finalmente, no podemos dejar de destacar que existe una proporción de trabajadores formales viviendo en hogares pobres: En la Argentina un 32% de los ocupados pobres son formales, en Brasil un 27% y en el Paraguay alrededor de un 6%.

Subocupación: Así el informe especial del último panorama laboral publicado por la OIT evidencia que la incidencia de la pobreza es mayor

³⁶ OIT, *Jornadas de Análisis de Mercado de Trabajo, Políticas de Formalización y Transición Justa*, cit.

³⁷ Vid. A. MARIO, A. GARCÍA, *op. cit.*

³⁸ O. AZUARA, E. TORRES, *Pobreza laboral: ¿qué es y cómo afecta a la región?*, en blogs.iadb.org/trabajo, 20 marzo 2023.

³⁹ S. POY, *Heterogeneidad laboral y procesos de empobrecimiento de los hogares en Argentina (2003-2017)*, en *Problemas del Desarrollo*, 2020, n. 201.

para los trabajadores a tiempo parcial en relación a los que trabajan a tiempo completo o exceden las 45 horas laborales semanales. En Argentina y Brasil, la probabilidad de vivir en situación de pobreza es aún mayor cuando el trabajo a tiempo parcial se realiza de manera involuntaria. La insuficiencia horaria que trae aparejado bajos salarios tiene efectos negativos en la capacidad los trabajadores de obtener ingresos lo suficientemente elevados como para no vivir en situación de pobreza.

Todo lo señalado y descripto evidencia que la desigualdad en los ingresos no puede explicarse sin entender la desigualdad en la calidad y productividad de los puestos de trabajo entre los distintos sectores productivos, que se proyecta en rendimientos también muy desiguales entre los trabajadores, el capital y el trabajo, así la heterogeneidad de la estructura ocupacional y productiva causa empobrecimiento. Se ha señalado que la persistencia de ocupaciones ligadas al sector microinformal y la insuficiente demanda de empleo de calidad habrían originado “procesos selectivos de empobrecimiento” que afectarían a los hogares cuya fuerza de trabajo se inserta en dichas posiciones laborales⁴⁰.

c) Baja calificación laboral

América Latina es la región del mundo con mayores brechas educativas⁴¹, ello es en la calidad y pertinencia de la educación, que causan altos niveles de desigualdad de ingresos⁴². Precisamente la educación y la formación profesional son determinantes de los ingresos laborales y la desigualdad en su distribución, así pues, hay una correlación entre el nivel educativo de los trabajadores y la pobreza. Si bien ha habido avances en los últimos 20 años, sobre todo en el acceso a la educación primaria y secundaria, quedan muchos desafíos pendientes. Así pues, 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.

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

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Vid.* CEPAL, UNESCO, *La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*, 2020.

⁴² *Vid.* OIT, CINTERFOR, *El futuro de la formación profesional en América Latina y el Caribe. Diagnóstico y lineamientos para su fortalecimiento*, 2017.

cantidad de recursos (fuerza de trabajo y capital), la producción de nuestra región sería aproximadamente 25% más baja que la de Estados Unidos⁴³. 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. En última instancia, por tanto, la 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 humano⁴⁴.

La pobreza asociada a las muy bajas remuneraciones no es sólo el resultado – de la informalidad y precariedad laboral – sino también de los bajos niveles de calificación de los trabajadores de la región. A modo de ejemplo podemos citar los casos de Argentina Brasil y Paraguay. En 2021, la proporción de trabajadores pobres con educación básica fue un 30,5% en Argentina, 21,3% en el Brasil y 29,3% en Paraguay, mientras que la incidencia de la pobreza entre los trabajadores con educación terciaria completa fue en Argentina de 8,4%, un 2% en Brasil y 4.3% en el Paraguay⁴⁵.

d) Bajo-nulo crecimiento de la economía a largo plazo. El impacto de la inflación

Si bien América Latina se encuentra en un proceso de recuperación económica luego de la pandemia, es una de las regiones del mundo a las que más le cuesta crecer en el largo plazo. La CEPAL estimó el crecimiento de la economía latinoamericana a una tasa de 2,7% anual⁴⁶, lo que implica a que 16 países de la región, es decir casi la mitad, hacia finales de 2022 no habían recuperado el nivel del PIB que tenían antes de la pandemia. Las cifras de los primeros dos trimestres de 2023 confirman la desaceleración de la economía, evidenciando que el PBI regional permanece estancado desde hace ya más de 5 trimestres. Para 2023 se espera un crecimiento promedio del PIB solo de 1,7% y para 2024 también un leve en la tasa de crecimiento un 1,5%.

Se ha dicho también que «El bajo crecimiento de América Latina y el

⁴³ Cfr. G. CRESPI, E. FERNÁNDEZ-ARIAS, E. STEIN (eds.), *¿Cómo repensar el desarrollo productivo? Políticas e instituciones sólidas para la transformación económica*, BID, 2014.

⁴⁴ Vid. L. BECCARIA, R. MAURIZIO, *Pobreza, desigualdad y el fenómeno del “trabajador pobre”*, en www.ilo.org, 20 diciembre 2019.

⁴⁵ Cfr. OIT, *Panorama Laboral 2022. América Latina y el Caribe*, cit.

⁴⁶ CEPAL, *Estudio Económico de América Latina y el Caribe 2022. Dinámica y desafíos de la inversión para impulsar una recuperación sostenible e inclusiva*, 2022.

Caribe se puede ver agravado por los efectos negativos de una agudización de los choques climáticos, si no se realizan las inversiones en adaptación y mitigación al cambio climático que requieren los países»⁴⁷. Si se mantiene este ritmo de bajo crecimiento, la economía regional tardará más de 30 años en duplicar su tamaño, lo que significa para el nivel de vida de los latinoamericanos – el producto por habitante – a este ritmo podría recién duplicarse en más de 100 años⁴⁸.

Consecuentemente, este bajo crecimiento de la actividad económica trae como consecuencia una desaceleración del crecimiento del empleo, estimado en un 1,9% en 2023 y en 1,1% en 2024. También en la calidad del empleo, dado que los trabajadores se empelan en sectores menos productivos están más ligados a la pobreza y la vulnerabilidad social, lo que a su vez tiene un impacto directo en los ingresos: En 2019, el porcentaje de personas que vivían con menos de USD 5 era de 28% y con USD 3,1 al día el 16%.

Como venimos señalando, la pandemia exacerbó las tendencias hacia el deterioro: en 2020, a pesar las políticas para contener los impactos de la pandemia, los indicadores sociales se deterioraron, el 34% de los latinoamericanos vivían con menos de USD 5 al día y los que ganaban menos de USD 3,1 llegaron al 20%. El coeficiente de Gini terminó en 2020 con la puntuación más alta de la década: 0, 52. En 2023 cerca del 18% de la población vive con menos de USD 3,1 por día, y como hemos señalado los niveles de pobreza de la región superan los de hace una década⁴⁹.

Además, se observa en muchos países latinoamericanos que el crecimiento económico no necesariamente estimula la creación de empleos de calidad y, en consecuencia, no siempre permite mejorar el bienestar de las personas. A este fenómeno se le ha denominado la paradoja del crecimiento sin bienestar⁵⁰. Sobre todo, a comienzo de este siglo se ha visto como el crecimiento a nivel macroeconómico de la mayoría de las economías latinoamericanas no se tradujo en un mayor bienestar de su población, lo que evidencia que hay algo que no está funcionando. La OIT y CEPAL han advertido que la pobreza a nivel regional está más vinculada a la trayectoria del producto por trabajador que a la de la producción per se, dicho de otro modo, la paradoja del crecimiento sin bienestar observada

⁴⁷ CEPAL, *Economías de América Latina y el Caribe mantendrán bajos niveles de crecimiento en 2023 y 2024*, en www.cepal.org, 5 septiembre 2023.

⁴⁸ Ello, si se asume sí que la tasa de crecimiento poblacional será baja, lo que tampoco no ocurre dado el boom demográfico que experimenta la región.

⁴⁹ A. GALINDO, V. NUGUER (coords.), *Preparar el terreno macroeconómico para un crecimiento renovado. Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2023*, BID, 2023.

⁵⁰ Cfr. OIT, *Panorama Laboral 2004. América Latina y el Caribe*, cit.

en la región durante las últimas décadas está relacionada con el hecho de que el producto por trabajador no se ha recuperado lo suficiente después de la caída que experimentó en los años ochenta. Así debe tenerse en cuenta que el crecimiento de las economías (aumento de la producción) no necesariamente reduce la pobreza. El crecimiento del producto es sólo una condición necesaria para que disminuya la pobreza. Lo que tiene una relación más estrecha con la pobreza es la evolución del producto por trabajador.

Inflación: La inflación es un impuesto regresivo, que sin dudas tiene un impacto negativo en la pobreza y el funcionamiento del mercado laboral. Un aumento sostenido de los precios – principalmente los alimentos y la energía – aumenta la pobreza, dado que la inflación reduce el ingreso disponible y los salarios reales cuando los salarios nominales crecen a un ritmo menor que los precios. Cuando la inflación aumenta, si bien el ingreso nominal se mantiene constante, la capacidad de comprar bienes y servicios disminuye.

Se observa que desde 2019, los aumentos de la pobreza también están estrechamente asociados con los aumentos de los precios en el índice de precios al consumidor y de los precios de la energía. La tasa de inflación de los alimentos aumentó un 30% entre febrero de 2020 y el Índice de precios al consumidor aumentó un 18% por lo que los hogares más pobres sufrieron más, dado que dependen en mayor medida de sus ingresos laborales, que fueron muy afectados por la inflación.

Desde el segundo semestre de 2020 por diversas causas (Pandemia, el conflicto entre la Federación Rusa y Ucrania, emisión monetaria para financiar distintos programas de ayuda, estímulos fiscales y otros factores externos), la inflación se incrementó en todos los países de la región, alcanzando el nivel más alto desde la crisis financiera de 2008. La tasa de inflación anual para el país medio de la región llegó a 9,6% en julio de 2022, en comparación con el 7,6% (valores que no se registraba desde 2002).

Asimismo, el ingreso puede disminuir durante los brotes inflacionarios como respuesta a los ajustes en el mercado de trabajo. Cuando el ingreso real de los hogares disminuye, las personas tienen que trabajar más horas para mantener el mismo nivel de consumo. Así pues dado que el nivel de inflación ha aumentado los niveles de pobreza laboral y los hogares, los trabajadores están trabajando más – jornadas laborales más largas – para, mantener sus niveles de consumo.

De acuerdo a lo señalado y las estimaciones del BID, las tasas de inflación impactarían provocando un aumento de la pobreza en un 2,4%, y la extrema pobreza en un 2,5%, en 2023, lo que implica llevar a casi 13,8 millones y 14 millones de personas a la pobreza y la extrema pobreza.

Si bien contener la inflación es imperioso en la región, al mismo tiempo implica correr riesgos, dado que ciertas políticas monetarias contractivas para contener la inflación pueden a corto plazo empeorar los mercados laborales, dado que inevitablemente al reducir gastos, ralentizan la economía y probablemente aumentan el desempleo. Evidencia empírica reciente muestra que el ingreso disminuye para todos los trabajadores, ya que en los países con una alta informalidad una contracción monetaria reduce los ingresos de los trabajadores informales más que de los trabajadores formales.

Al mismo tiempo, se ha advertido que el shock monetario genera un cambio desde la formalidad hacia la informalidad. Si bien el ingreso disminuye para todos los trabajadores formales e informales, los trabajadores en el segmento más bajo de la informalidad sufren relativamente más que sus contrapartes formales⁵¹.

También, si bien en la región los salarios formales están indexados en general a la inflación del año anterior, el ingreso laboral de los trabajadores informales, lamentablemente no se ajusta con la inflación.

4. Desafíos y propuestas

Durante las últimas décadas se han realizado diversos intentos en la región para revertir estos fenómenos y dinámicas con la finalidad de acelerar el crecimiento y reducir la pobreza. Ahora bien, debe tenerse presente que no es posible reducir la pobreza de manera duradera sin trabajo decente. Para revertir el fenómeno del trabajador pobre en la región resulta imprevisible, combatir la informalidad, fomentar la productividad laboral, asegurar el apoyo financiero e inversión pública, el acceso a la educación y formación para el desarrollo nuevas competencias y habilidades y propender a la formación técnico profesional.

Combatir la informalidad y fomentar la Productividad

A fin de erradicar las dinámicas que causan el fenómeno del trabajador pobre en la región es urgente revertir la informalidad laboral – tanto las antiguas formas como las nuevas formas, vinculadas al impacto de la tecnología –, ya que como hemos visto, son ejes de la matriz de los bajos ingresos y la desigualdad social.

⁵¹ D. GOMES, F. IACHAN, A.P. RUHE, C. SANTOS, *Monetary policy and labor markets in a developing economy*, IFM, IDB, 2023.

Ciertamente no existen soluciones simples para reducir la informalidad, sino que se requieren estrategias integrales y a la medida, diseñadas en función de los niveles de productividad de las empresas, la calificación de los trabajadores, las condiciones fiscales y la normatividad preexistentes⁵². Así pues los procesos de formalización toman tiempo y exigen múltiples y variadas intervenciones en diversas áreas⁵³.

Lo imperioso es crear las condiciones reforzar la capacidad de las personas de mantenerse a sí mismas mediante empleos de calidad y para ello es necesario un enfoque “global” para frenar la expansión de la informalidad, por lo que también debería propenderse a discusiones que involucren a autoridades, empresas y sindicatos para diseñar regímenes de promoción del empleo formal que incentiven la formalización y propendan al trabajo decente, como mecanismo superador de la pobreza.

La Recomendación OIT n. 204, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, reconoce que «la mayoría de las personas que se incorporan a la economía informal no lo hacen por elección». Asimismo, establece determinadas normas de trabajo que dirige los gobiernos, en forma de 12 “principios rectores” que pueden servir de guías para las distintas políticas que pueden abordarse para una transición de la informalidad a la formalidad. Coincidentemente señala que la transición a la formalidad exige estrategias integradas coherentes y “a medida”, señalando que como elementos clave para una transición deben incluir: políticas macroeconómicas de fomento del empleo, que eleven la productividad y faciliten los procesos de transformación estructural; políticas comerciales, industriales, tributarias, sectoriales y de infraestructura que fomenten el empleo; políticas e instituciones para el mercado laboral; políticas de educación y de desarrollo de competencias laborales; medidas para facilitar la transición de la escuela al trabajo y del desempleo o inactividad hacia el trabajo. Estas políticas están alineadas con el Objetivo de Desarrollo sostenible 8, promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y trabajado decente para todos.

Otro de los desafíos para enfrentar las causas y factores que provocan el fenómeno del trabajador pobre, es avanzar para modificar las características de la matriz productiva. La baja productividad de una gran parte de las unidades económicas impide la generación del valor agregado

⁵² Vid. M. CÁRDENAS, C. FERNÁNDEZ, A. RASTELETTI, D. ZAMORA, *Consideraciones para el diseño de políticas fiscales para reducir la informalidad en América Latina y el Caribe*, Documento para Discusión, 2021, n. IDB-DP-882.

⁵³ Vid. J.M. SALAZAR-XIRINACHS, J. CHACALTANA, *La informalidad en América Latina y el Caribe: ¿por qué persiste y cómo superarla?*, en J.M. SALAZAR-XIRINACHS, J. CHACALTANA (eds.), *Políticas de formalización en América Latina. Avances y desafíos*, OIT, 2018.

suficiente para que se desarrolle el trabajo formal. Además, la extensión de la informalidad laboral en unidades económicas de baja productividad facilita que empresas de elevada productividad contraten trabajadores/as en situación de informalidad.

En efecto, la existencia y persistencia de importantes brechas de productividad en prácticamente la totalidad del sistema productivo de la región, explican la restricción externa al crecimiento económico; y la relativa escasez de sectores estratégicos de alta complejidad tecnológica, capacidades de difundir más rápidamente el cambio técnico al conjunto del sistema productivo. Para revertir esta realidad, es vital el diseño de políticas de desarrollo productivo que se centren en incentivar la innovación y en desarrollar nuevas empresas en sectores clave, siendo vital darles una mayor preponderancia a los sectores intensivos en conocimiento

Siguiendo a Bourguignon señalaremos que los cambios en la tasa de pobreza se asocian no sólo a los cambios en el ingreso promedio, sino también a la transformación en su distribución, siendo para ello es necesario una combinación de políticas de crecimiento y distributivas ya que la conformación del sistema productivo no es neutral para el proceso de desarrollo.

Como se ha sugerido⁵⁴, la política industrial debe combinar acciones horizontales y sectoriales: Las primeras tienen el objetivo de elevar los niveles de productividad de todo el entramado productivo, facilitando el acceso al financiamiento de largo plazo, promoviendo la inversión en investigación, desarrollo e innovación, subsidiando la formación y capacitación de la fuerza de trabajo y las segundas apuntan al desarrollo de actividades estratégicas capaces de aumentar la generación de divisas, y promover un entramado productivo con mayores encadenamientos intersectoriales. A modo de ejemplo pueden citarse algunas incitativas llevadas a cabo en Brasil Ecuador México y Perú que tuvieron por finalidad desarrollar cadenas de valor vinculando los segmentos informales de esas cadenas productivas con los formales, condicionando las compras públicas a la formalización del empleo de las empresas proveedoras. A nivel microeconómico han desarrollado – México y Brasil – los servicios de desarrollo empresarial, así como el financiamiento y difusión de tecnologías tendientes a la mejora de la gestión y el aumento de la productividad y competitividad de las empresas.

⁵⁴ Vid. CEPAL (coord.), *Informe Foro Universitario del Futuro. El futuro de la matriz productiva argentina: consensos y nuevas perspectivas*, Jefatura de Gabinete de Ministros Argentina, 2021.

Apoyo Financiero e inversión pública

Para todo ello, es necesario contar con apoyo financiero e inversión pública. Se ha dicho que «no hay política industrial sin una política de crédito»⁵⁵, dado que los instrumentos de apoyo financiero son un pilar necesario para el desarrollo tecnológico y productivo. Es necesario promover a través de la inversión pública la inversión en infraestructura, dado que la evidencia muestra que cuando la inversión en infraestructura va acompañada de mecanismos para aumentar la eficiencia tiene un impacto positivo en los ingresos de los más pobres⁵⁶. También por medio del apoyo financiero deben fomentarse las políticas de promoción a la vinculación y transferencia tecnológica entre pymes y universidades e institutos y la creación instituciones de capacitación y formación para propender a la productividad y la calidad en el trabajo y la innovación.

Acceso a la protección y seguridad social

La extensión al acceso y a la protección a la seguridad social son considerados clave por muchos países de la región para reducir la pobreza laboral. Efectivamente a fin de revertir el fenómeno del trabajador pobre serán necesarios sistemas de protección social sólidos y con capacidad de respuesta basados en principios de solidaridad que ayuden a satisfacer las necesidades de las personas a lo largo de la vida: mediante un nivel básico de protección⁵⁷ que se complementa con regímenes de seguro social contributivo.

También es necesario adaptar los sistemas de protección a las nuevas modalidades laborales, que implican precarización de las condiciones e ingresos, como las formas de empleo atípico, a los trabajadores de plataformas y a los trabajadores por cuenta propia.

En las dos últimas décadas, los países de América Latina y el Caribe han emprendido distintos programas sociales orientados a la superación de la pobreza aumentando el número de programas de protección social no contributiva, entre los que se destacan los programas de transferencias condicionadas de ingreso, los programas de inclusión laboral y productiva, y las pensiones sociales. Pueden destacarse las políticas llevadas a cabo en Argentina, Uruguay y Colombia – Monotributos – y Brasil – MEI – que

⁵⁵ *Idem*, p. 9.

⁵⁶ Cfr. E. CAVALLO, A. POWELL (coords.), *Construir oportunidades para crecer en un mundo desafiante. Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2019*, BID, 2019.

⁵⁷ Cfr. COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019.

buscaron ampliar la base de personas ocupadas que contribuyen a la seguridad social. Estos mecanismos y políticas están dirigidos a los ocupados en microempresas (trabajadores por cuenta propia, trabajadores regales o del servicio doméstico).

No obstante, como se viene señalando, debe evaluarse cada caso particular y su efectividad real. Algunos autores han advertido la política social puede generar de manera no intencional incentivos a la informalidad y en consecuencia agravar la situación de pobreza laboral. Este puede ser el caso de las transferencias condicionadas y no condicionadas a las personas en condiciones de pobreza y vulnerabilidad, dado que muchas de las legislaciones establecen que estos subsidios monetarios se pierden una vez que se consigue un trabajo formal que remunera lo suficiente.

También se ha señalado el efecto negativo en el caso de transferencias monetarias, por ejemplo en la Argentina, Colombia y en Uruguay⁵⁸. Se ha dicho que una buena opción de políticas es desarrollar programas de asistencia al trabajo formal que premien a los que trabajan formalmente, en contraposición a muchos programas actuales de asistencia social, que suelen quitar la transferencia monetaria una vez que se consigue un trabajo formal.

Acceso a la educación para nuevas competencias y habilidades. Formación técnico profesional. Como también se ha dicho, en la región la elevada tasa pobreza está asociada a los bajos niveles de calificación de los trabajadores. En efecto, hay una evidente relación entre los niveles de escolaridad y la tasa de pobreza: a menor nivel educativo, mayor propensión a la pobreza laboral. Por ello es vital reforzar las políticas de educación y formación técnico profesional. Las políticas deberían garantizar la oferta de educación pública y de calidad. También propender a la formación a lo largo de la vida, con sistemas educativos más flexibles, con “entradas y salidas”

⁵⁸ *Vid.* M. CÁRDENAS, C. FERNÁNDEZ, A. RASTELETTI, D. ZAMORA, *op. cit.* Los Autores señalan que la Asignación Universal por Hijo (Argentina), que provee transferencias monetarias a los hogares con hijos menores, disminuyó la formalización en 7,4 puntos porcentuales entre quienes hicieron parte del programa, respecto a aquellos que no lo hicieron. En Uruguay, un programa de transferencias condicionadas llevó a reducciones de alrededor de 6 puntos en la participación de la fuerza laboral formal entre todos los beneficiarios del programa y de 8,7 puntos porcentuales entre madres solteras. También señalan ejemplos de efectos negativos relacionados a beneficios no contributivos se encuentran en Colombia y Chile. El régimen de salud subsidiada en Colombia aumentó la probabilidad de la informalidad en cerca de 20 puntos porcentuales. Algo similar ocurrió en Chile con la reforma previsional de 2008 que mejoró las pensiones a los individuos que no han ahorrado lo suficiente. La reforma redujo la participación de los trabajadores de más de 40 años en el mercado laboral formal en 4,1%, y la probabilidad ser formal de los hombres y mujeres que tienen entre 56 y 65 años, en 3,2 y 2,8 puntos porcentuales, respectivamente.

según las distintas necesidades. 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)⁵⁹.

Para ello 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. Un ejemplo positivo fue la ampliación de la matrícula en las universidades públicas y en las entidades públicas de formación profesional a nivel secundarios que posibilitaron en el periodo 2002-2016 realizada en Brasil, en donde las instituciones públicas de formación técnico profesional aumentaron de 140 a 600 duplicándose las matrículas pasando de 558.000 en 2002 a más de un millón en 2016⁶⁰. 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 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. Este tipo de formación les ha permitido abordar vulnerabilidades, como la reconversión (*upskilling* y *reskilling*) en un contexto de automatización de muchas ocupaciones o la inserción laboral de personas de alta edad (en general mayores de 45 años)⁶¹. La formación de capacidades, en particular, es clave para lograr inserciones laborales de mejor calidad y asegurar que las nuevas generaciones adquieran las habilidades y competencias que va a requerir el mercado laboral del futuro⁶².

⁵⁹ Vid. A.P. LABORINHO, T. DÍAZ, P. BARROS, B. PÉREZ, A. MARTÍNEZ (coords.), *Miradas sobre la educación en Iberoamérica 2020. Competencias para el siglo XXI en Iberoamérica*, OEI, 2020.

⁶⁰ Cfr. A. MERCADANTE, *Educação e capacitação técnica e profissional no Brasil*, Documento de Projetos CEPAL, 2019.

⁶¹ Vid. S. SMECK, M. OVIEDO, A. FISZBEIN, *Educación dual en América Latina. Desafíos y oportunidades*, Diálogo Interamericano, 2020.

⁶² L. ABRAMO, S. CECCHINI, B. MORALES, *op. cit.*

5. Conclusiones

Como se ha evidenciado, hay distintos factores y dinámicas que causan e influyen en el fenómeno del trabajador pobre, y si bien los factores destacados en este trabajo han sido sólo indicativos, nos proporcionan un panorama de la evidente vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores latinoamericanos.

La pobreza laboral refleja subdesarrollo y es síntoma de políticas laborales y de gestión ineficaces. Es también el reflejo de la ineficacia del Estado como gestor del bienestar. La generación de trabajo decente sigue entonces constituyendo un gran desafío estructural para América Latina y el Caribe. Para revertir este fenómeno, deberá tenerse presente que no es posible reducir la pobreza de manera duradera sin trabajo decente. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible expresa un consenso sobre la necesidad de avanzar hacia sociedades más inclusivas, solidarias a fin de asegurar que “nadie se quede atrás” en la senda del Desarrollo.

Se ha afirmado también que hacen falta unos 10.000 billones de dólares para erradicar la pobreza extrema y moderada para 2030 en la región. Sin embargo, no es realista considerar que se puede alcanzar este objetivo únicamente con transferencias de ingresos.

Tampoco es posible combatir el fenómeno del trabajo pobre y erradicar la pobreza si la economía no genera oportunidades de inversión y desarrollo empresarial. Por ello es imprescindible promover la creación y fortalecimiento de empresas competitivas de pequeña y mediana dimensión dada su capacidad para generar rápidamente empleos⁶³. Las políticas para mejorar el funcionamiento de los mercados laborales también son necesarias. Así la solución a este problema exige mucho más que la disponibilidad de recursos, políticas de seguridad social y sustitución de ingresos.

Como hemos señalado en otras oportunidades, la verdadera justicia social requiere tiempo y cambios estructurales en la sociedad, para ello resulta imprescindible aplicar un enfoque “global”, siempre teniendo en claro que el empleo es la llave maestra hacia la igualdad.

Hace casi 80 años, Presidente Roosevelt en su discurso sobre las cuatro libertades en su mensaje al Congreso de los Estados Unidos de 1944, pronunciaba 19 palabras que hoy tienen tanta trascendencia y vigencia

⁶³ Vid. J.C. NEFFA, *Hoy más que nunca es necesario formular e implementar políticas de empleo de calidad*, en *Voces en el Fénix*, 2016, n. 52.

como aquel entonces y que siempre deben recordarse: «la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económicas. Los hombres necesitados no son libres»⁶⁴.

6. Bibliografía

- ABRAMO L., CECCHINI S., MORALES B. (2019), *Programas sociales, superación de la pobreza e inclusión laboral. Aprendizajes desde América Latina y el Caribe*, CEPAL
- ÁLVAREZ J.P. (2023), *Estas son diez consecuencias de la alta informalidad laboral en América Latina*, en www.bloomberglinea.com, 14 marzo
- AUVERGNON P. (2012), *El fenómeno de los trabajadores pobres: revelador de las funciones y tendencias del derecho social*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 14, pp. 43-78
- AZUARA O., TORRES E. (2023), *Pobreza laboral: ¿qué es y cómo afecta a la región?*, en blogs.iadb.org/trabajo, 20 marzo
- BECCARIA L., F. GROISMAN (2008), *Informalidad y pobreza en Argentina*, en *Investigación Económica*, n. 266, pp. 135-169
- BECCARIA L., MAURIZIO R. (2019), *Pobreza, desigualdad y el fenómeno del “trabajador pobre”*, en www.ilo.org, 20 diciembre
- BECCARIA L., MAURIZIO R., FERNÁNDEZ A.L., MONSALVO A.P., ÁLVAREZ M. (2011), *Dynamics of Poverty, Labor Market and Public Policies in Latin America*, PEP
- BERTRANOU F., CASANOVA L. (2013), *Informalidad laboral en Argentina. Segmentos críticos y políticas para la formalización*, OIT
- BERTRANOU F., CASANOVA L., JIMÉNEZ M., JIMÉNEZ M. (2013), *Informalidad, calidad del empleo y segmentación laboral en Argentina*, Documento de Trabajo OIT Argentina, n. 2
- CALVO GALLEGOS F.J. (2016), *Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación*, en *Temas Laborales*, n. 134, pp. 63-106
- CÁRDENAS M., FERNÁNDEZ C., RASTELETTI A., ZAMORA D. (2021), *Consideraciones para el diseño de políticas fiscales para reducir la informalidad en América Latina y el Caribe*, Documento para Discusión, n. IDB-DP-882
- CASTELLÓ-CLIMENT A., DOMÉNECH R. (2014), *Human Capital and Income Inequality: Some Facts and Some Puzzles*, Working Paper BBVA Research, n. 12/28

⁶⁴ ESCRITOS DE DERECHO, *La Segunda Carta de Derechos de Franklin Delano Roosevelt*, en www.escritosdederecho.net, 24 noviembre 2021.

- CAVALLO E., POWELL A. (coords.) (2019), *Construir oportunidades para crecer en un mundo desafiante. Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2019*, BID
- CEPAL (2023), *Economías de América Latina y el Caribe mantendrán bajos niveles de crecimiento en 2023 y 2024*, en www.cepal.org, 5 septiembre
- CEPAL (2022), *Estudio Económico de América Latina y el Caribe 2022. Dinámica y desafíos de la inversión para impulsar una recuperación sostenible e inclusiva*
- CEPAL (2019), *CEPAL: Trabajar no garantiza superar la pobreza en América Latina y el Caribe*, en www.cepal.org, 17 junio
- CEPAL (2010), *Heterogeneidad estructural y brechas de productividad: de la fragmentación a la convergencia*, en CEPAL, *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*
- CEPAL (coord.) (2021), *Informe Foro Universitario del Futuro. El futuro de la matriz productiva argentina: consensos y nuevas perspectivas*, Jefatura de Gabinete de Ministros Argentina
- CEPAL, UNESCO (2020), *La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO (2019), *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT
- CRESPI G., FERNÁNDEZ-ARIAS E., STEIN E. (eds.) (2014), *¿Cómo repensar el desarrollo productivo? Políticas e instituciones sólidas para la transformación económica*, BID
- CHENA P.I. (2016), *Heterogeneidad estructural y distribución del ingreso. El pasaje del estructuralismo latinoamericano al neoestructuralismo*, en *Ciencia y Universidad*, n. 35, pp. 6-30
- ESCRITOS DE DERECHO (2021), *La Segunda Carta de Derechos de Franklin Delano Roosevelt*, en www.esritosdederecho.net, 24 noviembre
- ESPEJO A. (2022), *Informalidad laboral en América Latina. Propuesta metodológica para su identificación a nivel subnacional*, Documento de Proyectos CEPAL
- GALINDO A., NUGUER V. (coords.), *Preparar el terreno macroeconómico para un crecimiento renovado. Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2023*, BID, 2023
- GOMES D., IACHAN F., RUHE A.P., SANTOS C. (2023), *Monetary policy and labor markets in a developing economy*, IFM, IDB
- GONZÁLEZ MATA E.A., LÓPEZ CABRERA J.A., CABRAL TORRES R. (2022), *Relación entre productividad laboral y remuneraciones. Un análisis de proximidad espacial a nivel estatal en la industria manufacturera en México, 2004, 2009, 2014 y 2019*, Estudios y Perspectivas CEPAL México, n. 197

- KLEIN B.W., RONES P.L. (1989), *A profile of the working poor*, en *Monthly Labor Review*, vol. 112, n. 10, pp. 3-13
- 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
- MARIO A., GARCÍA A. (2013), *Informalidad laboral, pobreza y regiones. Un análisis desde la coyuntura argentina*, en *Revista de Estudios Regionales y Mercado de Trabajo*, n. 9, pp. 107-125
- MARTÍNEZ D., INFANTE R. (2019), *La informalidad en la visión de la OIT: evolución y perspectivas para América Latina*, en www.ilo.org, 22 noviembre
- MAURIZIO R. (2021), *Empleo e informalidad en América Latina y el Caribe: una recuperación insuficiente y desigual*, Nota Técnica OIT
- MERCADANTE A. (2019), *Educação e capacitação técnica e profissional no Brasil*, Documento de Proyectos CEPAL
- MUÑIZ TERRA L. (2009), *Nuevos y viejos escenarios en el mundo laboral latinoamericano. Distintas miradas para su estudio*, en J.C. NEFFA, E. DE LA GARZA TOLEDO, L. MUÑIZ TERRA (comps.), *Trabajo, empleo, calificaciones profesionales, relaciones de trabajo e identidades laborales*, CLACSO
- NEFFA J.C. (2016), *Hoy más que nunca es necesario formular e implementar políticas de empleo de calidad*, en *Voces en el Fénix*, n. 52, pp. 104-115
- OIT (2023), *Informalidad y pobreza laboral lastran a mercados de trabajo en América Latina y el Caribe*, en www.ilo.org, 7 febrero
- OIT (2023), *Panorama Laboral 2022. América Latina y el Caribe*
- OIT (2023), *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2023. Resumen Ejecutivo*
- OIT (2022), *Jornadas de Análisis de Mercado de Trabajo, Políticas de Formalización y Transición Justa*, 5-7 diciembre
- OIT (2015), *KILM 16. Productividad laboral*, en OIT, *Indicadores Clave del Mercado de Trabajo. Novena edición*
- OIT (2004), *Panorama Laboral 2004. América Latina y el Caribe*
- OIT, CINTERFOR (2017), *El futuro de la formación profesional en América Latina y el Caribe. Diagnóstico y lineamientos para su fortalecimiento*
- PELIZA E., SARDEGNA P.C., (2023), *Formación profesional y educación para nuevas competencias como política pública en América Latina*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, pp. 361-377

- PERRY G.E., MALONEY W.F., ARIAS O.S., FAJNZYLBER P., MASON A.D., SAAVEDRA-CHANDUVI J. (2007), *Informalidad: escape y exclusión. Resumen Ejecutivo*, Banco Mundial
- PONTHIEUX S. (2004), *Les travailleurs pauvres: identification d'une catégorie sociétée*, en *Travail, Genre et Sociétés*, n. 11, pp. 93-107
- POY S. (2020), *Heterogeneidad laboral y procesos de empobrecimiento de los hogares en Argentina (2003-2017)*, en *Problemas del Desarrollo*, n. 201, pp. 3-28
- PREALC (1974), *La política de empleo en América Latina: lecciones de la experiencia de PREALC*, en *El Trimestre Económico*, n. 164, pp. 917-936
- PREBISCH R. (1949), *El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas*, CEPAL
- SALAZAR-XIRINACHS J.M., CHACALTANA J. (2018), *La informalidad en América Latina y el Caribe: ¿por qué persiste y cómo superarla?*, en J.M. SALAZAR-XIRINACHS, J. CHACALTANA (eds.), *Políticas de formalización en América Latina. Avances y desafíos*, OIT
- SALAZAR-XIRINACHS J.M., CHACALTANA J. (eds.) (2018), *Políticas de formalización en América Latina. Avances y desafíos*, OIT
- SMECK S., OVIEDO M., FISZBEIN A. (2020), *Educación dual en América Latina. Desafíos y oportunidades*, Diálogo Interamericano
- SOUZA P., TOKMAN V. (1978). *Distribución del ingreso, pobreza y empleo en áreas urbanas*, en *El Trimestre Económico*, n. 179, pp. 737-766
- U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS (2024), *Earnings (CPS)*, entrada *Working poor*, en www.bls.gov, 25 enero
- VASCONCELOS J., GUTIÉRREZ M. (2023), *La inflación lastima, lo que mata es el balance de pagos*, en www.ieral.org, 6 abril

Revistas

[*Trabajo y Sociedad*, 2017, n. 29](#)

La medición multidimensional de la pobreza y las políticas públicas de empleo: la experiencia latinoamericana y una propuesta de IPM laboral para el Perú

Alexandra ORTIZ PÉREZ*

RESUMEN: El presente artículo examina la relación que existe entre la medición multidimensional de la pobreza como herramienta de medición integral de la pobreza y las políticas públicas de empleo. Además, se propone el diseño de un índice de pobreza multidimensional laboral para el caso peruano.

Palabras clave: Trabajo, empleo, pobreza, políticas públicas, relaciones laborales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La medición de la pobreza. 3. La pobreza multidimensional laboral. 4. La relación entre el IPM y las políticas públicas de empleo. 4.1. El IPM como herramienta de diseño de las políticas de empleo. 4.2. El IPM como herramienta de evaluación de las políticas de empleo. 5. La experiencia latinoamericana en la medición multidimensional de la pobreza y su uso en políticas de empleo. 6. La medición de la pobreza y la pobreza laboral en el Perú. 6.1. La medición de la pobreza en el Perú. 6.2. La pobreza laboral en el Perú: propuesta de IPM Laboral. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Abogada; Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales, Pontificia Universidad Católica del Perú; Miembro de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas.

The Multidimensional Measurement of Poverty and Public Policies on Employment: the Latin American Experience and a Labour MPI Proposal for Peru

ABSTRACT: This article examines the relationship that exists between the multidimensional measurement of poverty as a comprehensive poverty measurement tool and the public policies on employment. Furthermore, it proposes the design of an employment multidimensional labour poverty index for the Peruvian case.

Key Words: Work, employment, poverty, public policies, labour relations.

1. Introducción

La pobreza es un fenómeno complejo que comprende aspectos relacionados con las condiciones de vida que vulneran la dignidad de las personas, limitan sus derechos y libertades fundamentales, impiden la satisfacción de sus necesidades básicas e imposibilitan su plena integración social¹. Como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en contextos de pobreza las violaciones a los derechos humanos se van sumando y cada una de ellas incide en forma negativa sobre las otras, causando un círculo vicioso de situaciones interrelacionadas sobre la base de la discriminación multisectorial, con gravísimas consecuencias en la dignidad de las personas².

La teoría neoclásica limita la pobreza al espacio unidimensional de los recursos que una persona posee, recursos medidos típicamente por el ingreso y el consumo, de ahí que la pobreza bajo este enfoque sea entendida como la carencia de los recursos monetarios suficientes para obtener un ingreso o un consumo mínimo. Cuestionando la teoría económica neoclásica, autores como Amartya Sen, premio Nobel de Economía 1998, introducen un enfoque de capacidades que libera el análisis del bienestar y la desigualdad al confinamiento del ingreso o de la posesión de bienes.

El índice de pobreza multidimensional (IPM) es un indicador que permite medir la pobreza en un país de manera más integral que simplemente mirando la cantidad de ingresos que tienen los hogares. La medición de la pobreza multidimensional va más allá de la falta de ingresos y pone su foco en privaciones en múltiples áreas de la vida que pueden contribuir a la pobreza, como la falta de acceso a servicios básicos de salud, educación y vivienda.

En el caso de las personas empleadas que viven en la pobreza, también conocidas como trabajadores pobres, los datos sobre su situación laboral pueden proporcionar información valiosa sobre los factores que instigan la pobreza. En el caso de los empleados, estos factores están vinculados a los bajos ingresos y, en términos más generales, las condiciones de trabajo inadecuadas; por otro lado, en el caso de los desempleados o de las personas pobres fuera de la fuerza laboral, la pobreza puede deberse a la falta de oportunidades de empleo y a una protección social insuficiente³.

Sobre la base de los estudios teóricos, podemos identificar que el impacto del IPM sobre las políticas públicas de empleo es significativo. La

¹ CONEVAL, *Medición de pobreza 2022*, 2023.

² CIDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, 2017.

³ R. GAMMARANO, *The working poor or how a job is no guarantee of decent living conditions*, ILOSTAT Spotlight on Work Statistics, 2019, n. 6.

medición de la pobreza multidimensional puede ayudar a identificar cuáles son los grupos de la población que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y que enfrentan barreras adicionales para encontrar empleo, como la falta de educación, la discriminación o la falta de acceso a servicios de salud.

Una vez identificados estos grupos, las políticas públicas de empleo pueden ser diseñadas de manera más específica para atender sus necesidades. Por ejemplo, si se identifica que una población en particular tiene una baja tasa de escolaridad, se podrían diseñar programas de capacitación laboral que les permitan adquirir las habilidades necesarias para acceder a mejores trabajos. En un segundo momento, el IPM puede ayudar a evaluar el impacto de las políticas públicas de empleo y medir la calidad del empleo. Si bien el empleo puede ayudar a reducir la pobreza, no todos los trabajos son iguales. Por ejemplo, un trabajo mal remunerado, sin protección social o, en general, precario, no necesariamente mejorará la calidad de vida de una persona.

En varios países latinoamericanos, como Colombia, México, Ecuador, Bolivia y Chile, el IPM ha sido utilizado para identificar grupos vulnerables y diseñar políticas de empleo, así como para hacer un monitoreo del impacto de las políticas en la reducción de la pobreza. En el caso peruano, si bien se ha utilizado el IPM como referencia en ciertas entidades y organizaciones, no se ha utilizado aún de manera oficial para el diseño o monitoreo de políticas públicas de empleo.

Teniendo en cuenta los aspectos teóricos revisados y las experiencias latinoamericanas, en el presente artículo se propone un modelo de medición de la pobreza multidimensional en el ámbito laboral basado en criterios como el acceso al empleo formal, la estabilidad laboral, el acceso a prestaciones de seguridad social, seguridad y condiciones de trabajo, derechos colectivos, entre otros, los que permitirían proporcionar una imagen más precisa de la situación de una población en relación con el mercado laboral en el que se desenvuelve.

2. La medición de la pobreza

La medición de la pobreza se hace tradicionalmente de forma directa e indirecta, siguiendo la clasificación de Amartya Sen. El método directo evalúa los resultados de satisfacción (o no privación) que tiene un individuo respecto a ciertas características que se consideran vitales como salud, educación, empleo, entre otras; mientras que la medición indirecta evalúa la capacidad de adquisición de bienes y servicios que tienen los hogares.

También podemos identificar una medición directa de la pobreza en términos absolutos o relativos. La pobreza absoluta se refiere a la condición de falta extrema de recursos básicos y necesidades humanas, como alimentos suficientes, vivienda adecuada y acceso a servicios de salud y educación. Es medida en términos monetarios, por lo que una persona se considera en pobreza absoluta si su ingreso está por debajo de un umbral predefinido. A los efectos de la comparabilidad internacional de los estudios sobre pobreza, el estándar absoluto del umbral de pobreza internacional es de US\$ 1,90 por persona al día; esto significa que, bajo este criterio, los individuos se consideran pobres si viven en un hogar con un consumo o ingreso diario per cápita menor a US\$ 1,90⁴.

Por su parte, la pobreza relativa se refiere a la situación en la que una persona o grupo se encuentra en desventaja económica o social en comparación con el resto de la sociedad. No se basa en un umbral fijo de ingresos, sino en la comparación de los ingresos y el nivel de vida con la población en general. Un ejemplo de pobreza relativa sería aplicar un umbral del 60% del ingreso medio.

En ambos casos, la situación de pobreza es identificada sobre la base de criterios monetarios, específicamente sobre el nivel de ingresos de la persona, ya sea que se encuentre debajo de un umbral establecido de manera absoluta o en relación con la población en general.

La crítica al enfoque monetarista de la medición de la pobreza motivó a realizar algunas aproximaciones multidimensionales de la pobreza. Como detallan Castillo Añazco y Jácome Pérez⁵, uno de los primeros esfuerzos fue el método de la pobreza por Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) introducido en 1981 por Paul Streeten e implementada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Posteriormente, Ruben Kaztman en 1989 añade la pobreza monetaria como complemento al NBI para generar una nueva tipología. Desde 1990, el Reporte de Desarrollo Humano incluye el Índice de Desarrollo Humano (IDH) ideado por Mahbub ul Haq, en función del enfoque de capacidades de Amartya Sen que agrupa tres dimensiones de bienestar (salud, educación y nivel de vida).

Luego, en el 2010, con motivo del 20º aniversario de la publicación del Informe de Desarrollo Humano aparece un nuevo indicador, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) con la colaboración del Oxford Poverty and Human Development Initiative

⁴ *Idem.*

⁵ R. CASTILLO AÑAZCO, F. JÁCOME PÉREZ, *Medición de la Pobreza Multidimensional en Ecuador*, INEC, 2016.

(OPHI). Se trata del IPM, método desarrollado por Sabine Alkire y James Foster en el 2007, que se convierte en la práctica estadística más utilizada para medir pobreza multidimensional a nivel mundial.

En contraposición a las concepciones tradicionales de medición de la pobreza, el enfoque del IPM va más allá de la medición de la pobreza en términos de ingresos u otros indicadores monetarios. La pobreza multidimensional considera diferentes aspectos de la privación, como la falta de acceso a servicios básicos de salud, educación, vivienda adecuada, agua potable, saneamiento y nutrición. Esta definición amplía la comprensión de la pobreza para abordar las múltiples dimensiones en las que las personas pueden experimentar privaciones.

El IPM desarrollado por Alkire y Foster contribuye en 2 aspectos importantes la medición de la pobreza: la identificación de quienes son pobres y la agregación en un índice de pobreza. Por el lado de la identificación, esta metodología utiliza una línea de corte dual donde se determina, por un lado, si una persona sufre privaciones en cada dimensión evaluada y, por otro, si es pobre en función a la cantidad de dimensiones en las cuales sufre privaciones. El índice de pobreza multidimensional como tal se construye a través de la cuantificación de la incidencia y la intensidad de la pobreza⁶.

El enfoque multidimensional de la pobreza forma parte de los 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, que en su ODS 1 establece «poner fin a la pobreza en todas sus formas y dimensiones al 2030».

3. La pobreza multidimensional laboral

Para el año 2018, según datos de la OIT, el 8% de los trabajadores del mundo vivían en pobreza extrema a pesar de tener un trabajo⁷. Para que el empleo cumpla un verdadero papel y logre sacar a las personas de la pobreza, tiene que ser de buena calidad; solo los empleos decentes, que proporcionen a los trabajadores ingresos adecuados, tiempo de trabajo suficiente (pero no excesivo), cobertura de protección social, seguridad laboral y un entorno de trabajo seguro pueden contribuir a lograr el desarrollo sostenible y, en particular, la eliminación de la pobreza.

Una de las ventajas de la metodología de medición multidimensional

⁶ N. ARROBO CEDEÑO, C. ZAMORA BOZA, *Índice de pobreza multidimensional (IPM): la importancia de un nuevo enfoque de la pobreza en Ecuador*, en *OIDLES*, 2017, n. 22.

⁷ *Vid.* R. GAMMARANO, *op. cit.*

radica en su descomponibilidad, la cual permite focalizar cuáles son los aspectos que determinan la pobreza de una persona y conocer si una persona es pobre, por qué lo es y qué tanto lo es. En el ámbito del empleo, se puede ser más o menos pobre multidimensional dependiendo de tener o no tener trabajo y del tipo de trabajo que se tiene⁸.

La medición de la pobreza multidimensional laboral es un enfoque que busca cuantificar la privación de las capacidades básicas de las personas en el ámbito laboral. Este enfoque se basa en la idea, previamente desarrollada, de que la pobreza de una persona que trabaja no solo se refiere a la falta de ingresos, sino también a la falta de oportunidades laborales, la calidad del empleo y el acceso a la protección social.

En su nivel básico, la relación entre pobreza y empleo radica en la medida en que los ingresos generados a partir del empleo permiten a los trabajadores y sus familias obtener los bienes y servicios necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. En los países en desarrollo, la pobreza está vinculada principalmente a la infrautilización de trabajo, ya sea en forma de desempleo abierto o subempleo masivo; al acceso irregular al empleo y en desigualdad de oportunidades; y a condiciones de trabajo precarias, ya que los pobres accederán a cualquier actividad económica disponible, independientemente del salario y las condiciones de trabajo.

El impacto del empleo informal sobre la pobreza y su perpetuación es especialmente relevante; el empleo informal a menudo carece de seguridad laboral, protección social y acceso a beneficios, lo que dificulta que las personas escapen de la pobreza. Según las evidencias, una mayor proporción de empleo informal en el sector no agrícola está asociada con mayores niveles de pobreza multidimensional⁹.

La OIT ha tenido un rol importante en la introducción de un nuevo modelo de medición de la pobreza en el contexto del trabajo. Lejos de limitar el concepto de pobreza a uno medido en términos de ingresos y consumo, la OIT ha considerado la pobreza como un fenómeno con múltiples dimensiones que incluyen la inseguridad económica y la discriminación social.

La medición de la pobreza multidimensional laboral se realiza a partir de diferentes dimensiones e indicadores. Las dimensiones clave que suelen considerarse en este tipo de medición son los niveles de ingresos, las condiciones de trabajo, la inclusión laboral, el acceso a prestaciones de seguridad social, entre otros.

⁸ S. ESCÓBAR DE PABÓN, W. ARTEAGA AGUILAR, G. HURTADO APONTE, *Desigualdades y pobreza en Bolivia: Una perspectiva multidimensional*, CEDLA, 2019.

⁹ *Vid.* PNUD, OPHI, *Trazar caminos para salir de la pobreza multidimensional: Lograr los ODS*, 2020.

Por su parte, los indicadores se utilizan para calcular un índice que mide el grado de privación que sufre una persona en el ámbito laboral dentro de cada dimensión. Este índice se utiliza para identificar a las personas que están en situación de pobreza multidimensional laboral y para diseñar y evaluar el impacto de las políticas públicas de empleo en la reducción de esta forma de pobreza.

La medición de la pobreza multidimensional laboral tiene una serie de beneficios. Como ya hemos anotado al referirnos al IPM de ámbito general, un IPM laboral proporciona una visión más completa de la pobreza laboral y permite identificar a las personas que están en situación de pobreza laboral. Este enfoque además permite identificar las causas y los factores que contribuyen a la pobreza que sufren los trabajadores.

Como toda herramienta, la medición de la pobreza multidimensional laboral también tiene limitaciones. En países con altos niveles de informalidad, existe una importante dificultad en la recopilación de los datos. Incluso cuando la recopilación es posible, los resultados de la medición pueden ser difíciles de interpretar, ya que dependen de la selección de indicadores y de los pesos asignados a cada dimensión.

4. La relación entre el IPM y las políticas públicas de empleo

Comprender los déficits en los niveles de bienestar de la población es la base para la formulación de políticas orientadas al logro del desarrollo¹⁰. La propuesta de utilizar una medición multidimensional de la pobreza en la formulación de las políticas públicas tiene múltiples razones¹¹:

- las mediciones monetarias tradicionales pueden pasar por alto muchas cosas; diversos estudios han puesto en evidencia que no todos los individuos pobres en ingresos son pobres multidimensionales y que no todos los individuos pobres multidimensionales son pobres en ingresos. En Europa en 2020, mientras 20% de la población sufre persistentemente carencias materiales, solo el 10% califica como pobre por razón de ingresos¹². No se trata de dejar de lado la medición monetaria de la pobreza; agregar la medición multidimensional permite que las políticas aborden las diversas privaciones que enfrentan las poblaciones

¹⁰ R.M. SÁNCHEZ TORRES, L.D. MANZANO MURILLO, L.A. MATURANA CIFUENTES, *Informalidad laboral, pobreza monetaria y multidimensional en Bogotá y el Área Metropolitana*, en *Problemas del Desarrollo*, 2022, n. 208.

¹¹ OPHI, *Policy – A Multidimensional Approach*, en ophi.org.uk, 19 junio 2023.

¹² S. ALKIRE, *La Medición Multidimensional de la Pobreza*, OPHI, 2015.

- pobres;
- el crecimiento económico no siempre reduce la pobreza o las privaciones. Varios estudios han encontrado que el crecimiento económico no está fuertemente asociado con una reducción de otras privaciones, como la desnutrición o la mortalidad infantil;
- las personas pobres describen su experiencia de la pobreza traducida en mala salud, desnutrición, falta de saneamiento adecuado y agua potable, exclusión social, baja educación, malas condiciones de vivienda, violencia, informalidad laboral, limitado acceso a la seguridad social, falta de empleo decente y mucho más. Es decir, viven una situación de pobreza que abarca diversas dimensiones de sus vidas, no solamente restricciones monetarias;
- cuanto más información relevante para las políticas esté disponible sobre la pobreza, mejor preparados estarán los gobiernos y autoridades para implementar políticas que permitan reducirla. Por ejemplo, una zona en la que la mayoría de la gente sufre privaciones en materia nutricional requiere una estrategia de reducción de la pobreza diferente a la de una zona en la que la mayoría de las personas padecen privaciones en materia de seguridad;
- el uso de mediciones multidimensionales de la pobreza otorga más oportunidades de coordinar intervenciones multisectoriales y entre varios niveles de gobierno, guiar de manera más eficiente la asignación de recursos y coordinar acciones con otros actores sociales como organismos no gubernamentales, sector privado y otros *stakeholders*.

En políticas públicas, los IPM son complementarios (y no sustitutos) de otras medidas como los índices de pobreza monetaria, desigualdad, progreso o desarrollo humano. Algunos países tienen más de un IPM, ya sea porque tienen una medida nacional y otra local o porque cuentan con un IPM para un grupo poblacional específico, como es el caso de Panamá que tienen un IPM dedicado a la niñez y la adolescencia, además de su IPM nacional.

De manera más específica, la medición multidimensional de la pobreza, tanto en su modalidad general como su modalidad específica en el ámbito laboral, puede ser una herramienta potente con 2 usos importantes en materia de políticas públicas de empleo.

4.1. El IPM como herramienta de diseño de las políticas de empleo

Para erradicar la pobreza extrema en el mundo es necesario abordar

sus causas profundas, para lo cual primero es necesario identificarlas, por lo que la información sobre las características de la población que vive en pobreza es fundamental¹³. Generalmente, los trabajadores pobres se encuentran concentrados en aquellos segmentos del mercado laboral en los que el acceso al empleo es más fácil, pero donde los beneficios laborales no están garantizados y el empleo está desprotegido.

Los datos de la OIT sobre la proporción de personas ocupadas que son pobres, también conocida como tasa de trabajadores pobres, transmiten información sobre el vínculo entre empleo y pobreza. El empleo debería ser un vector para sacar a las personas de la pobreza, pero esto sólo es cierto si la calidad del empleo es suficiente, incluidos ingresos adecuados, seguridad laboral y condiciones seguras de trabajo.

La OIT ha destacado en múltiples ocasiones el rol del trabajo remunerado para avanzar en la superación de la situación de pobreza y contribuir hacia un mayor crecimiento y desarrollo humano de los países¹⁴; por ende, maximizar el potencial de generación de empleo del crecimiento económico se considera una forma más eficaz de lucha contra la pobreza. Esto se logra, principalmente, mediante la reforma de las políticas sectoriales y la creación de las condiciones para empleo y generación de ingresos de los pobres en los sectores rural y urbano. El uso de una medición multidimensional de la pobreza permite que esas políticas sectoriales atiendan las particulares condiciones de cada población y que el énfasis esté en la reducción de las diversas privaciones que pueden estar sufriendo.

Aunque parezca obvio, las políticas públicas no deberían promocionar la creación de cualquier tipo de empleo. La relación entre empleo y pobreza depende en gran medida del grado en que se garantice el trabajo decente en el mercado laboral¹⁵. La reducción de la pobreza exige la creación de empleos de buena calidad que garanticen el trabajo decente, lo que implica brindar condiciones para la mejora de los ingresos, de las condiciones de trabajo, del acceso al empleo y la protección de los sectores vulnerables de la población activa.

De modo similar al trabajo decente, otro de los ejes claves para la erradicación de la pobreza es la promoción del empleo productivo y sostenible. Este también ha sido un punto central en la acción de la OIT contra la pobreza; en la concepción de este organismo, el empleo productivo no es únicamente un medio para obtener ingresos y garantizar

¹³ Vid. R. GAMMARANO, *op. cit.*

¹⁴ OIT, *Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo*, 2009.

¹⁵ Vid. R. GAMMARANO, *op. cit.*

medios de subsistencia, sino que es un derecho básico que, además, en sí mismo es necesario para la dignidad y constituye un elemento esencial para el reconocimiento y la inclusión social.

La medición multidimensional de la pobreza facilita que las políticas de empleo focalicen eficientemente los (muchas veces escasos) recursos de los que disponen los gobiernos. Las políticas de empleo pueden enfocarse no solamente en la promoción del empleo decente, sino que pueden optimizar la asignación de recursos para atender otro tipo de privaciones y así maximizar el impacto de las intervenciones. Por ejemplo, si una comunidad específica enfrenta altos niveles de pobreza multidimensional debido no solo a la falta de empleo sino también a una vivienda precaria y acceso limitado a servicios básicos, las políticas de empleo pueden dirigirse específicamente a esa comunidad proporcionando capacitación laboral y oportunidades de empleo decente en proyectos de mejora de la infraestructura local.

En resumen, la medición multidimensional de la pobreza enriquece la comprensión de la pobreza al considerar las diversas dimensiones de privaciones que sufre un determinado grupo humano, lo que a su vez permite diseñar políticas de empleo más efectivas y enfocadas en tales privaciones.

4.2. El IPM como herramienta de evaluación de las políticas de empleo

La medición multidimensional de la pobreza puede también ser utilizada como una herramienta de evaluación de las políticas de empleo y de medición de su impacto en un determinado contexto¹⁶.

Al considerar una variedad de dimensiones adicionales al criterio monetario, como la salud, la educación, la vivienda, nutrición y acceso a servicios básicos, un IPM permite una evaluación más completa de cómo las políticas de empleo afectan la vida de las personas. Al permitir también la medición de las múltiples dimensiones de la pobreza, es posible evaluar si una política de empleo no solo ayuda a aumentar los ingresos de los beneficiarios, sino también si mejora su acceso a servicios de salud o educación o si les brinda viviendas más adecuadas. Esto ayuda a los formuladores de políticas a comprender mejor el impacto general de sus intervenciones y a ajustarlas en consecuencia.

¹⁶ PNUD, *Sistematización de experiencias de implementación de IPM nacionales en América Latina y el Caribe*, 2022.

Por otro lado, la medición multidimensional de la pobreza permite identificar desigualdades y brechas en el acceso a oportunidades de empleo y en los resultados para diferentes grupos de la población. Puede revelar si ciertos grupos, como mujeres, minorías étnicas o personas con discapacidad, experimentan desventajas específicas en el mercado laboral a pesar de las políticas de empleo. Esto es esencial para diseñar políticas más equitativas que aborden las disparidades y promuevan la inclusión social y económica.

Asimismo, al evaluar la pobreza desde múltiples perspectivas, un IPM puede proporcionar información valiosa sobre las áreas en las que las políticas de empleo pueden estar fallando o teniendo éxito. Si, por ejemplo, se observa que, a pesar de un aumento en el empleo, el estado de salud de las personas empeora, esto puede indicar la necesidad de ajustar las políticas para abordar problemas de salud relacionados con el trabajo, como condiciones laborales inseguras o falta de acceso a atención médica en las localidades, e incluso para abordar problemas de falta de inspección en los lugares de trabajo. Esta retroalimentación constante ayuda a las autoridades a adaptar y mejorar sus políticas de empleo en función de resultados medibles y no solo de indicadores económicos.

Con una herramienta multidimensional, es posible evaluar el impacto de las políticas de empleo desde una perspectiva más completa y equitativa, identificando desigualdades y áreas de mejora centradas en las diversas privaciones que impiden a la población alcanzar mayores niveles de bienestar.

5. La experiencia latinoamericana en la medición multidimensional de la pobreza y su uso en políticas de empleo

En América Latina resulta muy común el uso del “método del ingreso” o de las “líneas de la pobreza” (método indirecto) y el de las Necesidades Básicas Insatisfechas (método directo) para la identificación empírica de la pobreza. La aplicación de estas metodologías demuestra que en la región las desigualdades son marcadas y que existe una distribución inequitativa del ingreso, que hace que se acumule la renta en determinados sectores de la sociedad, situación que se acentúa por el escaso desarrollo y problemas estructurales de índole económica, política y social que presenta la región.

La medición multidimensional de la pobreza, con la variedad de dimensiones e indicadores que puede utilizar, viene siendo utilizado por muchos países como herramienta para mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas en relación con su situación de privación

específica. Esto ha permitido a los formuladores de políticas y a los investigadores en Latinoamérica comprender mejor los desafíos a los que se enfrentan los trabajadores y diseñar políticas y programas que aborden no solo la pobreza de ingresos, sino también las múltiples dimensiones de la pobreza laboral.

En Colombia, la metodología para el cálculo de la pobreza multidimensional fue diseñada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), usando como base la metodología de Alkire y Foster. El IPM colombiano está compuesto por 5 dimensiones: 1) condiciones educativas del hogar; 2) condiciones de la niñez y juventud; 3) salud; 4) trabajo; 5) acceso a servicios públicos domiciliarios y condiciones de la vivienda. A su vez, estas dimensiones abarcan 15 indicadores¹⁷.

El IPM se viene utilizando para evaluar, entre otros, la contribución de una determinada privación a la pobreza multidimensional. En 2022, del total nacional, la dimensión que tuvo mayor contribución a la pobreza multidimensional fue educación (35%), seguida de la dimensión trabajo (29,7%). Asimismo, Colombia utiliza el IPM en la labor de alcanzar el ODS 1, erradicación de la pobreza en todas sus formas, en todas partes¹⁸.

Durante la pandemia, el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) diseñó una herramienta para orientar la respuesta del gobierno frente al Covid-19, utilizando el IPM Censal y registros administrativos complementarios georreferenciados a nivel de manzana, resultando en mapas multi riesgo que permitió identificar a la población más vulnerable.

México fue el primer país del mundo en contar con una medición oficial multidimensional de la pobreza, incluyendo varias dimensiones además de la insuficiencia de recursos económicos en la focalización de la política social¹⁹. Los indicadores utilizados son ingresos, rezago educativo, acceso a servicios de salud, acceso a la seguridad social, calidad y espacios de vivienda, servicios básicos en la vivienda, acceso a la alimentación nutritiva y de calidad, grado de cohesión social y grado de accesibilidad a carretera pavimentada.

En el año 2022, el indicador de carencia social que más pobres representó fue el de acceso a la seguridad social, con 64,7% de la población. Este tipo de resultados han sido utilizados, por mandato de la Ley General de Desarrollo Social, para el diseño de acciones de política pública, como la determinación de las Zonas de Atención Prioritaria; la creación de

¹⁷ DANE, *Pobreza multidimensional en Colombia. Año 2022*, Boletín Técnico, 2023.

¹⁸ RED DE POBREZA MULTIDIMENSIONAL, *Colombia*, en www.mppn.org, 26 julio 2017.

¹⁹ CONEVAL, *op. cit.*

programas de desarrollo o sociales focalizados en la reducción de pobreza, como el Programa Sectorial de Bienestar; el estudio sobre los efectos, el cambio en patrones y las causas de los componentes empleados en la medición de la pobreza; y para el seguimiento al resultado de la implementación de las políticas públicas.

A nivel regional, a partir de los resultados de la pobreza multidimensional llevados a cabo por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), el gobierno de Oaxaca diseñó un instrumento de planeación para coordinar acciones y focalizar la política a nivel municipal encaminados a la reducción de la pobreza en todas sus dimensiones²⁰.

En 2014, el gobierno de Ecuador implementó el IPM como una herramienta para identificar y reducir la pobreza multidimensional en el país. Se ha diseñado sobre la base de 15 indicadores distribuidos en 4 dimensiones: 1) educación; 2) trabajo y seguridad social; 3) salud, agua y alimentación; 4) hábitat, vivienda y ambiente sano. En el diseño ecuatoriano, el indicador “desempleo o empleo inadecuado” está acotado a personas de 18 años y más que desean y no pueden acceder a un trabajo (población desocupada) y a las personas que se encuentran ocupadas en condiciones inadecuadas.

Con la data recogida por esta metodología y otros indicadores, el problema de la pobreza ha sido abordado en el país con un enfoque estructural que viene dando resultados. En un estudio del año 2019, se concluyó a través de un análisis de dispersión que existe una correlación negativa entre la inversión pública en salud y el IPM, demostrando que el incremento en el gasto de inversión en el sector salud revela en un 81,93% la variación observada en el IPM²¹.

Asimismo, en el “Plan de Buen Vivir” se han incluido objetivos específicos para la creación de nuevas políticas públicas de reducción de la desigualdad a partir de la métrica más integral de pobreza que provee el IPM²².

El gobierno de Bolivia ha utilizado el IPM desde 2012 como una herramienta para medir y monitorear la pobreza multidimensional en el país y diseñar políticas públicas para reducirla. En 2012, con datos del Instituto Nacional de Estadística, se logró identificar que, si bien el 37% de la población era pobre por ingresos, el 58% era pobre multidimensional. En

²⁰ Vid. PNUD, *op. cit.*

²¹ I. BRAVO PLACERES, C.M. LEÓN SEGURA, *Políticas públicas en el sector salud y niveles de pobreza en Ecuador: análisis de impacto*, en *Unidades Episteme*, 2019, n. 3.

²² P.A. OBACO, J.J. PADILLA, K.K. BANEGAS, J.A. CAMPUZANO, *Lecciones sobre pobreza multidimensional para Colombia y Ecuador*, en *Revista Espacios*, 2019, n. 16.

2017, los pobres por ingresos eran el 34%, mientras que los pobres multidimensionales llegaban al 61%²³.

En particular, se utilizó el IPM para identificar las privaciones que más influyen en la pobreza. La negación de derechos asociados con la dimensión de recursos (tanto monetarios como no monetarios) contribuye con el 45% a la composición del IPM, seguido por la contribución de la dimensión de oportunidades (27%), expresando así que persisten restricciones para el ejercicio de derechos principalmente en el ámbito laboral y social.

En enero de 2015, el gobierno de Chile anunció su nuevo Índice Nacional de Pobreza Multidimensional junto con su nueva medida de pobreza monetaria, con el objetivo de complementar la medición de los ingresos con una metodología multidimensional y así contar con una caracterización socioeconómica nacional más completa de los hogares y sus miembros que ayude a mejorar y orientar la política social. El IPM chileno cuenta con 15 indicadores distribuidos en 5 dimensiones: 1) educación; 2) salud; 3) trabajo y seguridad social; 4) vivienda; 5) redes y cohesión social.

Recientemente se han presentado los resultados de la última Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN) realizada en 2022, la cual entrega una nueva medición de la pobreza multidimensional que no había sido calculada desde 2017, debido a las restricciones sanitarias por el Covid-19. Los resultados de la encuesta han mostrado una reducción en la pobreza multidimensional pasando del 20,3% en 2017 al 16,9% en 2022.

Para el año 2021, se habían implementado al menos 44 programas públicos orientados a población en situación de pobreza multidimensional cubriendo la dimensión “Trabajo, Ingresos y Seguridad Social”, con la finalidad de atender problemáticas como el bajo nivel de competencias, débil institucionalidad laboral, inseguridad social, precariedad del empleo y problemas de inserción al mercado laboral²⁴.

Particularmente para Latinoamérica y el Caribe, el IPM global muestra la gran heterogeneidad que existe entre los países de la región. Para el año 208, desde menos de 5% de pobreza multidimensional en la mayoría de los países del Caribe, 12% en Perú, 20% en Honduras y hasta 48% en Haití, siendo la mortalidad infantil, la nutrición y los años de educación los indicadores que mayor incidencia tienen en la pobreza multidimensional²⁵.

La situación de la región confirma la necesidad de respuestas integrales que tengan la flexibilidad necesaria para adaptarse a cada realidad y alcanzar el bienestar bajo las peculiares características de cada sociedad. Las diversas

²³ Vid. S. ESCÓBAR DE PABÓN, W. ARTEAGA AGUILAR, G. HURTADO APONTE, *op. cit.*

²⁴ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, *Informe de Desarrollo Social 2022*, 2023.

²⁵ L.F. LÓPEZ-CALVA, *Índice de Pobreza Multidimensional: Repensando la medición, mejorando la gobernanza*, en *Dimensiones*, 2019, n. 6, pp. 17-19.

políticas implementadas por los países latinoamericanos haciendo uso de la medición multidimensional de la pobreza ponen en evidencia la utilidad de realizar un ejercicio de prioridades y de fortalecer los sistemas de información nacionales en la reducción de las múltiples dimensiones de la pobreza.

6. La medición de la pobreza y la pobreza laboral en el Perú

6.1. La medición de la pobreza en el Perú

En julio de 2023, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS) publicó el Decreto Supremo 002-2023-MIDIS declarando prioridad nacional la elaboración y aprobación de la medición oficial de la pobreza multidimensional en el Perú, complementaria a la actual medición oficial de la pobreza monetaria, en el marco de la implementación de la Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social (PNDIS) al 2030.

Para diseñar el índice de medición de la pobreza multidimensional, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) deberá tener en cuenta los métodos internacionalmente aceptados, debiendo considerar las dimensiones salud, educación, vivienda, servicios básicos, empleo y previsión social, y conectividad. En el marco de sus funciones y competencias, el INEI tendrá la responsabilidad de medir anualmente la pobreza multidimensional.

Existen algunos antecedentes de la medición multidimensional de la pobreza en el Perú. Para el 2018, el Instituto Peruano de Economía (IPE) estimó que un 21,5% de la población sería pobre multidimensional²⁶, mientras que investigadores de la Pontificia Universidad Católica del Perú ubicaban el IPM nacional en el rango de 26% a 30%²⁷. En la medición que realiza la Sociedad de Comercio Exterior del Perú desde el año 2019, que incluye las dimensiones de acceso a servicios de salud, educación y condiciones de la vivienda, se estimó que en 2022 la pobreza multidimensional afectó a un 35,8% de peruanos a nivel nacional²⁸.

Respecto de estimaciones realizadas por entidades públicas, resalta el estudio del Banco Central de Reserva del Perú que, basándose en 16 indicadores distribuidos en 6 dimensiones, determinó que, para 2020, el

²⁶ IPE, *Un nuevo paradigma de pobreza*, en www.ipe.org.pe, 18 febrero 2020.

²⁷ J. CLAUSEN, N. BARRANTES, *¿Qué nos dice el censo de 2017 sobre la pobreza multidimensional en el Perú?: Ideas para continuar el debate*, en blog.pucp.edu.pe, 24 marzo 2019.

²⁸ J. LUNA, *Pobreza multidimensional: el 35.8% de peruanos no cuenta con al menos un servicio básico*, en www.comexperu.org.pe, 19 mayo 2023.

IPM era de 36,8%, versus la pobreza monetaria de 30,1%²⁹. Se pone en evidencia que la participación de la dimensión “participación económica” en la pobreza multidimensional, que abarca los indicadores de desempleo, empleo precario y baja monetización de los ingresos, es la más alta, con 22,8%. Más aún, concluye que, si se erradicase la privación “empleo precario”, la incidencia de la pobreza multidimensional se reduciría en un 10,4%.

En 2020, en el contexto del II Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, se diseñó un índice de “vulnerabilidad” de las personas, entendida como las necesidades insatisfechas que atentan contra el bienestar de la población desde el punto de vista socioeconómico y multidimensional y que las limita para alcanzar su potencial, yendo más allá de la pobreza monetaria³⁰. Este índice de vulnerabilidad está construido sobre la base de 23 indicadores que muestran de manera multidimensional la carencia de bienes, servicios y recursos económicos, distribuidos en 4 categorías: 1) población infantil; 2) población femenina; 3) población con problemas de acceso a servicios básicos y servicios de salud; 4) población con problemas en educación.

Asimismo, el INEI ha venido presentando otras dimensiones de la pobreza en sus estadísticas, a través del indicador de pobreza por “Necesidades Básicas Insatisfechas”, basado en 5 carencias: 1) personas que residen en viviendas con características físicas inadecuadas; 2) hogares en viviendas en hacinamiento; 3) viviendas sin ningún tipo de servicio higiénico; 4) hogares con niños y niñas de 6 a 12 años de edad que no asisten al colegio; 5) hogares con alta dependencia económica, es decir, cuyo jefe de hogar tiene primaria incompleta (hasta segundo año) y con 4 o más personas por ocupado o sin ningún miembro ocupado.

De esta manera, la medición multidimensional de la pobreza que se ha realizado en el Perú ha tenido limitados alcances; hasta la fecha, la medición oficial de la pobreza se sigue basando en el indicador de pobreza monetaria.

6.2. La pobreza laboral en el Perú: propuesta de IPM laboral

En los estudios de la OIT, las regiones con mayores tasas de pobreza laboral son también las que tienen mayores tasas de informalidad, lo que

²⁹ M. HUARANCCA, L. CASTILLO, *Índice de Pobreza Multidimensional*, Banco Central de Reserva del Perú, 2021.

³⁰ CEPLAN, *Informe Nacional: Perú a mayo 2020. La Protección de la Vida en la Emergencia y Después*, II Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, 2020.

implica que los déficits en la calidad del empleo no se limitan a la insuficiencia de ingresos, sino que también pueden incluir la falta de protección social y seguridad laboral³¹.

En paralelo a los esfuerzos que están desplegando el MIDIS y el INEI por diseñar un IPM nacional oficial, consideramos que es viable e incluso necesario contar con un IPM laboral que proporcione una visión más completa de la pobreza laboral. En un país en el que la tasa de informalidad supera el 70% y donde las normas de protección laboral y de seguridad social no alcanzan a la mayoría de los trabajadores, la medición de la pobreza laboral permitirá identificar la falta de oportunidades laborales, la calidad del empleo, el acceso a la protección social y otras brechas.

Esta medición permitiría también identificar los factores que contribuyen a la pobreza laboral, a fin de que los gobiernos, tanto nacional como regionales, diseñen políticas públicas más efectivas. Por ejemplo, si la pobreza laboral en una determinada región está relacionada con la falta de educación, se pueden diseñar políticas públicas que se centren en mejorar el acceso a la educación y la infraestructura educativa en favor de las personas en situación de pobreza. Del mismo modo, un IPM permite evaluar el impacto de las políticas públicas de empleo en la reducción de la pobreza laboral de manera más eficiente.

Inclusive, los empleadores pueden utilizar la medición de la pobreza multidimensional laboral para identificar a los trabajadores que están en situación de mayor riesgo para diseñar políticas laborales y de responsabilidad social corporativa que se ajusten a esa realidad. Así también, los trabajadores y las organizaciones sindicales pueden utilizar un IPM laboral para comprender mejor la realidad laboral y social y enriquecer sus estrategias de negociación.

En las líneas siguientes se detalla la propuesta de elaboración de un IPM laboral para el caso peruano, siguiendo las pautas generales del diseño de un IPM.

Unidad de análisis y fuentes de información

Si bien la unidad de análisis para la mayoría de los IPM nacionales es el hogar, un IPM laboral se calcularía, por su propia naturaleza, a nivel individual.

La medición del índice de pobreza laboral multidimensional se puede realizar a través de datos estadísticos sobre el mercado laboral y el nivel de vida de los trabajadores recogidos de manera regular por el INEI. De

³¹ R. GAMMARANO, *op. cit.*

manera complementaria, se pueden realizar encuestas a los trabajadores y a los empleadores, para evaluar las condiciones laborales y las prestaciones otorgadas, de modo similar al IPM Empresarial implementado en Costa Rica.

Método de ponderación

Como en la mayoría de los IPM nacionales, se asignaría el mismo peso a cada una de las dimensiones y el mismo peso a cada indicador dentro de cada dimensión (método de pesos anidados).

Punto de corte k

El punto de corte que define quién es pobre multidimensional y varía entre los IPM nacionales en América Latina y el Caribe, aunque en promedio se acerca al 30%, es decir, los IPM nacionales en consideran pobres multidimensionales a aquellos hogares que enfrentan carencias en 30% de los indicadores³². Para un IPM laboral, el punto de corte puede ubicarse en, al menos, 1/3 del total de indicadores.

Métricas

La aplicación del punto de corte k arrojará como resultado la tasa de pobreza multidimensional laboral, es decir, cuántas personas están en situación de pobreza multidimensional laboral. A este resultado se le debe aplicar un factor de intensidad de la pobreza que permita identificar la proporción de privaciones que sufren las personas pobres en promedio, lo que arrojará como resultado el IPM laboral.

Dimensiones e indicadores

Empleo formal

La capacidad de una persona para acceder a oportunidades de trabajo dentro del mercado formal es un factor importante para la salida de una situación de pobreza. Las personas que enfrentan barreras para acceder al mercado laboral, como la discriminación o la falta de educación y habilidades, pueden tener más dificultades para salir de la pobreza; asimismo, la falta de estabilidad laboral puede generar incertidumbre e inseguridad económica.

³² PNUD, *op. cit.*

Los indicadores que puede contemplar esta dimensión serían: 1) el régimen adecuado de contratación laboral; 2) el acceso a los beneficios laborales mínimos del régimen; 3) estabilidad laboral.

Salario justo

El salario es una de las principales fuentes de ingresos para los trabajadores, por lo que el índice de pobreza laboral multidimensional debe incluir la medición de los salarios justos, es decir, aquel salario que permite al trabajador satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, como alimentación, vivienda, educación y salud.

Los indicadores que puede contemplar esta dimensión serían: 1) otorgamiento del salario mínimo vital; 2) cumplimiento del principio de igual salario por trabajo de igual valor.

Condiciones seguras de trabajo

La seguridad laboral implica un ambiente de trabajo libre de riesgos y peligros para la salud y la vida del trabajador. Las condiciones laborales adecuadas incluyen el ambiente de trabajo, las herramientas y equipos necesarios para realizar el trabajo, y el acceso a instalaciones sanitarias y de seguridad. Las condiciones laborales pueden ser un factor importante en la medición de la pobreza laboral, ya que las personas que trabajan en condiciones peligrosas o insalubres pueden enfrentar mayores riesgos de enfermedad o lesiones y pueden tener menos oportunidades para mejorar su situación económica.

Los indicadores que puede contemplar esta dimensión serían: 1) número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; 2) número de acciones correctivas implementadas; 3) número de capacitaciones realizadas.

Educación y capacitación

El nivel de educación de una persona puede ser un factor importante en la medición de la pobreza laboral. Las personas con niveles más bajos de educación pueden tener menos oportunidades de empleo y pueden ganar salarios más bajos, lo que aumenta el riesgo de caer en la pobreza. En paralelo, la capacitación es importante para el crecimiento personal y profesional del trabajador, lo que a su vez puede aumentar sus ingresos y mejorar su calidad de vida.

Los indicadores que puede contemplar esta dimensión serían: 1) educación formal completa; 2) número de acciones de formación brindadas por el empleador.

Acceso a la seguridad social

La falta de acceso a las prestaciones de seguridad social es un factor importante en la medición de la pobreza laboral. Las personas que no tienen acceso a estos beneficios pueden enfrentar mayores riesgos de caer en la pobreza.

Los indicadores que puede contemplar esta dimensión serían: 1) acceso a prestaciones de salud; 2) acceso a prestaciones de jubilación; 3) acceso a prestaciones de desempleo.

El trabajo decente es a la vez un medio y un fin: lograr un trabajo decente para todos los hombres y mujeres es un objetivo en sí mismo, pero este objetivo también puede actuar como un instrumento para lograr muchos aspectos del desarrollo sostenible, incluida la erradicación de la pobreza en el mundo³³. Lograr entender la pobreza, cómo se perpetua y como el hecho de trabajar no permite a todas las personas salir de la pobreza resulta clave para formular mejores políticas y, en ese contexto, una medición multidimensional de la pobreza laboral puede ser de suma utilidad para todos los actores sociales.

7. Conclusiones

El mundo ha logrado avances notables durante las últimas décadas en la reducción de la pobreza de los trabajadores y las mejoras son notables en todas las regiones. No obstante, el progreso se ha desacelerado en los últimos años, más aún a raíz de la pandemia del Covid-19, lo que indica la necesidad de renovar los esfuerzos para garantizar que todos los trabajadores en todo el mundo puedan asegurar condiciones de vida dignas para ellos y sus familias.

Se necesitan políticas sólidas y efectivas del mercado laboral para salvaguardar la naturaleza positiva del vínculo entre empleo y reducción de la pobreza. La propuesta oficial de medición de pobreza multidimensional para el caso peruano que vienen trabajando el MIDIS y el INEI debe obedecer a los objetivos de la política pública que se quiera implementar, priorizando a ciertos grupos poblacionales, intervenciones, variables o ámbitos geográficos.

Las estimaciones del Banco Central de Reserva del Perú ponen en evidencia que las dimensiones que más contribuyen a la pobreza multidimensional son el entorno físico y la participación económica;

³³ *Vid.* R. GAMMARANO, *op. cit.*

inclusive, se concluye que la erradicación del empleo precario tendría el efecto más potente para reducir la pobreza multidimensional³⁴.

Desde la perspectiva de las relaciones laborales en Perú, el IPM puede ser una herramienta útil para entender cómo la pobreza afecta a los trabajadores y cómo las políticas laborales pueden abordar esta problemática. Si bien urge una mirada multidimensional de la pobreza como complemento a la medición monetaria, no menos cierto es que la pobreza laboral es un asunto que no está siendo atendido con el suficiente énfasis ni con políticas públicas acordes en el caso peruano.

En este contexto, la construcción de un IPM laboral puede complementar las mediciones de la pobreza y acercar a los actores gubernamentales a la dura realidad que afrontan miles de trabajadores que no logran salir de la situación de pobreza a pesar de desarrollar una actividad laboral.

En cualquier escenario, la construcción de la medición de la multidimensionalidad de la pobreza ya sea general, laboral o de cualquier otra índole específica, debe ser consensuada con la activa participación de diversos actores sociales, incluyendo la academia y las organizaciones civiles.

En la lucha contra la pobreza, reducir el desempleo y contraer el sector informal puede ayudar significativamente a reducirla, sin descuidar otros aspectos como la reducción de las desigualdades, la promoción de la innovación y el apoyo a las micros y pequeñas empresas; para todo ello, se deben articular esfuerzos en un marco de planeación estratégica de mediano y largo plazo, basado en la continuidad y monitoreo permanente de las políticas públicas y sus resultados³⁵, para lo cual las mediciones multidimensionales de la pobreza y de la pobreza laboral resultan herramientas invaluable.

8. Bibliografía

ALKIRE S. (2015), *La Medición Multidimensional de la Pobreza*, OPHI

ARROBO CEDEÑO N., ZAMORA BOZA C. (2017), *Índice de pobreza multidimensional (IPM): la importancia de un nuevo enfoque de la pobreza en Ecuador*, en *OIDLES*, n. 22

³⁴ Vid. M. HUARANCCA, L. CASTILLO, *op. cit.*

³⁵ R. VARELA LLAMAS, J.M. OCEGUEDA HERNÁNDEZ, *Pobreza multidimensional y mercado laboral en México*, en *Cuadernos de Economía*, 2020, n. 79.

- BRAVO PLACERES I., LEÓN SEGURA C.M. (2019), *Políticas públicas en el sector salud y niveles de pobreza en Ecuador: análisis de impacto*, en *Uniandes Episteme*, n. 3, pp. 399-422
- CASTILLO AÑAZCO R., JÁCOME PÉREZ F. (2016), *Medición de la Pobreza Multidimensional en Ecuador*, INEC
- CEPLAN (2020), *Informe Nacional: Perú a mayo 2020. La Protección de la Vida en la Emergencia y Después*, II Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible
- CIDH (2017), *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*
- CLAUSEN J., BARRANTES N. (2019), *¿Qué nos dice el censo de 2017 sobre la pobreza multidimensional en el Perú?: Ideas para continuar el debate*, en blog.pucp.edu.pe, 24 marzo
- CONEVAL (2023), *Medición de pobreza 2022*
- CONEVAL (2016), *Medición multidimensional de la pobreza en México: un enfoque de bienestar económico y de derechos sociales*
- DANE (2023), *Pobreza multidimensional en Colombia. Año 2022*, Boletín Técnico
- ESCÓBAR DE PABÓN S., ARTEAGA AGUILAR W., HURTADO APONTE G. (2019), *Desigualdades y pobreza en Bolivia: Una perspectiva multidimensional*, CEDLA
- GAMMARANO R. (2019), *The working poor or how a job is no guarantee of decent living conditions*, ILOSTAT Spotlight on Work Statistics, n. 6
- HUARANCCA M., CASTILLO L. (2021), *Índice de Pobreza Multidimensional*, Banco Central de Reserva del Perú
- IPE (2020), *Un nuevo paradigma de pobreza*, en www.ipe.org.pe, 18 febrero
- LÓPEZ-CALVA L.F. (2019), *Índice de Pobreza Multidimensional: Repensando la medición, mejorando la gobernanza*, en *Dimensiones*, n. 6, pp. 17-18
- LUNA J. (2023), *Pobreza multidimensional: el 35.8% de peruanos no cuenta con al menos un servicio básico*, en www.comexperu.org.pe, 19 mayo
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2023), *Informe de Desarrollo Social 2022*
- OBACO P.A., PADILLA J.J., BANEGAS K.K., CAMPUZANO J.A. (2019), *Lecciones sobre pobreza multidimensional para Colombia y Ecuador*, en *Revista Espacios*, n. 16
- OIT (2009), *Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo*
- OPHI (2023), *Policy – A Multidimensional Approach*, en ophi.org.uk, 19 junio
- PNUD (2022), *Sistematización de experiencias de implementación de IPM nacionales en América Latina y el Caribe*

- PNUD, OPHI (2020), *Trazar caminos para salir de la pobreza multidimensional: Lograr los ODS*
- RED DE POBREZA MULTIDIMENSIONAL (2017), *Colombia*, en www.mppn.org, 26 julio
- SÁNCHEZ TORRES R.M., MANZANO MURILLO L.D., MATURANA CIFUENTES L.A. (2022), *Informalidad laboral, pobreza monetaria y multidimensional en Bogotá y el Área Metropolitana*, en *Problemas del Desarrollo*, n. 208, pp. 31-63
- SEN A. (1976), *Poverty: An ordinal Approach to Measurement*, en *Econometrica*, vol. 44, n. 2, pp. 219-231
- UCHILE (2023), *CASEN 2022: Pobreza por ingresos y multidimensional registra índices más bajos en la historia*, en uchile.cl, 27 julio
- VARELA LLAMAS R., OCEGUEDA HERNÁNDEZ J.M. (2020), *Pobreza multidimensional y mercado laboral en México*, en *Cuadernos de Economía*, n. 79, pp. 139-165

Centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores y la alternativa de la representación territorial*

Jaime PIQUERAS GARCÍA**

RESUMEN: Al menos el 12,91% de los trabajadores españoles está excluido legalmente de la posibilidad de elegir representantes unitarios a causa del tamaño de las empresas para las que trabajan. En la práctica, se espera una cobertura de la representación inferior al 87,09% de los trabajadores restantes, ya que una empresa con más de seis trabajadores puede contar con diversos centros de trabajo que no alcancen dicho número, impidiendo que se pueda proceder a la elección de representantes unitarios. Pese a que los canales de la representación unitaria y sindical son las vías principales de representar a los trabajadores en la empresa, existen otros procesos en los que participan miembros de sindicatos externos a la plantilla, ejerciendo funciones de representación. Con intención de colaborar en el desarrollo de órganos de representación alternativos que puedan vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y dar cobertura a un mayor número de trabajadores, finalmente se plantea la propuesta de constituir representantes territoriales que actúen en ámbito multiempresarial sobre la supervisión de las condiciones de trabajo.

Palabras clave: Representación de los trabajadores, ámbito territorial y multiempresarial, sindicatos, canales de representación, microempresa.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los canales de representación de los trabajadores. 2.1. La representación unitaria. 2.2. La representación sindical. 2.3. La representación de los trabajadores en situaciones y procesos determinados. 2.3.1. La convocatoria de elecciones a órganos de representación unitaria. 2.3.2. Los procedimientos colectivos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. 2.3.3. El periodo de consultas en los ERTE. 2.3.4. La negociación de planes de igualdad. 2.3.5. Los delegados territoriales de prevención. 3. El tejido empresarial español. 4. Valoración crítica de los canales de representación y propuestas de estructuras alternativas de representación. 4.1. El mínimo de 6 trabajadores para la representación unitaria. 4.2. El centro de trabajo como unidad electoral básica. 4.3. La representación territorial. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Esta investigación ha sido desarrollada en el marco de un contrato predoctoral para la Formación de Profesorado Universitario financiado por el Ministerio de Universidades.

** Personal Investigador en Formación (FPU) en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España).

Work Centres without Legal Representation of Workers and the Alternative of Territorial Representation

ABSTRACT: At least 12.91% of Spanish workers are legally excluded from the possibility of electing unitary representatives due to the size of the companies for which they work. In practice, a representation coverage of less than 87.09% of the remaining workers is expected, since a company with more than six workers may have various workplaces that do not reach said number, preventing it from being able to proceed with the election of unitary representatives. Although the channels of unitary and union representation are the main ways of representing workers in the company, there are other processes in which members of unions external to the workforce participate, exercising representation functions. With the intention of collaborating in the development of alternative representative bodies that can monitor compliance with labour regulations and provide coverage to a greater number of workers, finally the proposal is raised to establish territorial representatives that act in a multi-company environment on the supervision of working conditions.

Key Words: Worker representation, territorial and multi-business context, trade unions, representation channels, micro-enterprise.

A Sophie F., por acompañarme hasta tan lejos

1. Introducción

La afiliación sindical en España sigue un comportamiento cíclico, donde la adhesión a los sindicatos por parte de los trabajadores aumenta en las etapas de crecimiento económico y se reduce en las etapas de recesión¹. Pese a esto, incluso en los periodos de expansión económica, el porcentaje de afiliación se contiene, alcanzando a una minoría de trabajadores². Debido a nuestro sistema de representación, la audiencia electoral en las elecciones a representantes unitarios en la empresa mejora y la participación de los trabajadores aumenta, llegando a que más del doble de los trabajadores afiliados a sindicatos estén cubiertos por representantes de los trabajadores en las empresas³. De esta forma, nuestro modelo de representación potencia la audiencia sindical y la elección de representantes de los trabajadores en la empresa, sacrificando parte de la influencia del sindicato a través de la afiliación directa⁴. Así, aun con pocos trabajadores afiliados a sindicatos, los trabajadores cuentan con representantes en la empresa.

Aunque mediante el sistema de elección y audiencia sindical se consigue que la representación de los trabajadores pueda ampliarse al total de la plantilla, existe un gran número de empresas a las que no alcanza este sistema. Esto es especialmente importante desde la perspectiva de la efectividad del derecho. Al margen de que la normativa pueda restringir o ampliar los derechos de empresarios y trabajadores, en determinados ámbitos, tenemos problemas para que la regulación vigente pueda llevarse a cabo y se cumpla de manera efectiva.

El control de regulación en materia de trabajo se lleva a cabo por dos vías: una externa, que corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS); y una interna, que corresponde a la representación legal de los trabajadores. La ITSS realiza una función muy importante en la defensa de los trabajadores, pero, es conocido que no cuenta con los medios

¹ P.J. BENEYTO, R. ALÓS, P. JÓDAR, S. VIDAL, *La afiliación sindical en la crisis: Estructura, evolución y trayectorias*, en *Sociología del Trabajo*, 2016, n. 87, p. 34.

² Tras el fin de la crisis económica española, el porcentaje de trabajadores afiliados a sindicatos durante 2014 fue de un 15,8%, según el [OECD/ALAS ICTWSS database](#).

³ P.J. BENEYTO, R. ALÓS, P. JÓDAR, S. VIDAL, *op. cit.*, pp. 32 y 37.

⁴ *Ibidem*, p. 33.

humanos, materiales y tecnológicos suficientes para abordar todas las infracciones laborales que se llevan a cabo de manera continua. Sobre las debilidades del control interno, los sindicatos también encuentran dificultades para proteger los intereses de los trabajadores⁵. Estas dificultades son muy diversas, pero nos centraremos en que muchos trabajadores no cuentan con representantes legales que puedan realizar el control sobre los incumplimientos laborales.

Esta combinación de vacíos de supervisión externa e interna produce un mayor espacio para el incumplimiento, y pone en entredicho la efectividad del ordenamiento jurídico laboral, situando, en muchos casos, al trabajador como autoprotector de sus derechos. Como última opción, el trabajador que detecta las irregularidades laborales puede reclamar individualmente, pero también sabemos que el número de trabajadores que finalmente reclama es reducido. Con esto, cabría mejorar los filtros previos para ajustar las condiciones de empleo, evitando que recaiga una gran parte de su cumplimiento en el trabajador.

El objetivo de esta investigación consistirá en realizar un análisis crítico de la normativa nacional sobre la constitución de órganos de representación de los trabajadores para detectar posibles debilidades del sistema de representación, con intención de colaborar en el desarrollo de órganos de representación alternativos que puedan vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y dar cobertura a un mayor número de trabajadores. Tras exponer las estructuras típicas y atípicas de representación legal, finalmente, se plantea la posibilidad de constituir representantes multiempresa de ámbito territorial, en la figura de los *delegados territoriales sindicales*.

2. Los canales de representación de los trabajadores

La regulación nacional nos ofrece dos vías principales para la representación legal de los trabajadores: el canal de representación unitario y el canal de representación sindical. Pese a que este modelo de representación se instauró en los años ochenta, ha conseguido consolidarse razonablemente, aportando solidez a la construcción de nuestro actual sistema de relaciones laborales⁶. A continuación, detallaremos parte del régimen jurídico de estas dos vías de representación, centrándonos en la

⁵ Para saber más sobre los factores que causaron la crisis de los sindicatos, se recomienda consultar P.J. BENEYTO, *Crisis y renovación del sindicalismo*, en *Arxius de Ciències Socials*, 2017, n. 36-37, p. 16 ss.

⁶ D. ÁLVAREZ ALONSO, *Representación y participación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 121.

posibilidad de elegir, nombrar o designar representantes legales de los trabajadores.

2.1. La representación unitaria

La representación unitaria en España está compuesta por dos órganos de representación: los delegados de personal y los miembros del comité de empresa. Ambos siguen un sistema de elección, denominado elecciones a representación unitaria, en el que pueden participar mediante el voto los trabajadores de la empresa, estén afiliados a sindicatos o no. Este canal de representación está destinado a representar al conjunto de la plantilla y no solo a los trabajadores vinculados a los sindicatos, aunque sea habitual encontrar representantes sindicados⁷.

El art. 62 del Estatuto de los Trabajadores (ET), indica que la representación de los trabajadores corresponderá a los delegados de personal, cuando la empresa o el centro de trabajo tenga entre 11 y 49 trabajadores. La norma parece permitir la elección entre la *empresa*, como el total de la organización, o el *centro de trabajo*. El TS aclaró esta cuestión al especificar que la referencia de *empresa* que encontramos en el precepto en cuestión hace referencia a cuando la empresa solo cuenta con un centro de trabajo⁸. Por tanto, la elección de delegados de personal siempre va a quedar vinculada al número de trabajadores del centro de trabajo. Cuando una empresa disponga de varios centros, podrán designarse delegados de personal en cada uno de ellos, siempre que alcancen el número de trabajadores necesarios para su elección. El artículo continúa con una excepción a lo anterior, concediendo la posibilidad de designar un delegado de personal en aquellos centros que cuenten con 6 a 10 trabajadores, si así lo deciden estos por mayoría.

Por otro lado, para la constitución de un comité de empresa, el art. 63 ET establece que podrá llevarse a cabo en los centros de trabajo que tengan

⁷ En el sentido de que la representación unitaria está sindicalizada J. LAHERA FORTEZA, *Representación y representatividad sindical: puntos críticos y propuesta de reforma*, en *Papeles de Economía Española*, 2018, n. 156, p. 20.

⁸ STS 19 marzo 2001, rec. 2012/2000. Respecto a esta cuestión, diversos autores concluyen en este sentido. Encontramos que la unidad electoral básica para las elecciones son los centros de trabajo y no la empresa en A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *El centro de trabajo como unidad electoral. Un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n. 188; por otro lado, M.I. RIBES MORENO, *Representación unitaria y centro de trabajo: un modelo en crisis*, en *Temas Laborales*, 2018, n. 141, p. 156, recoge que las normas que regulan el sistema de representación de los trabajadores en la empresa se mantienen en torno al centro de trabajo.

50 o más trabajadores. La creación de comités de empresa tiene una serie de reglas adicionales para constituir comités de empresa conjuntos. Estos comités actúan en representación de más de un centro de trabajo y son de obligada constitución, impidiendo la elección de delegados de personal cuando se cumplen alguna de las reglas para formar un comité conjunto. Las posibilidades para constituirlos son las siguientes:

- a. cuando existan dos o más centros de trabajo de la misma provincia que no alcancen los 50 trabajadores de forma independiente, pero sí en conjunto;
- b. cuando existan dos o más centros de trabajo de municipios limítrofes, aunque sean de diferentes provincias, que no alcancen los 50 trabajadores de forma independiente, pero sí en conjunto.

Para la constitución de un comité de empresa conjunto, debemos de tener en cuenta que el TS excluye la posibilidad de que se sumen los centros de trabajo que no puedan elegir delegados de personal por la regla general, lo que significa dejar fuera de la representación conjunta a los centros con 10 o menos trabajadores⁹. Así mismo, el TS excluye la posibilidad de nombrar delegados de personal conjuntos¹⁰, aunque pueden nombrarse si la regulación convencional lo permite¹¹.

Para la protección de los riesgos laborales, y dentro de la representación unitaria, encontramos representantes de los trabajadores especializados en esta área. Según el art. 35 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), los delegados de prevención tienen funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo y podrán designarse entre los representantes unitarios. La LPRL no promueve la elección adicional de representantes ni supone el aumento del total de la representación unitaria. La norma posibilita que los delegados de personal o los miembros del comité de empresa puedan ser delegados de prevención de forma adicional. Para la designación de delegados de prevención, el centro de trabajo deberá de contar con representación legal de los trabajadores de forma previa.

Además de los delegados de prevención, con base al art. 38 de la LPRL los centros con 50 o más trabajadores constituirán el Comité de Seguridad y Salud, un órgano paritario compuesto por los delegados de prevención y

⁹ STS 28 mayo 2009, rec. 127/2008. Esto puede suponer una interpretación limitativa por parte del Tribunal Supremo, que realiza esta interpretación sin un claro sustento legal para excluir a los centros de pequeño tamaño de la posibilidad de agruparse para formar un comité conjunto, en opinión de D. ÁLVAREZ ALONSO, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰ STS 11 febrero 2015, rec. 2872/2013.

¹¹ J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 82.

el empresario o sus representantes, con la función de consulta sobre las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales.

Lo anterior es, a grandes rasgos, los requisitos básicos para la elección de representantes por la vía unitaria. A continuación, damos paso a la representación sindical.

2.2. La representación sindical

La representación sindical se compone de nuevo por dos órganos de representación: las secciones sindicales y los delegados sindicales. Este canal de representación sí que está articulado para representar a los trabajadores afiliados a un sindicato en concreto. Por este motivo, en una misma empresa cada sindicato puede contar con secciones sindicales y delegados sindicales propios. El sistema de elección es diferente a la representación unitaria. En esta ocasión, las secciones sindicales las constituyen los trabajadores pertenecientes al mismo sindicato, y los delegados sindicales son elegidos por los trabajadores de la sección sindical pertenecientes al sindicato en cuestión. El art. 8.1.a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) establece que las secciones sindicales no cuentan con ningún requisito de representatividad del sindicato ni sobre el tamaño de la empresa o centro de trabajo, por lo que pueden constituirse en cualquier lugar de trabajo¹². Esta vez, la doctrina actual del TS establece que el derecho a constituir secciones sindicales en la empresa, en cada centro de trabajo, o en unión de diversos centros, es una opción que corresponde al sindicato, como facultad interna de organización¹³. Aunque las secciones sindicales no requieren de requisitos de representatividad ni sobre el número de trabajadores en plantilla para poder constituirse, el art. 8.2 LOLS ofrece derechos adicionales a las secciones sindicales que sí cumplan con ciertos requisitos vinculados a la representatividad y el tamaño de la empresa o centro de trabajo.

Para poder contar con un delegado sindical, el art. 10.1 LOLS establece que, la empresa o centro de trabajo deberá de tener 250 trabajadores o más. Sin tener que cumplir con ningún otro requisito, todos los sindicatos que

¹² STC 173/1992, de 29 de octubre, posteriormente, se recupera este criterio en la STS 18 julio 2014, rec. 91/2013, como bien se señala en M.Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, C. FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, *En torno a los criterios flexibles para la designación de delegados sindicales: ¿una cuestión cerrada?*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2022, n. 4, pp. 140-141.

¹³ A.V. SEMPERE NAVARRO, *Sobre la designación de delegados sindicales*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, n. 3.

operan en una empresa de estas dimensiones podrán contar con un delegado sindical. Es posible que los sindicatos cuenten con más de uno de estos delegados, pudiendo llegar hasta cuatro. Para tener más de un delegado sindical, deben cumplirse los dos aspectos del art. 10.2 LOLS de forma simultánea:

1. el sindicato en cuestión debe de haber obtenido al menos un 10% de los votos en la elección al comité de empresa, es decir, en la representación unitaria;
2. la empresa debe tener un mayor número de trabajadores:
 - a. de 751 a 2.000 trabajadores, tendrán 2 delegados sindicales;
 - b. de 2.001 a 5.000 trabajadores, tendrán 3 delegados sindicales;
 - c. de 5.001 en adelante, tendrán 4 delegados sindicales.

En la combinación de ambos requisitos, el número de delegados sindicales por cada sindicato aumenta. De forma clara, se observa que para los trabajadores resulta más complejo contar con representación sindical, debido al elevado número de trabajadores necesarios para que esta vía de representación pueda operar. Si la comparamos con la representación unitaria, esta última resulta más sencilla de constituir, pudiendo llevarse a cabo desde que el centro de trabajo cuenta con 6 trabajadores.

2.3. La representación de los trabajadores en situaciones y procesos determinados

Siendo los canales de representación unitaria y sindical propios de la empresa las principales vías para la representación de los trabajadores existen determinadas situaciones o procedimientos en los que se permite la acción de sindicatos externos a la empresa. En esta investigación se pretenden destacar los siguientes: la convocatoria de elecciones a órganos de representación unitaria, los períodos de consulta de expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), la negociación de planes de igualdad y las medidas para prevenir riesgos laborales mediante los delegados territoriales de prevención. Todas las estructuras de representación alternativas anteriores tienen un aspecto en común, que consiste en que miembros de sindicatos externos a la empresa en cuestión ejerzan algún tipo de función de representación dentro de la misma.

2.3.1. La convocatoria de elecciones a órganos de representación unitaria

En primer lugar, el supuesto tradicional de la actuación de los sindicatos externos a la empresa en el seno de esta se lleva a cabo con la convocatoria de elecciones a representantes unitarios. Entre las opciones para esto, el art. 67 ET permite que los sindicatos más representativos puedan convocar elecciones. Así mismo, aunque las elecciones a representantes unitarios se llevan a cabo en cada centro de trabajo, cabe la posibilidad de convocar elecciones de forma generaliza en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales, cuando así lo acuerden de forma mayoritaria los sindicatos más representativos y los suficientemente representativos en el ámbito de aplicación en cuestión.

2.3.2. Los procedimientos colectivos de modificación sustancial de condiciones de trabajo

Encontramos otro supuesto tradicional en la intervención externa por parte de los sindicatos en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Según el art. 41.1 ET, cuando una empresa se encuentre bajo efectos adversos que repercutan en la competitividad, productividad u organización técnica o el trabajo, a consecuencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá llevar a cabo modificaciones en las condiciones de sus trabajadores respecto a la jornada de trabajo, el horario y la distribución de tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento, y por último, las funciones, cuando estas excedan los límites del *ius variandi* empresarial. El art. 41.4 ET establece que, cuando el procedimiento sea de carácter colectivo, debe abrirse un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. En este periodo, las secciones sindicales tendrán prioridad para negociar, siempre que decidan liderar la negociación y cuenten con la mayoría en la representación unitaria de los centros afectados por la modificación sustancial. En el supuesto de que las secciones sindicales no quieran o no puedan llevar a cabo la negociación, tal función le corresponderá a la representación unitaria. El precepto en cuestión continúa indicando que, en defecto de existencia de representación unitaria en el centro o centros de trabajo afectados, los trabajadores pueden atribuir su representación a una comisión representativa (comisión *ad hoc*) para el periodo de consultas, compuesta por, tres miembros trabajadores de la empresa elegidos

democráticamente por el resto de la plantilla, o bien, tres miembros de los sindicatos más representativos y suficientemente representativos del sector al que pertenezca la empresa, en base a la representatividad de cada sindicato. El ET remite a este supuesto de representación en los procedimientos de movilidad geográfica (colectiva), ERTE por causas ETOP o fuerza mayor, despido colectivo, e inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable.

2.3.3. El periodo de consultas en los ERTE

Seguidamente, se describe la intervención de figuras sindicales externas a la empresa, en lo que conocemos como *comisiones sindicales*. Para el proceso de ERTE, el art. 47 ET indica que la empresa, entre otras obligaciones, deberá de llevar a cabo un periodo de consultas con la representación legal de los trabajadores en un plazo no superior a 7 o 15 días tras la comunicación de inicio del procedimiento, según el tamaño de la empresa. El precepto en cuestión remite a las reglas de representación establecidas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, donde el art. 41.4 ET, finalmente determina que cuando ninguno de los centros de trabajo afectados por la modificación cuente con representación legal de los trabajadores, la comisión representativa para el periodo de consultas la compondrán, tres miembros trabajadores de la empresa elegidos democráticamente por el resto de la plantilla (comisión *ad hoc*), o bien, tres miembros de los sindicatos más representativos y suficientemente representativos del sector al que pertenezca la empresa, en base a la representatividad de cada sindicato.

Tras la situación de pandemia provocada por el Covid-19, el Gobierno llevó a cabo una amplia serie de medidas destinadas a contener los efectos del virus sobre la salud y el empleo. Entre estas, en el ámbito de proteger la ocupación, la medida principal se articuló mediante el Real Decreto-Ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, configurando la tramitación de los expedientes temporales de regulación del empleo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el Covid-19, entre otras medidas para prevenir los despidos.

Para la modalidad de ERTE derivado de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción a consecuencia del virus, el RD-Ley 8/2020 estipula una serie de reglas especiales en la negociación, diferenciándose del proceso de ERTE, digamos, común. En dicho supuesto, cuando no exista representación legal de los trabajadores, la comisión representativa se

formará directamente y en primer lugar por los sindicatos más representativos y suficientemente representativos del sector al que pertenezca la empresa, con una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan los requisitos. En defecto de poder formar esta comisión, la representación la integrarán los trabajadores de la empresa conforme al procedimiento señalado anteriormente, con base en el art. 41.4 ET.

2.3.4. La negociación de planes de igualdad

También se observa la actuación de las comisiones sindicales externas a la empresa en el procedimiento de negociación de los planes de igualdad. Como regla general, en virtud del art. 5 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, los planes de igualdad deben negociarse con la representación legal de los trabajadores. Para su negociación, el precepto señala que deberá constituirse una comisión negociadora paritaria entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En las empresas donde no exista representación legal de los trabajadores, la representación a efectos de negociar la asumirán los sindicatos más representativos y suficientemente representativos del sector al que pertenezca la empresa, en esta ocasión, con un máximo de 6 miembros, y en proporción a la representatividad del sector. Cuando una empresa con varios centros queda obligada a negociar el plan de igualdad pero no cuenta con representantes en todos centros, los centros con representantes integrarán a sus representantes en la comisión negociadora, mientras que en los centros sin representación, la adquirirán los miembros de la comisión sindical en base a los requerimientos anteriores, con la salvedad de que en esta ocasión la comisión negociadora podrá alcanzar un máximo de 13 miembros en la representación conjunta de los trabajadores de diversos centros.

2.3.5. Los delegados territoriales de prevención

Por último, contamos con una experiencia relevante sobre la representación de los trabajadores en dos de nuestras comunidades autónomas: Asturias y La Rioja. En ambas comunidades, el Gobierno autonómico, la patronal y los sindicatos han llegado a acuerdos para establecer el régimen jurídico de los *delegados territoriales de prevención*. Comenzando por Asturias, que instauró esta figura en primer lugar en el

2006, encontramos que la designación de estos representantes corresponde a los interlocutores sociales firmantes del acuerdo. El reparto consiste en 2 delegados por parte de la Federación Asturiana de Empresarios (FADE), 1 por parte de CCOO y 1 para UGT, tal y como indica el art. 2 del [Reglamento de Funcionamiento de los Delegados Territoriales de Prevención en el Principado de Asturias](#). El precepto en cuestión continúa estableciendo la línea de actuación prioritaria, consistente en aquellas empresas donde: 1) se produzcan mayores índices de siniestralidad; 2) no existan representantes de los trabajadores; 3) existan denuncias motivadas de los trabajadores o sus representantes sobre situaciones de peligro para la seguridad o la salud de los trabajadores. De entre las funciones de los delegados territoriales de prevención, cabe destacar que el art. 3 del Reglamento faculta a los mismos para acceder al centro de trabajo y para recomendar la suspensión inmediata de trabajos por la existencia de peligros graves e inminentes para la vida o la salud de los trabajadores.

De forma similar, el acuerdo llevado a cabo en La Rioja, estipula que los delegados territoriales de prevención se designarán de entre las partes firmantes del acuerdo. De esta manera, el art. 3 del Anexo del [Plan director para la estrategia de seguridad y salud laboral 2021-2023](#) de La Rioja reparte entre sindicatos y patronal un total de 3 delegados territoriales. En esta ocasión, el art. 1 del [Plan director](#) estipula que los delegados territoriales desarrollarán sus funciones en aquellos centros de trabajo con una plantilla igual o inferior a 30 trabajadores, actuando de forma prioritaria en los centros que no dispongan de representación preventiva previa. Entre sus funciones, mantienen la posibilidad de acceder al centro de trabajo, cuando lo comuniquen con suficiente antelación, y seguirán pudiendo recomendar a los responsables del centro de trabajo la suspensión inmediata de trabajos por la existencia de peligros graves e inminentes para la vida o la salud de los trabajadores. Así, encontramos otra intervención en representación de los trabajadores externos a la empresa, en este caso para colaborar en la prevención de riesgos laborales.

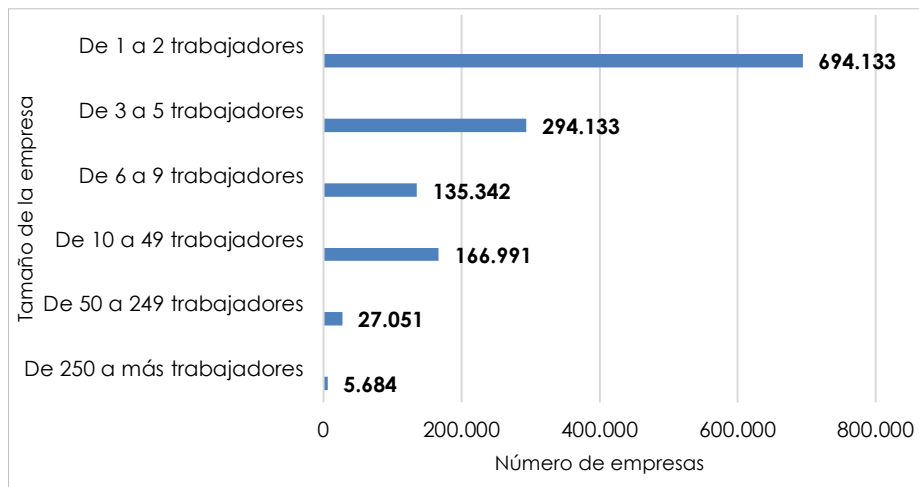
Para terminar este apartado, la última figura, la de los delegados territoriales de prevención, es sin duda la más compleja. Cuenta con muchas posibilidades de actuación, porque no depende de un proceso legal concreto. En realidad, lo más importante de esta figura no es tanto el régimen jurídico que acuerdan los agentes sociales para posibilitar su actuación – cuestión de la que también nos podemos nutrir –, sino la propia experiencia de su existencia, como muestra de que la representación multiempresa es posible, aunque todavía sea de forma limitada y muy modesta.

3. El tejido empresarial español

Vistas las posibilidades de representación de los trabajadores en términos generales, y también, tras describir aquellas situaciones o procesos concretos más específicos pero que igualmente permiten espacios de representación de los trabajadores, es momento de explorar los datos siguiendo el volumen de empleo de nuestras empresas. El objetivo de este apartado consiste en ofrecer una lectura rápida y panorámica sobre la estructura de las empresas con base en el número de sus trabajadores. Con esta información, podremos realizar valoraciones de mayor calado posteriormente.

Habitualmente, hablamos de que el tejido empresarial español está compuesto por pequeñas y medianas empresas (PYME)¹⁴, lo que es cierto, pero impreciso para la materia que tratamos de abordar. A continuación, se visualiza el Gráfico 1, que registra el número de empresas españolas en función del número de trabajadores que tienen en plantilla.

Gráfico 1 – Empresas inscritas en la Seguridad Social según el número de trabajadores (febrero 2024)



Fuente: elaboración propia a raíz de los datos proporcionados por la estadística de empresas inscritas en la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social

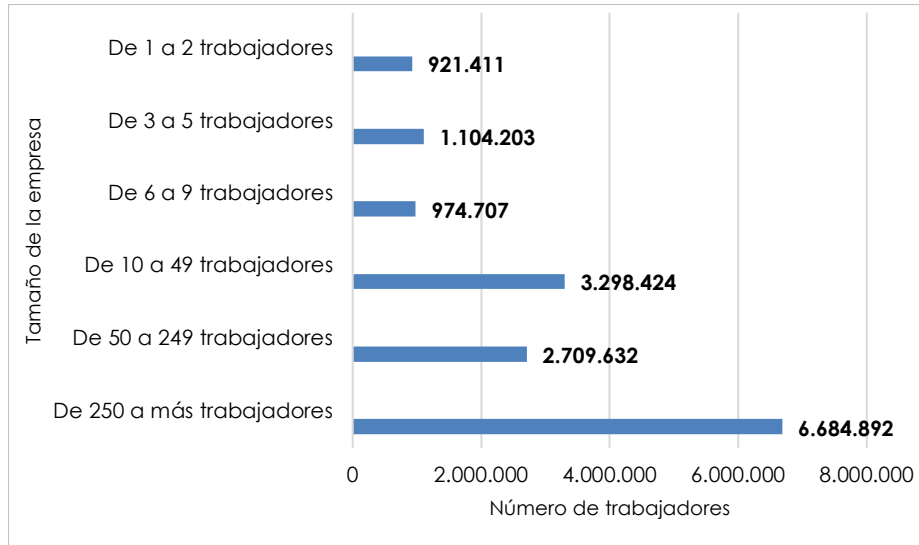
¹⁴ La sigla integra a las empresas medianas (ocupan a menos de 250 trabajadores), las empresas pequeñas (ocupan a menos de 50 trabajadores) y a las microempresas (ocupan a menos de 10 trabajadores). Las empresas de 250 trabajadores o más se consideran parte de la *gran empresa*.

Los datos anteriores permiten calcular que, de un total de 1.323.368 empresas con trabajadores, el conjunto de las PYME representa el 99,57% de empresas registradas en la Seguridad Social, mientras que las grandes empresas suponen un 0,43%. Ahora bien, las microempresas representan un 84,91% del total de empresas. Tras consultar estos datos, se observa que España es un país de microempresas, donde predominan las empresas de menos de 10 trabajadores. Este es un detalle importante para los especialistas de las relaciones laborales, ya que conocemos que cuanto menor es el tamaño de la empresa, menor es la existencia e influencia de los sindicatos en el centro de trabajo¹⁵. Sobre el número de empresas en virtud de sus trabajadores, en la materia que nos ocupa, debemos destacar igualmente que las empresas con menos de 6 empleados corresponden a una parte importante del tejido empresarial español, alcanzando un 74,68% del total de empresas, siendo 988.300 en número.

Aunque el número de empresas de reducida dimensión sea la predominante en nuestro entorno económico, de forma lógica, el volumen de trabajadores que presta servicios para las mismas es menor. Seguidamente, se presentan de nuevo datos estadísticos en el Gráfico 2, siendo esta vez la relación de trabajadores que ocupan las empresas en función de su tamaño.

¹⁵ M.Á. GARCÍA CALAVIA, *Relaciones laborales en Europa Occidental: una aproximación sociológica a la transformación de sus sistemas nacionales*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 80. Esto también se refleja en el estudio de R. PAYÁ CASTIBLANQUE, P.J. BENEYTO CALATAYUD, *Representación sindical y prevención de riesgos laborales durante la crisis: impacto y límites*, en *Sociología del Trabajo*, 2019, n. 94, p. 53.

Gráfico 2 – Trabajadores inscritos en la Seguridad Social según el tamaño de la empresa para la que trabajan (febrero 2024)



Fuente: elaboración propia a raíz de los datos proporcionados por la estadística de empresas inscritas en la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social

De nuevo, las cifras anteriores arrojan que, de un total de 15.693.269 de trabajadores asalariados, el conjunto de las PYME emplea al 57,4% de los trabajadores registrados en la Seguridad Social, mientras que las grandes empresas emplean al 42,6% restante. De entre las PYME, las microempresas emplean a un 19,12% del total de los trabajadores de nuestro país, alcanzando la cifra de 3.000.321 empleados, lo que supone un número considerable de trabajadores. Finalmente, las empresas con menos de 6 empleados cuentan con el 12,91% del empleo, siendo 2.025.614 trabajadores.

4. Valoración crítica de los canales de representación y propuestas de estructuras alternativas de representación

Vistas las características para la elección o designación de representantes legales a la luz de la dimensión de las empresas españolas, surgen diversos obstáculos y cuestiones por resolver.

En primer lugar, se observa de forma clara la exclusión de un elevado número de trabajadores de los procesos de elección y designación de representantes de los trabajadores. La representación sindical, que opera a

partir de los 250 trabajadores en la empresa, puede cubrir actualmente al 42,6% de los trabajadores, con base en los datos anteriormente señalados. En cambio, la representación unitaria, más sencilla de lograr debido a que su elección es posible a partir de 6 trabajadores en el centro de trabajo, puede llegar a cubrir actualmente al 87,09% de los trabajadores. El restante 12,91% del empleo queda excluido por no alcanzar los números mínimos de trabajadores, respondiendo al empleo que gestionan las empresas con una dimensión inferior a 6 trabajadores.

En la práctica, se espera una cobertura de la representación inferior al 87,09% de los trabajadores, debido a que una empresa con 6 o más trabajadores puede contar con diversos centros de trabajo que no alcancen dicho número, imposibilitando que pueda procederse a la elección de representantes unitarios. Además, no todos los centros con 6 o más trabajadores cuentan con representación. Un estudio de 2015 basado en encuestas sobre elecciones a representantes unitarios mostró que solo el 21,2% de los centros de trabajo con 6 o más trabajadores contaban con representación de los trabajadores, aunque estos centros empleaban al 63,7% de los trabajadores¹⁶. Otra encuesta posterior refleja que, en 2021 un 63,1% de los trabajadores tuvieron representación legal, ya sea unitaria o sindical, mientras que el 36,9% no contó con representación de ningún tipo¹⁷. Ambas fuentes arrojan un resultado de cobertura de la representación de los trabajadores similar, que al menos supone el 63,1%. En el 36,9% restante de trabajadores sin representación, se combina un 12,91% de trabajadores excluidos de la representación unitaria por pertenecer a empresa de menos de 6 trabajadores, con un 23,99% de trabajadores que pertenecen a empresas de al menos 6 trabajadores, pero con varios centros, donde el número de empleados en el centro de trabajo no permite la elección de representantes, junto a trabajadores de centros de trabajo con al menos 6 trabajadores en el que se permite la elección de representantes, pero no proceden a su votación.

En 2021, la media anual de trabajadores fue de 15.322.523 personas¹⁸, por lo que, en base a los datos sobre representación de ese mismo año, aproximadamente 5.654.011 trabajadores no contaron con representación. Con lo anterior, un importante sector de trabajadores continúa sin representación legal, bien porque los centros de trabajo no alcanzan el

¹⁶ P. JÓDAR, R. ALÓS, P. BENEYTO, S. VIDAL, *La representación sindical en España: cobertura y límites*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2018, n. 1, p. 26.

¹⁷ En base a los datos obtenidos por la edición extraordinaria de la *European Working Conditions Telephone Survey (EWCTS)* de la Eurofound para 2021.

¹⁸ Calculado según los datos proporcionados por la estadística de empresas inscritas en la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social (diciembre 2021).

número de 6 trabajadores, o bien, porque aun alcanzándolo, no se procede a la elección de los representantes.

Considerando esta situación, surgen diversas cuestiones. ¿Qué motivos limitan la elección de representantes? Respecto a la cuestión del tamaño de la empresa, cabe preguntarse cuáles fueron las razones del legislador para fijar el mínimo de 6 trabajadores, y que, además, la unidad electoral fuese exclusivamente el centro de trabajo. Tras tratar de aportar algunas posibles respuestas, se argumenta sobre la representación legal de los trabajadores en ámbito territorial y multiempresarial, como posible alternativa a los vacíos de representación existentes.

4.1. El mínimo de 6 trabajadores para la representación unitaria

Entre los motivos para fijar un mínimo de trabajadores para llevar a cabo elecciones a representación unitaria, podemos encontrar, como planteamiento inicial y elemental, que para que ciertos trabajadores puedan llevar a cabo tareas de representación sobre otros, debe de existir en la plantilla un *grupo* o *colectivo* al que representar. Por ello, debemos de encontrarnos ante una pluralidad de trabajadores. Si no existiera un número mínimo a efectos de representar al grupo, en centros de reducida dimensión con 1 o 2 trabajadores, la actividad de representación podría quedar vacía de contenido, ya que parece que las cuestiones que afecten a los centros con estas características podrán llevarse a cabo y negociarse directamente con los trabajadores¹⁹. Pese a esto, la fijación de 6 trabajadores puede ser un número elevado para elegir representantes debido al tamaño actual de nuestras empresas.

Este mínimo se ha mantenido intacto desde su establecimiento en el ET de 1980. En aquel año, la estructura del tamaño de las empresas era considerablemente diferente, observándose un mayor equilibrio entre pequeña, mediana y gran empresa, de forma que la dimensión general de las empresas era mayor²⁰. El estudio también refleja un porcentaje de

¹⁹ En un sentido similar, y haciendo alusión a las empresas de menos de 6 trabajadores a la luz de la regulación actual, «se considera que, en estas estructuras, puede existir un diálogo directo entre el empresario y sus trabajadores» en C. PIERRE-HENRI, *La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral*, en *Temas Laborales*, 2021, n. 157, p. 93.

²⁰ M.N. VILLALBA VILLALBA, *Dinámica del tamaño empresarial en España y en la Unión Europea: regularidades empíricas*, en *Economía Industrial*, 2009, n. 374, p. 165. Según este estudio, en 1890 la pequeña empresa representaba el 52% del total de las empresas, mientras que la mediana y gran empresa asumían el 24,6% y el 23,1% respectivamente, frente a los datos de 2023, en los que, como vimos, la pequeña empresa supone el 97,55%, mientras que la mediana

microempresas muy inferior al actual (de 84,91%), que se situaba en el 33,3%²¹. Por tanto, la cifra mínima de 6 trabajadores en el centro de trabajo podría tener más sentido años atrás que en la actualidad, afectando a la exclusión de la elección de representantes unitarios a un número menor de centros de trabajo.

Aunque cabría reducir el número mínimo de 6 trabajadores en el centro en base al tamaño actual de nuestras empresas a un número que tampoco desvirtúe las funciones de representación de un grupo, se observa que el mínimo de trabajadores no es el único límite para el aumento de los niveles de representación. Actualmente, existen centros de trabajo que superan los 6 trabajadores y no cuentan con representantes. La reducción del número mínimo de trabajadores no tiene porqué suponer un mayor número de representantes, aunque lo posibilitará legalmente.

Que existan centros no excluidos para la elección de representación unitaria sin representación puede estar vinculado también con el tamaño de la empresa. En un centro de trabajo de pequeña dimensión la relación entre el empleador o los mandos intermedios y los trabajadores operativos es mucho más directa, dificultando una posición para reclamar posibles incumplimientos laborales. Debemos recordar que la actividad sindical en nuestro país se lleva a cabo, principalmente, desde una perspectiva de conflicto²², y aunque existen garantías frente a represalias por parte de la empresa, no muchos trabajadores están dispuestos a mantener una relación de enfrentamiento en su entorno laboral. En mi opinión, la estrecha relación con el empleador o sus representantes, sumado a la existencia de cierta cultura antisindical en nuestro país, causa que tampoco encontremos representación unitaria en algunas empresas que sí pueden constituirla legalmente.

4.2. El centro de trabajo como unidad electoral básica

El centro de trabajo como unidad electoral ha sido una cuestión más

y gran empresa constituyen el 2,04% y 0,4% respectivamente, según la estadística de empresas inscritas en la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social de agosto 2023.

²¹ *Ibidem*, p. 170.

²² Los sindicatos españoles, en comparación con los de otros países, se caracterizan por una tradición de organizaciones de clase y por un sindicalismo ideológico, enfocado en mayor medida al conflicto que al consenso, tal y como se detalla en M.Á. GARCÍA CALAVIA, *op. cit.*, p. 29 ss.

criticada²³, debido a la evolución de las estructuras empresariales y a la creación de centros de trabajo de reducida dimensión, así mismo, el empleo virtual o de plataformas también ha desvirtualizado en algunos supuestos el concepto de centro de trabajo²⁴. Ante estas situaciones, ocasionalmente, el lugar de trabajo se diluye, eludiéndose así la aplicación de la legislación laboral²⁵. Que la unidad electoral básica sea el centro de trabajo supone que los representantes a elegir se calculen en base al tamaño de cada centro, al margen del número total de trabajadores de la empresa, lo que, en ocasiones, puede perjudicarles. Encontramos una excepción a lo anterior para la constitución de comités de empresa conjuntos, que no puede llevarse a cabo para designar delegados de personal conjuntos, como vimos al inicio del estudio.

En la materia que nos ocupa, el inconveniente principal para la representación se produce en las empresas con muchos trabajadores, pero divididos en múltiples centros de trabajo que no alcanzan los mínimos, impidiendo que los trabajadores cuenten con representación. Para este tipo de escenarios, quizás sería más adecuado permitir que la unidad electoral sea la empresa, en lugar del centro de trabajo. Otra alternativa sería posibilitar la designación de delegados de personal conjuntos en aquellos centros que no alcancen el número mínimo de trabajadores, pero sí en su unión, pudiendo seguir las otras reglas territoriales del comité de empresa conjunto. Esta modificación es muy próxima a la regulación actual y posibilitaría el aumento de la representación. También, cabe la posibilidad de que se permita la unión de los centros de trabajo que no cumplan los requisitos actuales para elegir delegados de personal o miembros del comité de empresa, a efectos de constituir una unidad electoral específica para realizar el computo de trabajadores y la elección de los representantes que dicho número de trabajadores permita.

La posibilidad de elegir representantes a nivel de empresa o en unión de diversos centros y no de forma exclusiva con base en el centro de trabajo,

²³ Para un estudio en profundidad, se recomienda la lectura de C. PIERRE-HENRI, *op. cit.*, p. 85 ss.

²⁴ En este sentido, encontramos que las dinámicas productivas se dirigen en mayor frecuencia «hacia la organización de empresas a distancia, estructuradas conforme a pequeños centros de trabajo, como establecimientos franquiciados, mediante teletrabajadores, trabajadores autónomos reales o ficticios, plataformas virtuales o acudiendo a otros recursos como grupos de empresas o las empresas en red», en M.I. RIBES MORENO, *op. cit.*, p. 156.

²⁵ C. FERRADANS CARAMÉS, *La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo*, en AA.VV., *El Estatuto de los trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, p. 1451.

puede aumentar el número de representantes, principalmente en empresas con muchos trabajadores separados por varios centros de trabajo de reducido tamaño. Pese a lo anterior, es posible que el impacto no afecte de forma positiva en las empresas de pequeña dimensión con muchos centros de trabajo, debido de nuevo a los argumentos sobre la relación directa que pueda existir entre trabajadores y empleador en la empresa.

4.3. La representación territorial

La representación territorial puede ser una opción para los anteriores obstáculos que encuentra la representación de los trabajadores en la empresa. Esta representación podría adquirir un funcionamiento similar al de las comisiones sindicales, en las que participan miembros sindicales externos a la empresa, junto al de los delegados territoriales de prevención, en lo que denominaremos *delegados sindicales territoriales*. Esta opción es por la que finalmente se decanta este estudio, como medida para el control de la normativa laboral por parte de los representantes de los trabajadores, a la vista de los problemas para elegir representantes en las empresas de pequeña dimensión.

Las funciones de estos delegados podrán consistir en las mismas que tendría la representación legal de la propia empresa en cuestión, pero siendo externos. Podrán actuar como delegados sindicales multiempresa, especialmente orientados en representar y tutelar los derechos de los trabajadores de aquellos centros que no cuenten con representación legal de los trabajadores. De hecho, sería deseable que la representación territorial fuese compatible con la representación unitaria, debido al posible interés que pueda causar en las empresas que los delegados territoriales no puedan actuar allí donde existan delegados de personal o miembros del comité de empresa. Desde una perspectiva práctica, sería útil que tuvieran potestad para representar en base al ámbito territorial de provincia y en ámbito funcional del sector en cuestión, sincronizándose con la negociación colectiva articulada, que tiende a concretar las particularidades de la prestación de trabajo en ámbitos cada vez más localizados.

Ahora bien, ¿cómo podríamos implementar este tipo de representación? Para designar a estos delegados, en un primer planteamiento, cabía la posibilidad de que la figura se estructurase sobre las reglas de la representación sindical que mantiene la LOLS, esto es, principalmente, la elección de un delegado sindical en empresas que alcancen los 250 trabajadores, pero con la diferencia de que pudieran actuar en varias empresas y no únicamente en la empresa para la que prestan

servicios. Podrían tener esa doble condición, como ocurre con los delegados de prevención en la representación unitaria. De la misma forma que un trabajador puede ser delegado de personal o miembro del comité de empresa y, además, delegado de prevención, los delegados sindicales, además de serlo en la empresa para la que prestan servicios, podrían ser delegados territoriales, actuando en otras entidades. Una posible ventaja de reformular la representación sindical de esta forma consiste en que encontraremos a trabajadores pertenecientes a sindicatos, de grandes empresas, quizás liberados sindicales, que en principio están formados sobre condiciones de trabajo del sector y territorio en cuestión.

Pese a lo anterior y por diversos motivos, finalmente podría considerarse otra alternativa diferente. En primer lugar, estructurar la representación territorial y multiempresa vinculada a la representación sindical conlleva la modificación de la LOLS, lo que se plantea como un ejercicio legislativo difícilmente ejecutable. La LOLS se reguló a causa del desarrollo que debía producirse del contenido de la Constitución Española, pero actualmente, existiendo normativa sobre la materia, difícilmente se discutirá de nuevo sobre su modificación. Para el cambio normativo de una Ley Orgánica con un contenido regulatorio sobre intereses tan enfrentados como los de la LOLS, se necesitaría un cambio drástico en la esfera política. Por lo anterior, el primer motivo para estructurar la representación territorial al margen de la LOLS lo constituye la propia inmovilidad que plantea la norma para su modificación. En segundo lugar, si la representación territorial se estructura con vínculo en la representación sindical y los delegados sindicales, también existe la posibilidad de que muchos de estos trabajen en empresas con acuerdo de empresa propio, y, por tanto, estén formados en las condiciones de trabajo del acuerdo de empresa para la que trabajan, y no en la regulación territorial de sector.

Por tanto, parece más sencillo seguir un procedimiento más próximo al funcionamiento de las comisiones sindicales y los delegados territoriales de prevención. Como vimos, las comisiones sindicales se forman en determinados procedimientos por miembros externos a la empresa que forman parte de los sindicatos. Los sindicatos que forman la sección sindical serán aquellos que tengan la condición de más representativo o suficientemente representativo en el sector en cuestión. Por otro lado, los delegados territoriales de prevención tampoco se apoyan sobre la representación unitaria ni sindical, sino que, de forma similar a las comisiones sindicales, actúan en representación de los trabajadores los miembros internos del sindicato, designados a tales efectos.

Aunque las alternativas sobre reducir el número mínimo para elegir representantes o modificar el ámbito de la unidad electoral al total de la

empresa también supone retos para el derecho colectivo, la representación territorial puede ofrecer mayores resultados de representatividad, por diversos motivos. En primer lugar, la reducción de un mínimo de trabajadores para contar con representación en el centro de trabajo puede ser una buena medida a largo plazo para normalizar la relación de la actividad sindical en las empresas con pocos trabajadores. Pero, a corto plazo, es posible que aun con la existencia de posibilidades y garantías legales, los trabajadores no lleven a cabo elecciones a representantes. Esto podría atenuarse mediante la convocatoria externa de elecciones por parte de los sindicatos, pero, aun así, actualmente contamos con un número considerable de centros que tienen esta posibilidad en los que no existe representación legal de los trabajadores. Además, la elección de representantes en centros pequeños no elimina, hoy por hoy, la situación de conflicto que pueda generarse entre empresa y trabajadores. Puede resultar más pacífico derivar la responsabilidad en el control de la normativa laboral hacia un representante externo, como el delegado territorial.

La estructura de los delegados territoriales no supone una modificación drástica dentro de nuestra cultura de representación. Existen experiencias de actuación sindical externa en la convocatoria de elecciones, los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo (y el resto de los supuestos en los que el ET remite a las reglas del art. 41.4 ET), los periodos de consultas en procedimientos de ERTE y la negociación de planes de igualdad, por lo que las empresas sin representación pueden haber tenido relación con representantes externos de los sindicatos anteriormente.

Los delegados territoriales podrán aumentar la protección frente a las irregularidades laborales que se producen en las empresas que no cuentan con representación legal de los trabajadores. Tras la detección de incumplimientos, pueden colaborar en reducir el ambiente de conflicto al actuar por petición de los trabajadores de la empresa, pero también, por voluntad del sindicato. El funcionamiento debe ser similar a las comisiones sindicales, pero con la libertad que presentan los delegados territoriales de prevención, sin que su actuación quede limitada a un procedimiento concreto.

Para su regulación, estos representantes podrían articularse sobre una Ley Ordinaria para la actualización de la representatividad de los trabajadores, en base al contexto empresarial actual. Su regulación convencional también plantea dificultades, debido a la dificultad para pactar que los representantes externos de los sindicatos puedan representar a los trabajadores en las empresas que actualmente no cuentan con representación. Aunque puede resultar de interés para aquellas empresas

que cuentan con representantes, de forma que el control sobre las irregularidades sitúe a todas las empresas en cuestión en una situación de competencia igualitaria respecto al cumplimiento de las condiciones de trabajo.

Esta sugerencia legislativa no es una propuesta cerrada. La elaboración de representantes territoriales requeriría un proceso de reflexión y diálogo más extenso. Se reconocen las dificultades que estas estructuras podrían llevar a cabo, tanto de régimen jurídico, como establecer qué sindicatos pueden designar representantes territoriales, y de régimen social, como el posible rechazo por parte del sector empresarial o por parte de determinados sindicatos, así como si los sindicatos podrán hacer un uso adecuado de la representación territorial²⁶, entre otros posibles conflictos. Aun con estos inconvenientes, ya contamos con experiencias anteriores de representación externa a la empresa, así como de experiencias multiempresa. El modelo que contiene este estudio supone continuar con la trayectoria de necesidades externas a la empresa para facilitar la actividad sindical.

Para terminar, diversos estudios reflejan la existencia de una relación positiva entre los niveles de gestión preventiva en la empresa y la existencia de representantes de los trabajadores²⁷. La experiencia de los delegados territoriales de prevención contiene un régimen jurídico poco explorado, pero existente, que colabora en mejorar la efectividad del derecho en materia de prevención de riesgos laborales. ¿Por qué no tratamos de ampliar la supervisión al resto de materias del ordenamiento laboral? En este sentido, los delegados territoriales sindicales, si son adecuadamente utilizados, pueden cubrir el vacío de representación que existe introduciéndose en las empresas de menor dimensión que no cuenten con representantes.

²⁶ Encontramos dificultades por parte de los sindicatos para llevar a cabo ciertas tareas que les permite la Ley, como ocurre en la negociación de planes de igualdad. Diversas sentencias comienzan a pronunciarse respecto a la situación de que la empresa lleve a la práctica de forma unilateral el plan de igualdad cuando los sindicatos han sido convocados, pero no asisten a la negociación, estableciendo que dichos planes son válidos. *Cfr.* STSJ Madrid 907/2023, de 17 de octubre, rec. 709/2023, STSJ Galicia 4703/2023, de 2 de noviembre, rec. 28/2023, y STSJ Madrid 1071/2023, de 24 de noviembre, rec. 811/2023.

²⁷ *Cfr.* R. PAYÁ CASTIBLANQUE, *Impact of the union intervention in the matter of labor risks of psychosocial origin: A comparative study in Western Europe*, en Lan Harremanak, 2021, n. 45, pp. 217-218, y R. PAYÁ CASTIBLANQUE, P.J. BENEYTO CALATAYUD, *Participación sindical y salud laboral: una relación positiva*, en *Barataria*, 2018, n. 24, p. 79.

5. Conclusiones

1. Las empresas con menos de 6 trabajadores constituyen actualmente el 74,68% del total de empresas con trabajadores en nuestro país y emplean a un 12,91% del total de los trabajadores asalariados. Esto supone que, en este momento, 2.025.614 trabajadores son directamente excluidos de los sistemas de elección y designación de representantes legales, sin posibilidad de que la actividad sindical realice sus funciones de tutela sobre las condiciones de trabajo de dichos trabajadores. Esta situación puede agravarse debido a dos cuestiones adicionales: 1) que existen empresas con más de 6 trabajadores, pero con varios centros, impidiendo la convocatoria de elecciones a representantes unitarios; 2) que existen centros con al menos 6 trabajadores en los que se podrían elegir representantes, pero no se procede a su elección y, por tanto, no tienen representación

2. Reducir el número de trabajadores necesarios para elegir representantes unitarios, en sincronía con el exponencial aumento de las empresas de reducida dimensión, no garantiza un mayor número de representantes, aunque sí lo posibilita.

3. Desplazar la unidad electoral del centro de trabajo a la empresa puede mejorar principalmente la representación de aquellas empresas con un elevado número de trabajadores divididos en multitud de centros de trabajo de reducida dimensión. Una alternativa consiste en permitir la elección de delegados de personal conjuntos, en la unión de varios centros. Otra opción consiste en, siguiendo las reglas actuales de representación, posibilitar la unión de los centros que no cuenten con un número suficiente para elegir delegados de personal o miembros del comité de empresa, constituyendo una unidad electoral específica para estos centros, a efectos de elegir los representantes oportunos. El impacto de la representación en la pequeña empresa con multitud de centros puede ser menor, como ocurre actualmente en parte de las empresas que alcanzan el mínimo de trabajadores para elegir representantes unitarios, pero, finalmente, no proceden a su elección.

4. Los delegados territoriales y la representación multiempresa pueden ser una alternativa con mayor efectividad para mejorar el nivel de representación de los trabajadores que no cuentan con representantes, frente a: la reducción de los trabajadores mínimos para elegir representantes unitarios, situar al conjunto de la empresa como unidad electoral en lugar del centro de trabajo, permitir la unión de centros para elegir delegados de personal conjuntos o para constituir una unidad electoral específica a efectos de elegir representantes. Por último, la iniciativa de la representación territorial no se presenta como una propuesta cerrada.

Conociendo las dificultades para que este modelo de representación pueda operar, será necesario un proceso mayor de estudio y reflexión.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALONSO D. (2019), *Representación y participación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2016), *El centro de trabajo como unidad electoral. Un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 188, pp. 141-177
- BENEYTO P.J., ALÓS R., JÓDAR P., VIDAL S. (2016), *La afiliación sindical en la crisis: Estructura, evolución y trayectorias*, en *Sociología del Trabajo*, n. 87, pp. 25-44
- BENEYTO P.J. (2017), *Crisis y renovación del sindicalismo*, en *Arxius de Ciències Socials*, n. 36-37, pp. 15-34
- FERRADANS CARAMÉS C. (2020), *La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo*, en AA.VV., *El Estatuto de los trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- GARCÍA CALAVIA M.Á. (2012), *Relaciones laborales en Europa Occidental: una aproximación sociológica a la transformación de sus sistemas nacionales*, Tirant lo Blanch
- JÓDAR P., ALÓS R., BENEYTO P., VIDAL S. (2018), *La representación sindical en España: cobertura y límites*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 1, pp. 15-34
- LAHERA FORTEZA J. (2018), *Representación y representatividad sindical: puntos críticos y propuesta de reforma*, en *Papeles de Economía Española*, n. 156, pp. 18-27
- MONEREO PÉREZ J.L. (dir.) (2003), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- PAYÁ CASTIBLANQUE R., BENEYTO CALATAYUD P.J. (2018), *Participación sindical y salud laboral: una relación positiva*, en *Barataria*, n. 24, pp. 61-81
- PAYÁ CASTIBLANQUE R., BENEYTO CALATAYUD P.J. (2019), *Representación sindical y prevención de riesgos laborales durante la crisis: impacto y límites*, en *Sociología del Trabajo*, n. 94, pp. 29-62
- PAYÁ CASTIBLANQUE R. (2021), *Impact of the union intervention in the matter of labor risks of psychosocial origin: A comparative study in Western Europe*, en *Lan Harremanak*, n. 45, pp. 208-230

- PIERRE-HENRI C. (2021), *La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral*, en *Temas Laborales*, n. 157, pp. 85-122
- RIBES MORENO M.I. (2018), *Representación unitaria y centro de trabajo: un modelo en crisis*, en *Temas Laborales*, n. 141, pp. 153-171
- SEMPERE NAVARRO A.V. (2017), *Sobre la designación de delegados sindicales*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 3, pp. 123-132
- GOBIERNO DE LA RIOJA (2022), [Plan director para la estrategia de seguridad y salud laboral 2021-2023](#)
- VILLALBA VILLALBA M.N. (2009), *Dinámica del tamaño empresarial en España y en la Unión Europea: regularidades empíricas*, en *Economía Industrial*, n. 374, pp. 163-178
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA M.Y., FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C. (2022), *En torno a los criterios flexibles para la designación de delegados sindicales: ¿una cuestión cerrada?*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 4, pp. 130-158

La situación de la mujer en el mercado laboral español: especial atención a las políticas públicas contra las brechas de género*

Cristina RAMÍREZ BANDERA**

RESUMEN: La situación actual de la mujer en el mercado laboral español aún dista de ser completamente igualitaria. Pese a los grandes recortes en las diferencias en la tasa de actividad masculina y femenina, la calidad del empleo femenino en España sigue siendo, en promedio, inferior al masculino, lo cual se refleja en las acusadas brechas de género tanto salarial como en materia de pensiones que siguen dándose en nuestro país. En el presente trabajo se analizan las causas de este fenómeno, la situación actual de las mencionadas brechas de género y las distintas medidas de política pública que han sido implementadas por el legislador español hasta el día de hoy para la superación de las mismas.

Palabras clave: Brechas de género, empleo, mujeres trabajadoras, roles de género, medidas de política pública.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis cualitativo del empleo femenino en España: una mirada a la desigualdad. 3. La situación actual de la brecha de género en materia de pensiones en España. 4. Medidas de política pública adoptadas para la reducción de las brechas de género en España. 4.1. Medidas en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social: hacia un sistema de protección social con mayor perspectiva de género. 4.2. Medidas en el ámbito del mercado de trabajo: fomentando una mayor corresponsabilidad en el cuidado y una mayor igualdad salarial. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-100 *La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica*, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, así como en la Red Temática de I+D+i del Plan Propio de la Universidad de Málaga *Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores*, teniendo como referencia de partida el capítulo de libro escrito por esta Autora y titulado *Pensiones y brechas de género: el ocaso de un modelo de cuidados femenino*, en M.Á. GÓMEZ SALADO, B.M. LÓPEZ INSUA, M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, E. GONZÁLEZ COBALEDA (dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo"*, Laborum, 2024, pp. 367-389.

** Investigadora Predoctoral Contratada FPU, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

Women's Situation in the Spanish Labour Market: Special Attention to Public Policies Against Gender Gaps

ABSTRACT: The current situation of women in the Spanish labour market is still far from being completely equal. Despite the large cuts in the differences in the male and female activity rates, the quality of female employment in Spain continues to be, on average, lower than that of males, which is reflected in the marked gender gaps in both salary and pension that continue to exist in our country. This paper analyses the causes of this phenomenon, the current situation of the aforementioned gender gaps and the different public policy measures that have been implemented by the Spanish legislator until now to overcome them.

Key Words: Gender gaps, employment, female workers, gender roles, public policy measures.

*Así pues, tiene poco sentido decir que la función natural de las mujeres es parir,
o que la homosexualidad es antinatural.
La mayoría de las leyes, normas, derechos y obligaciones
que definen la masculinidad o la femineidad
reflejan más la imaginación humana que la realidad biológica*
Yuval Noah Harari¹

1. Introducción

La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo en España se produjo en torno al año 1975 y, desde entonces, la tasa de actividad femenina – entendida como la proporción de mujeres que buscan trabajo entre el total de aquellas en edad de trabajar – ha ido en aumento en nuestro país. Así, si bien esta tasa ascendió al 42,08% a comienzos del año 2002 (frente al 66,69% masculino), su sostenido crecimiento a lo largo de las dos últimas décadas ha llevado a la misma a situarse en un 54,70% en el tercer trimestre de 2023 (64,41% para los hombres)². De estos datos se desprende que cada vez son más las mujeres que desean incorporarse al mercado laboral y labrarse una carrera profesional propia, y esta idea se encuentra cada día más extendida y aceptada en nuestra sociedad.

No obstante, aunque cada vez sean más las mujeres trabajadoras en España, son muchos los retos que deben afrontar en el mercado laboral a raíz de la perpetuación del rol social de cuidado que se les atribuye frente a los hombres, lo que otorga al empleo femenino en nuestro país – y en buena parte de Europa – una serie de características que lo precarizan y dificultan en gran medida a las trabajadoras acreditar prolongadas carreras de cotización de calidad. En suma, el rol de cuidado que aún hoy se atribuye a la mujer se proyecta en el mercado de trabajo, generando múltiples brechas de género que pueden ser empleadas como indicadores adecuados para diagnosticar la situación de desigualdad en la que se encuentra la mujer respecto al hombre tanto en el ámbito laboral como en el ámbito de la protección social.

En concreto, el Instituto Andaluz de la Mujer define cualquier brecha de género como la «diferencia entre las tasas masculina y femenina en la

¹ Y.N. HARARI, *Sapiens. De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, Penguin Random House, 2022, pp. 169-170.

² INE, *Tasas de actividad, paro y empleo por provincia y sexo*, en www.ine.es, 2 noviembre 2023.

categoría de una variable»³, aunque, al no tener necesariamente que ir vinculada esta medida a la comparativa de tasas⁴, quizás podría definirse de forma matemáticamente más precisa como toda diferencia que exista entre los valores promedio masculinos y femeninos observados en una variable. Así, si la variable estudiada es el salario bruto, las diferencias apreciadas entre el salario bruto promedio de un hombre y el de una mujer constituirán la brecha salarial de género (en términos brutos). Si, por el contrario, se estudia la tasa de actividad de la población, la diferencia entre el porcentaje de hombres en edad de trabajar que buscan trabajo y el porcentaje de mujeres con dicha edad que busca un empleo constituirá la brecha de género en la tasa de actividad, y así sucesivamente.

Probablemente sean tres las brechas de género que podemos estudiar, que más información nos proporcionan sobre el mercado de trabajo femenino en España: la brecha de género en la tasa de actividad, la brecha salarial de género y la brecha de género en el importe de las pensiones percibidas. No obstante, tal y como se ha mencionado, la brecha de género española en la tasa de actividad no resulta muy elevada (la misma arroja un 9,71%, conforme los datos citados anteriormente), si bien las dos restantes brechas de género mencionadas sí arrojan importes realmente preocupantes.

Así, en el presente trabajo se centrará la atención en el estudio de estas dos brechas de género, analizando las características del empleo femenino en España que explican su origen, así como el conjunto de medidas implementadas en este país para prevenir y combatir el surgimiento de las mismas y lograr una mayor igualdad en el ámbito tanto laboral como de la protección social.

2. Análisis cualitativo del empleo femenino en España: una mirada a la desigualdad

El origen de la brecha salarial de género o de la brecha de género en materia de pensiones viene dado, a su vez, por otras tantas brechas de

³ INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, *Indicadores de género. Tipología de indicadores de Género. Indicadores básicos: Cómo se calculan y cómo interpretarlos*, en www.juntadeandalucia.es/institutodela mujer, 14 marzo 2023.

⁴ Por ejemplo, en la comparación entre el salario promedio masculino y femenino para la obtención de la brecha salarial de género no se estarían comparando “tasas” (entendidas estas, según el DRAE, como «relación entre dos magnitudes», típicamente una división), sino valores numéricos obtenidos directamente a través de la observación de la variable estudiada.

género: la brecha de género en la parcialidad del empleo, la brecha de género en la solicitud de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, la brecha de género en el acceso a puestos de trabajo de responsabilidad o con funciones directivas... La suma de todas estas brechas de género nos proporciona una radiografía de la situación laboral de las mujeres en España – extrapolable a buena parte de los países de la Unión Europea – que nos ayudará a entender por qué una mujer cobra, en promedio, un salario menor al de un hombre, o por qué sus pensiones son, en promedio, inferiores.

En consecuencia, exponer el origen de la brecha de género salarial o de pensiones en España consiste en explicar por qué la calidad del empleo femenino español es, en término medio, inferior a la del empleo masculino, pues aquellos fenómenos no son más que un reflejo de estas circunstancias (salario, tipo de contrato, duración de la jornada...).

Podría pensarse que estas diferencias laborales se deben al trato discriminatorio que dispensan los empresarios a las trabajadoras, remunerando a sus homólogos masculinos de forma más generosa por realizar el mismo trabajo que aquellas. No obstante, la noción de que la mujer es menos capaz que el hombre – presente en buena parte de la historia de la humanidad y en la mayoría de las culturas – ha ido perdiendo vigor en el último medio siglo en nuestro país, de modo que esta idea de “menor valía congénita” no parece ser la causante de estas desigualdades laborales, ni los empresarios sus promotores.

La realidad es que la menor calidad del empleo femenino – en España y en buena parte del mundo desarrollado – se debe a cuestiones más sutiles que tienen su origen en un modelo social gestado durante milenios en el que se asigna a la mujer el rol del cuidado de los hijos e hijas, y al hombre el rol de trabajar y dar sustento económico a la familia⁵. Esta concepción de roles, transmitida de generación en generación por medio de la educación y la imitación de nuestros mayores, ha hecho anidar en la mujer la idea de que ella es la cuidadora del hogar, y en el hombre, la idea de que él es el pilar económico. El empoderamiento femenino y la incorporación de la mujer al mercado de trabajo no modificaron esta idea, sino que tan solo supusieron una suma, una adición: ahora si las mujeres querían trabajar, podían hacerlo, pero además debían encargarse al llegar a casa del cuidado del hogar y de los hijos/as⁶. Piénsese que, pese a que la mujer española se incorporase de

⁵ Para conocer interesantes reflexiones en torno al desarrollo histórico-evolutivo del ser humano y el origen de estos estereotipos, se recomienda la lectura de Y.N. HARARI, *op. cit.*

⁶ Lo cual conlleva un alto coste psicológico, desencadena altos niveles de estrés y da lugar a fuertes sentimientos de culpa por no atender de forma adecuada a la familia, tal y como se afirma en A. GARRIDO-LUQUE, J.L. ÁLVARO-ESTRAMIANA, A.R. ROSAS-TORRES, *Estereotipos de género, maternidad y empleo: un análisis psicosociológico*, en *Pensando Psicología*, 2018,

forma significativa al mercado de trabajo alrededor del año 1975, la corresponsabilidad en la crianza y en la realización de las tareas domésticas constituye una reivindicación muy reciente, con apenas una década de recorrido. Es por ello que nuestro presente deriva de un pasado en el que el rol de cuidado es indubitadamente femenino, no existiendo un marco jurídico que favoreciese el reparto equitativo de tareas del hogar; prueba de ello la encontramos en que, hasta 2007, el progenitor masculino tan solo contaba con un permiso de dos días por nacimiento de hijo, no habiendo sido hasta 2021 cuando se ha equiparado a dieciséis semanas la duración de la suspensión del contrato de trabajo de hombres y mujeres por nacimiento de menor.

Así, la principal causante de la menor calidad del empleo femenino en nuestro país es, precisamente, esta distribución de roles de género⁷, fraguada desde los mismos orígenes de la historia de la humanidad con la aquiescencia de hombres y mujeres, y hasta ahora, incuestionada. No cabe duda de que, pese a los actuales esfuerzos por lograr el destierro de estos estereotipos sociales – y que poco a poco están transformando la sociedad –, la modificación de un modelo social con tanto recorrido histórico no puede lograrse de la noche a la mañana, de modo que las mujeres actuales – así como los hombres – siguen viéndose influidos por estos roles de género, y estos roles de género, a su vez, siguen explicando las realidades laborales. En concreto, son cuatro las características del actual empleo femenino en nuestro país que podemos enumerar para explicar la menor calidad del mismo frente al masculino, siendo el origen de todas ellas la persistencia del modelo de roles de género antes descrito: 1) parcialidad; 2) mayor incidencia de excedencias y reducciones de jornada por cuidados; 3) techo de cristal; 4) discriminación salarial.

Parcialidad

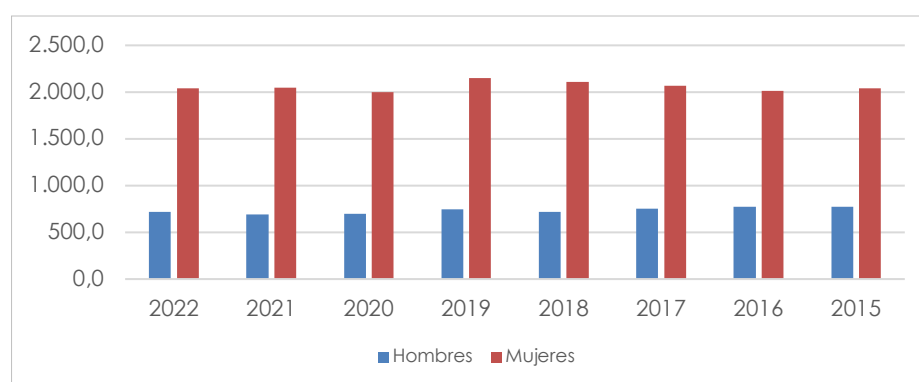
El trabajo a tiempo parcial cuenta con una indudable dimensión femenina en nuestro país. De hecho, el número de trabajadoras con una jornada parcial en España en el año 2022 fue de 2.038.400 mujeres, frente

n. 23.

⁷ Tal y como se afirma en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Reducción de jornada por cuidado de hijo y discriminación indirecta por razón de sexo: cálculo del descanso (retribuido como trabajo efectivo) tras la realización de guardias médicas*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, n. 1. Un interesante estudio acerca de los roles y estereotipos de género puede encontrarse en I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Estereotipos y roles de género e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres*, en ignasibeltran.com, 19 junio 2019.

al dato masculino de 719.400 trabajadores⁸, esto es, un 183% superior, no habiendo mejorado esta situación en la última década.

Gráfico 1 – Incidencia del trabajo a tiempo parcial en España (en miles de personas)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos INE, [Tasas de actividad, paro y empleo por provincia y sexo](#), en www.ine.es, 2 noviembre 2023

Este fenómeno puede explicarse, al menos en parte, por la mayor responsabilidad que asumen las mujeres en el cuidado de los hijos/as y del hogar, lo que dificulta que puedan compatibilizar la realización de estas tareas con un trabajo a jornada completa. Es por ello que muchas mujeres buscan trabajos a tiempo parcial que les permitan recoger a sus hijas e hijos del colegio y pasar tiempo con ellos, especialmente por las tardes.

No obstante, la parcialidad causa auténticos estragos a la hora de calcular las pensiones a las que las mujeres tienen derecho, pues la misma cuenta con dos importantes consecuencias que se proyectan en el ámbito de la Seguridad Social. La primera de ellas es que el salario promedio retribuido por un trabajo a tiempo parcial, lógicamente, es menor que el retribuido por un trabajo a tiempo completo (en concreto, 12.049,03€ anuales en los trabajos a tiempo parcial, frente a los 29.657,85€ anuales para el trabajo a tiempo completo en el año 2021⁹, lo que resulta en un 59,37% menos), de modo que la mayor incidencia de la parcialidad en las mujeres trabajadoras reduce el valor promedio de sus bases de cotización – las cuales se calculan a partir del salario percibido –, lo que disminuye en consecuencia la cuantía de las prestaciones a las que tienen derecho.

La segunda consecuencia viene dada por la normativa vigente – hasta

⁸ INE, [Número de trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo](#), en www.ine.es, 3 junio 2023.

⁹ INE, [Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2021](#), Nota de prensa, 20 junio 2023.

hace muy poco – en el ámbito de nuestro Derecho de la Seguridad Social, ya que el artículo 247 LGSS establecía que el número de días efectivamente cotizados por las personas trabajadoras con jornada a tiempo parcial sería el resultado de multiplicar el número de días de cotización acreditados por el correspondiente coeficiente de parcialidad¹⁰ (y, en el caso de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, nuevamente por un coeficiente de 1,5, si bien desde septiembre de 2021, este método de cálculo de las mismas fue declarado inconstitucional por la STC 155/2021, de 13 de septiembre, aunque continuó vigente para el resto de prestaciones).

Así, por ejemplo, si una persona trabajadora a tiempo parcial contaba con un coeficiente de parcialidad del 50% y acreditaba 30 años cotizados con idéntica jornada, tan solo podían computársele como cotizados de forma efectiva 15 años a efectos de calcular el porcentaje a aplicar sobre su base reguladora para obtener el importe final de la prestación que pretendía solicitar¹¹; hasta septiembre de 2021, 22,5 años si pretendía solicitar una pensión de jubilación o incapacidad permanente (15 años x 1,5 = 22,5 años). Es por ello que el trabajo a tiempo parcial dificultaba en gran medida alcanzar la cotización de los 36 años y 6 meses que actualmente se exigen para lograr la aplicación de un porcentaje del 100% en el cálculo de la pensión de jubilación, y al tener el trabajo a tiempo parcial una dimensión indudablemente femenina, esta negativa repercusión en la cuantía de la prestación obtenida recaía especialmente sobre las mujeres trabajadoras, incrementando la brecha de género en materia de pensiones.

Con todo, esta fórmula de cálculo ha sido objeto de una modificación legislativa que ha supuesto su eliminación, tal y como se expondrá en el cuarto epígrafe del presente trabajo.

Mayor incidencia de excedencias y reducciones de jornada por cuidados

Una segunda e importante característica del trabajo femenino en España es la mayor frecuencia con la que las mujeres solicitan reducciones de jornada (art. 37 ET¹²) o excedencias (art. 46.3 ET) para el cuidado de

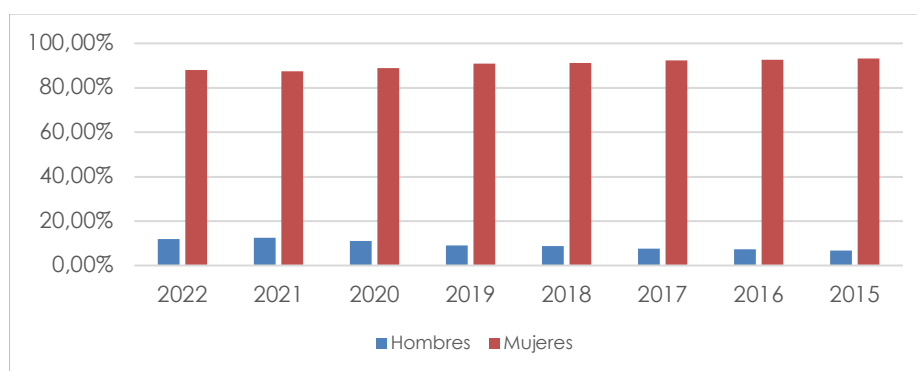
¹⁰ Entendiéndose por tal «el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo», conforme al citado precepto.

¹¹ Debe tenerse en cuenta que esta fórmula de cálculo no perjudicaba a las personas trabajadoras a tiempo parcial en el acceso a la prestación, pues conforme a la anterior redacción del art. 247.c LGSS, el periodo mínimo de carencia exigido a las mismas también se vería proporcionalmente reducido conforme al coeficiente global de parcialidad calculado tomando como referencia la totalidad de su vida laboral.

¹² RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

menores o de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad frente a los hombres. En concreto, en el año 2022 la proporción de mujeres solicitantes de excedencias por cuidado de menor fue del 88,02%, frente al 11,98% de hombres¹³.

Gráfico 2 – Solicitudes de excedencias por cuidado de menor en España



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INSTITUTO DE LAS MUJERES, [Mujeres en Cifras – Conciliación – Excedencias, permisos y reducciones de jornadas](http://www.inmujeres.gob.es), en www.inmujeres.gob.es, 8 marzo 2024, tablas [Excedencia por cuidado de hijas/os según comunidad autónoma](#) (datos de 2023)

Por otro lado, en el año 2022 las mujeres representaron el 78,62% del total de solicitudes de excedencia por cuidado de familiares, frente al 21,38% de hombres¹⁴, y existen investigaciones que han determinado una proporción del 84-16% en favor de las mujeres a la hora de solicitar medidas de conciliación en el trabajo¹⁵, con el consiguiente perjuicio en sus bases de cotización, pues debe tenerse en cuenta que las reducciones de jornada minoran proporcionalmente el salario percibido, y las excedencias por cuidado de menor o familiar suponen, directamente, no cobrar salario alguno durante la totalidad de su duración.

Estatuto de los Trabajadores.

¹³ INSTITUTO DE LAS MUJERES, [Mujeres en Cifras – Conciliación – Excedencias, permisos y reducciones de jornadas](http://www.inmujeres.gob.es), en www.inmujeres.gob.es, 8 marzo 2024, tablas [Excedencia por cuidado de hijas/os según comunidad autónoma](#) (datos de 2023).

¹⁴ INSTITUTO DE LAS MUJERES, *op. cit.*, tablas [Excedencia por cuidado de familiares según comunidad autónoma](#) (datos de 2023).

¹⁵ M. CALVO GARCÍA, M.T. PICONTO NOVALES (coords.), *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Consejo General del Poder Judicial, 2014, p. 74.

Techo de cristal

La expresión “techo de cristal” alude al conjunto de dificultades que encuentran las mujeres para ascender profesionalmente en una ocupación.

El número de mujeres en puestos de trabajo de mayor responsabilidad – y, por tanto, mejor remunerados – resulta notoriamente inferior al de los hombres en España, lo que indudablemente reduce la base de cotización promedio de las mujeres en nuestro país. Esta regularidad la encontramos en multitud de ámbitos: en el Poder Judicial, el porcentaje de magistradas en el Tribunal Supremo es tan solo del 21,90%, y en los Tribunales Superiores de Justicia, del 40,4%¹⁶, y ello pese a que las mujeres supongan el 71,28% de los ingresos por turno libre de oposición en la carrera judicial¹⁷; en el ámbito universitario, únicamente el 24,1% de las mujeres son catedráticas de universidad¹⁸, y en el ámbito empresarial, tan solo el 11,8% de las mujeres son presidentas de consejos de administración de empresas del IBEX 35, siendo consejeras únicamente el 39,4%¹⁹.

Probablemente, la mayor responsabilidad asumida en el cuidado del hogar y de los hijos e hijas por parte de las mujeres explique en parte estas cifras, pues estas actividades consumen una importante proporción de tiempo que no puede ser destinada entonces al desarrollo profesional, dificultando en consecuencia que una mujer reúna los méritos profesionales requeridos para el acceso a este tipo de puestos frente a un hombre (se estima que las mujeres destinan en España 4 horas y 7 minutos diarios al cuidado del hogar y de la familia, mientras que los hombres dedican a la misma actividad 1 hora y 54 minutos)²⁰.

Discriminación salarial

Incluso aunque una mujer consiga alcanzar un puesto de trabajo de responsabilidad rompiendo el conocido “techo de cristal”, sería posible que cobrase menos que su homólogo varón pese a realizar idéntico trabajo,

¹⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre la estructura de la carrera judicial a 1 de enero de 2023*, 2023.

¹⁷ Dato correspondiente al año 2021 y extraído de CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Estructura demográfica de la Carrera Judicial*, en www.poderjudicial.es, 7 abril 2023, *Serie 2006-2023. Características jueces y magistrados*.

¹⁸ MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN, *Científicas en cifras 2021*, 2021, p. 35.

¹⁹ INE, *Mujeres y hombres en España*, 2023, § 8.4 *Mujeres en altos cargos públicos y privados*, Gráfico *Mujeres en la presidencia y en los consejos de administración de las empresas del IBEX 35. Serie 2013-2023 (% mujeres)*.

²⁰ INSTITUTO DE LAS MUJERES, *Mujeres en Cifras – Conciliación – Usos del tiempo*, en www.inmujeres.gob.es, 29 noviembre 2023, tablas *Diferencias en el uso del tiempo* (datos de 2012).

siendo por tanto objeto de discriminación salarial.

La Comisión Europea define la brecha salarial de género como la diferencia existente entre los salarios percibidos por las personas trabajadoras de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de hombres y mujeres²¹. Podríamos indicar que, en el año 2021, el salario bruto anual de las mujeres en España fue, en promedio, de 23.175,95€, frente a los 28.388,69€ de media de los hombres (un 18,36% menos)²², de modo que podríamos cifrar la brecha salarial de género en nuestro país en un 18,36% en el citado año, de acuerdo con la definición proporcionada por el anterior organismo supranacional.

Sin embargo, el menor salario promedio de las trabajadoras viene en parte explicado por factores como la mayor parcialidad del trabajo femenino, la mayor proporción de excedencias o reducciones de jornada solicitadas por mujeres o la menor proporción de mujeres en puestos de responsabilidad, de modo que estos datos no nos permiten conocer si existe discriminación de género en la remuneración del trabajo, esto es, si un hombre percibe un mayor salario que una mujer ante el mismo trabajo realizado por el simple hecho de ser hombre, pese a contar con idéntico tipo de contrato, jornada y puesto.

Para analizar este extremo, podemos tomar como referencia, por ejemplo, la ganancia media anual en el año 2021 del grupo de ocupación “directores y gerentes” de nuestro país, en el que el salario bruto anual de las mujeres ascendió a 51.456,82€, mientras que el de los hombres alcanzó los 63.703,19€²³, siendo por tanto un 23,80% superior. Es cierto que este dato tampoco compara personas trabajadoras con idénticas circunstancias personales, pues puede ser que los hombres en promedio acumulen una mayor experiencia o antigüedad en puestos de dirección que las mujeres debido a la tardía incorporación de estas al mercado de trabajo y a las dificultades que encuentran para alcanzar este tipo de puestos, pero difícilmente esta circunstancia podría justificar una diferencia tan acusada.

Esta sospecha se ve corroborada si atendemos a los datos arrojados por la brecha de género “ajustada”, que es aquella que atiende a las circunstancias personales de las personas trabajadoras cuyos salarios son comparados, de modo que se contrapongan solamente retribuciones de personas con circunstancias semejantes (teniendo en cuenta experiencia, nivel educativo, tipo de empresa, jornada, ocupación, sector de

²¹ COMISIÓN EUROPEA, *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, 2014.

²² INE, *Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2021*, cit., p. 2.

²³ *Ibidem*, p. 6.

actividad...)²⁴. Se estima que la misma alcanzó un 13,3% en nuestro país en el año 2018²⁵, de modo que puede concluirse que el menor salario bruto anual promedio de las mujeres no puede explicarse exclusivamente atendiendo a la mayor incidencia de la parcialidad, de la solicitud de medidas de conciliación que reducen la remuneración percibida o del techo de cristal, sino que, en parte, viene dado por la menor valoración del trabajo de la mujer frente al del hombre por el simple hecho de ser mujer, menor valoración que probablemente proceda de la histórica asociación de la misma al cuidado del hogar y los estereotipos que este rol de género ha ocasionado en nuestra sociedad.

Debe destacarse, asimismo, que España ocupa, en el año 2023, la posición número 64 (de 146 países estudiados) en el ranking de países con mayor igualdad salarial por trabajo similar publicado por el World Economic Forum²⁶.

En suma, conforme a los datos expuestos, el empleo femenino español presenta, en términos generales, cuatro importantes características que, unidas, explican el menor salario, así como la menor duración y calidad de las carreras de cotización de las mujeres frente a las de los hombres, siendo este el origen de las brechas de género salarial y en materia de pensiones en nuestro país.

3. La situación actual de la brecha de género en materia de pensiones en España

En la medida en que el estado actual de la brecha salarial de género (tanto ajustada como no ajustada) en España ha sido resumido en el apartado anterior, resta tan solo abordar la situación actual de la brecha de género en materia de pensiones en nuestro país. No obstante, debe destacarse que, en puridad, sería más apropiado hablar de brecha de género en materia de protección social, habida cuenta de que este problema se constata en la totalidad de nuestro sistema de Seguridad Social, desde las pensiones hasta las prestaciones por desempleo o los subsidios por

²⁴ Aunque es cierto que comparar personas con circunstancias personales y profesionales idénticas resulta una tarea casi imposible, pues en la retribución influyen numerosas aptitudes cualitativas que son difícilmente cuantificables, tales como la capacidad de liderazgo, de negociación o el carisma de la persona.

²⁵ B. ANGHIEL, J.I. CONDE-RUIZ, *Brechas Salariales de Género ajustadas en España: 2002-2018*, Estudio sobre la Economía Española FEDEA, 2023, n. 6, p. 28.

²⁶ WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Gender Gap Report 2023. Insight Report*, 2023, p. 329.

incapacidad temporal²⁷. Sin embargo, se centrará la atención en la brecha de género en materia de pensiones, al ser este el principal ámbito en el que el legislador español ha implementado medidas para la reducción de estas desigualdades, poniendo el foco, en concreto, en la brecha de género existente en relación a las pensiones contributivas – aquellas que dependen del esfuerzo previo de cotización realizado por la persona trabajadora –, pues el dato de la brecha de género existente en la cuantía de las pensiones en general puede resultar engañoso, al encontrarse atenuado por el hecho de que la cuantía de las pensiones no contributivas constituye un importe fijo y coincidente para hombres y mujeres, siempre y cuando acrediten unas mismas circunstancias económicas y personales.

Así pues, la situación actual de la brecha de género en materia de pensiones en nuestro país resulta preocupante, al punto de que, en promedio, la pensión contributiva cobrada por un hombre resulta aproximadamente un 50% superior a la cobrada por una mujer. En concreto, las cuantías promedio cobradas según sexo y tipo de pensión contributiva, así como la brecha de género (entendida como diferencia media entre las cuantías cobradas) calculada con respecto a la mujer, se muestran en la siguiente tabla.

Cuadro 1 – Importe medio de las pensiones contributivas por sexos y cálculo de la brecha de género (a 1º enero 2024)

	Mujeres	Hombres	Brecha de género	Peso en el sistema
Jubilación	1.129,89€	1.645,69€	45,65%	63,61%
Incapacidad permanente	1.064,01€	1.220,24€	14,68%	9,33%
Viudedad	917,61€	619,81€	32,45%	23,24%
Orfandad	497,94€	503,03€	1,02%	3,36%
Favor de familiares	752,12€	707,64€	-5,91%	0,45%
Total del sistema	1.018,60€	1.504,09€	47,66%	

Fuente: elaboración propia a partir de datos de SEGURIDAD SOCIAL, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de enero de 2024*.

²⁷ Tal y como afirma C. MOLINA NAVARRETE, “Brechas de género” y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección, en *iQUAL*, 2020, n. 3, p. 22.

Pensiones en vigor a 1 de enero de 2024, según régimen de Seguridad Social, por clase de pensión, 2024

Como puede observarse, la brecha de género resulta especialmente notoria en las pensiones contributivas de jubilación, las cuales a su vez suponen un 63,61% del total de pensiones contributivas en vigor del sistema, de modo que, aunque las diferencias entre sexos sean más reducidas en las restantes prestaciones, la brecha de género global del sistema contributivo de Seguridad Social arroja un 47,66%.

En la medida en que la cuantía de las prestaciones contributivas del sistema depende directamente del esfuerzo de cotización realizado previamente por la persona trabajadora durante su vida laboral, resulta claro que si existe una brecha de género en materia de pensiones es porque las mujeres trabajadoras de nuestro país no pueden acreditar, en promedio, el mismo esfuerzo de cotización realizado, también en promedio, por los hombres trabajadores. En suma, si la cuantía promedio de las pensiones contributivas causadas por las mujeres en España es inferior a la causada por los hombres, esto se debe a que las carreras de cotización de las primeras son de peor calidad que las de estos últimos, bien porque estas tengan una dimensión temporal menor, bien porque sus bases de cotización sean inferiores, o bien por una combinación de estas dos circunstancias, lo que viene explicado, a su vez, por las características del empleo femenino expuestas en el epígrafe anterior.

De ahí que la brecha de género en materia de pensiones contributivas constituya un indicador incluso mejor que la brecha salarial de género para el estudio de las desigualdades entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, dado que la segunda solo tiene en cuenta el aspecto económico – la cuantía salarial –, mientras que la primera valora, además, la dimensión temporal de la vida laboral de la persona trabajadora, pues puede ser que una empleada haya cobrado lo mismo que su homólogo varón – de modo que no existiría brecha salarial alguna –, pero que, a raíz de una solicitud de excedencia por cuidado de hijo/a, haya dejado de cotizar durante tres años, con el consiguiente perjuicio en la cuantía de la pensión a la que tendrá derecho en un futuro.

Estos datos han llevado a situar la lucha contra la brecha de género en materia de pensiones como una de las prioridades del Gobierno en los últimos años, reformando nuestro Derecho de la Seguridad Social de modo que se adapte mejor a la realidad vivida por la mujer trabajadora en nuestro país y dotándolo de una mayor perspectiva de género²⁸. En este sentido,

²⁸ Perspectiva de la que ha carecido en las anteriores reformas tendentes a la reducción del gasto del sistema, pues el incremento del requisito de carencia para causar la pensión de

cabe destacar, por su especial orientación hacia esta finalidad, un conjunto de medidas implementadas mediante el reciente RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, que serán objeto de análisis seguidamente.

4. Medidas de política pública adoptadas para la reducción de las brechas de género en España

Son, fundamentalmente, dos los planos en los que se han implementado acciones para la lucha contra la brecha de género salarial y en materia de pensiones en España: por un lado, se han desplegado medidas en el ámbito del mercado de trabajo a fin de lograr una mayor corresponsabilidad en el cuidado del hogar y de los hijos e hijas por parte de hombres y mujeres, y por otro lado, se ha articulado un conjunto de reformas normativas y de mecanismos correctores en el marco de nuestro Derecho de la Seguridad Social a fin de reducir la acusada brecha de género en materia de pensiones de la que adolece nuestro país.

4.1. Medidas en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social: hacia un sistema de protección social con mayor perspectiva de género

A continuación, se realizará una breve exposición²⁹ de las diferentes medidas arbitradas en el ámbito de nuestro sistema de Seguridad Social a fin de reducir la brecha de género en materia de pensiones en nuestro país, tomando como especial referencia, según se ha indicado, las incorporadas por el RD-Ley 2/2023, por haber sido una de las normas más ambiciosas que se hayan promulgado para lograr este objetivo.

jubilación, la modificación de sus reglas de cálculo y de revalorización, el retraso de la edad de jubilación y los límites al complemento de mínimos han perjudicado en especial a las trabajadoras, tal y como indica M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 43, p. 129. En el mismo sentido, M. LÓPEZ MARTÍNEZ, B.Á. MARÍN LÓPEZ, *La brecha de género en las pensiones en España y la Unión Europea*, en *Papeles de Población*, 2019, n. 102.

²⁹ Para un análisis en mayor profundidad, *vid.* M.C. GRAU PINEDA, *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, 2021.

Equiparación del cómputo de la vida laboral en el trabajo tanto a tiempo completo como a tiempo parcial

Como se ha mencionado con anterioridad, una de las características del trabajo femenino en España es su gran parcialidad, la cual ocasiona carreras de cotización de menor calidad para las mujeres afectadas por la misma, pues no solo sus retribuciones serán menores que las que corresponderían a un trabajo a tiempo completo, sino que, además, el número de días efectivamente cotizados sería el resultado de multiplicar su coeficiente de parcialidad por el número de días cotizados – regla que, con el añadido del coeficiente de 1,5, resultaba de aplicación a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común hasta septiembre de 2021 –, lo que dificultaba en gran medida acreditar prolongados periodos de cotización y alcanzar cuantías elevadas en el cobro de la prestación correspondiente.

El fundamento de esta regla de proporcionalidad aplicada al trabajo a tiempo parcial se encontraba en el principio de contributividad que rige el sistema, de modo que se entendía que, como aquellos que han trabajado a tiempo completo acreditan más horas cotizadas, debían verse beneficiados frente a aquellos que trabajan a tiempo parcial y acreditan menos horas. No obstante, este razonamiento resulta desproporcionado, puesto que las personas trabajadoras a tiempo parcial, precisamente por trabajar menos horas, cobran un salario menor, de modo que la cuantía de sus prestaciones será ya de por sí inferior, al contar con bases de cotización más reducidas: es en este aspecto en el que se manifiesta el principio de contributividad que inspira el sistema. Si además de este perjuicio en la base reguladora de la prestación se añade otro más en la determinación del porcentaje a aplicar a la misma, atribuyendo menor valor a un día de trabajo cotizado a tiempo parcial que a un día de trabajo cotizado a tiempo completo, realmente se está generando un doble efecto negativo que resulta excesivamente oneroso para las personas trabajadoras a tiempo parcial, que, recordemos, son en su mayoría mujeres.

Este mismo parecer acerca del sistema hasta ahora vigente de cómputo de la vida laboral en el marco del trabajo a tiempo parcial ha sido expresado en sede jurisdiccional tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰ como por nuestro Tribunal Constitucional³¹, lo que llevó a una clara intención por parte de nuestras fuerzas políticas de modificar la

³⁰ STJUE 8 mayo 2019, asunto C-161/18.

³¹ STC 91/2019, de 3 de julio; STC 155/2021, de 13 de septiembre.

mencionada normativa, plasmada en la recomendación 17 del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*³², y ahora materializada en la reforma del artículo 247 LGSS operada por el RD-Ley 2/2023, por la que, a partir de su entrada en vigor el 1º de octubre de 2023, se ha equiparado el valor de un día cotizado a tiempo parcial con el de un día cotizado a tiempo completo, independientemente del porcentaje de parcialidad³³ que acredite la persona trabajadora, lo que tendrá indudablemente un efecto positivo en la reducción de la brecha de género no ya de las pensiones, sino de las prestaciones del sistema de Seguridad Social en general en nuestro país.

Integración de lagunas

El mecanismo de integración de lagunas en las carreras de cotización constituye una ficción jurídica por la que, en el momento del cálculo de una prestación, se atenúa el efecto negativo de los periodos en los que no haya existido obligación de cotizar, de modo que estos, en vez de computar como no cotizados, se integrarán con la base mínima de cotización vigente en el momento hasta el mes número 48 (cuatro años), y con el 50% de dicha base mínima a partir del mes número 49 (art. 197.4 LGSS para la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y art. 209.1.b LGSS para la pensión de jubilación)³⁴.

³² En *BOCG – Congreso de los Diputados, 27 noviembre 2020, n. 187*. En la recomendación se indica que «El cuarto ámbito de actuación atañe a los trabajadores/as a tiempo parcial, un colectivo que está integrado principalmente por mujeres, en un alto porcentaje no por libre elección. [...] se han de impulsar reformas que corrijan posibles tratamientos discriminatorios, con particular atención al cálculo de los periodos de carencia y la eliminación de las reducciones proporcionales en las cuantías aseguradas de rentas mínimas».

³³ El art. 247 LGSS queda redactado como sigue: «A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos». Asimismo, el RD-Ley 2/2023 elimina el apartado tercero del art. 248 LGSS, suprimiendo, consecuentemente, la aplicación del coeficiente de 1,5 en el cálculo del periodo de tiempo cotizado en relación con las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

³⁴ La explicación proporcionada no debe ser extrapolada a las personas trabajadoras encuadradas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), por cuanto a este colectivo tan solo se le permite integrar un periodo de 6 meses tras la extinción de la prestación económica por cese de actividad. Esta regulación, que constituye una exigua mejora para los autónomos por los exigentes requisitos necesarios para el acceso a esta integración y el corto horizonte temporal en el que se les permite la misma, ha sido introducida por el RD-Ley 2/2023, no teniendo estos hasta entonces reconocido derecho

Este mecanismo de integración de lagunas ha sido modificado en dos aspectos por el RD-Ley 2/2023, en un intento por reducir la brecha de género en materia de pensiones en nuestro país³⁵.

1) Integración de lagunas en el marco del trabajo a tiempo parcial

La redacción actualmente vigente del artículo 248.2 LGSS establece que, «A efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término». Por tanto, si una persona trabajadora ve interrumpida su carrera de cotización, ocurriendo que el último empleo por el que se la contrató fue a tiempo completo, sus lagunas serán integradas con el 100% de la base mínima vigente, mientras que, si su último empleo fue a tiempo parcial, estas lagunas serán integradas con la proporción de la base mínima correspondiente al número de horas por las que se la contrató.

Imaginemos entonces a una persona trabajadora que durante 20 años ha trabajado a tiempo completo, posteriormente trabajó un año a tiempo parcial y, finalmente, ha visto interrumpida su carrera de cotización en los últimos años antes de causar la pensión de jubilación o de incapacidad permanente. Esta persona no vería integradas sus lagunas por el 100% de la base mínima vigente en el momento, sino por una prorrata de la misma hecha en función de la parcialidad que tuvo tan solo durante ese único año en el que trabajó a tiempo parcial y que no representa más que un 5% de su vida laboral. Por tanto, la vigente regla resulta altamente arbitraria, no integrando lagunas tomando en consideración el conjunto de la vida laboral de la persona, sino tan solo la azarosa circunstancia de que el último empleo que tuviera antes de la interrupción de sus cotizaciones fuera a tiempo parcial o completo³⁶, afectando en mayor medida, además, a las mujeres por su mayor representatividad en el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, esta regulación fue considerada no discriminatoria tanto por el TJUE³⁷ como

a integración alguna. Sería, por tanto, conveniente seguir avanzando en este sentido, hasta conseguir la equiparación en su tratamiento con el Régimen General.

³⁵ Tal y como se indica en la recomendación 17 del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, con estas medidas se pretende que «las lagunas de cotización no causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y de favorecer el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias».

³⁶ En este sentido, *vid.* J.A. MALDONADO MOLINA, *La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2023, n. 475, p. 32.

³⁷ STJUE 14 abril 2015, asunto C-527/13.

por el Tribunal Constitucional³⁸.

De manera acertada, el RD-Ley 2/2023 ha venido a modificar esta regla, de modo que, a partir de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 248.2 LGSS³⁹ el 1º de enero de 2026, ya no se prorrateará el importe de la base de cotización mínima a integrar con el coeficiente de parcialidad, sino que se proporcionará idéntico tratamiento a las personas trabajadoras, ya haya sido su último empleo a tiempo parcial o completo: se integrarán las lagunas por el 100% de la base mínima durante los primeros 48 meses, y por el 50% de este importe los meses adicionales (regla general antes descrita).

2) Integración de lagunas de mujeres trabajadoras

El RD-Ley 2/2023 ha introducido una nueva disposición transitoria cuadragésima primera en la LGSS, y con ella, un nuevo mecanismo de integración de lagunas más beneficioso para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena⁴⁰. En concreto, a partir de su entrada en vigor el 1 de enero de 2026, las mujeres trabajadoras gozarán de una integración de lagunas del 100% de la base mínima vigente por los 60 primeros meses en los que no hubiera existido obligación de cotizar, del 80% desde la mensualidad número 61 hasta la 84, y del 50% los restantes meses (de modo que se beneficiarán de un incremento frente a sus homólogos masculinos del 50% en las lagunas 49 a 60, y del 30% en las lagunas 61 a 84).

No obstante, esta previsión no alcanza a las mujeres trabajadoras por cuenta propia, en una diferencia de trato que resulta cuestionable, pues idénticas son las labores de cuidado que asumen estas – y, por tanto, los perjuicios profesionales que experimentan en sus respectivos sectores – a raíz de los estereotipos de género todavía imperantes en nuestra sociedad.

Por otro lado, debe destacarse que este régimen más beneficioso de integración también puede ser disfrutado por los hombres – excluidos los trabajadores por cuenta propia –, siempre y cuando acrediten el cumplimiento de los requisitos para la obtención del complemento para la

³⁸ STC 110/2015, de 28 de mayo.

³⁹ Nueva redacción del art. 248.2 LGSS: «A efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo en los términos establecidos en los artículos 209.1 y 197.4, respectivamente» (esto es, conforme a la regla general antes expuesta).

⁴⁰ Nótese que esta medida viene referida únicamente a la pensión de jubilación, por ser esta la prestación con mayor peso relativo en el sistema y también mayor brecha de género, siendo por tanto las reformas en relación a la misma las de mayor potencial para corregir la brecha de género en materia de pensiones.

reducción de la brecha de género⁴¹. Finalmente, este favorable mecanismo de integración tan solo resultará de aplicación en tanto la brecha de género en las pensiones de jubilación sea superior al 5%, en los términos de la disposición adicional trigésima séptima LGSS.

Reconocimiento como cotizados de los periodos de excedencia por cuidado de hijo/a o familiares e incremento de la base de cotización en caso de reducciones de jornada por los mismos motivos

Como se ha expuesto con anterioridad, la falta de corresponsabilidad en el cuidado del hogar y de los hijos/as ha llevado a las mujeres trabajadoras a solicitar con mucha mayor frecuencia que los hombres trabajadores excedencias para el cuidado de aquellos o de familiares. Durante estos periodos de tiempo, se generan lagunas de cotización que tienen un impacto negativo en la cuantía de las futuras prestaciones que se causen, motivo por el que, ya desde la LGSS del año 1994⁴² se reconocía como periodo de cotización efectivo el primer año con reserva de puesto de trabajo del periodo de excedencia que las personas trabajadoras disfrutasen con motivo del cuidado de cada hija o hijo⁴³. Esta ficción jurídica resulta extremadamente útil para combatir la brecha de género en materia de pensiones, pues ayuda a mejorar la calidad de las carreras de cotización de las mujeres trabajadoras, razón por la que se ha tendido a una progresiva mejora del periodo de tiempo considerado como cotizado, tal y como se muestra en el siguiente cuadro.

Cuadro 2 – Evolución del periodo reconocido como cotizado en relación a las excedencias por cuidado de hijos/as o familiares

	Tiempo reconocido como cotizado	
	Por cuidado de hijos	Por cuidado de familiares
LGSS de 1994	1 año	
Ley 52/2003 ⁴⁴	1 año	1 año

⁴¹ Salvo el relativo a que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor o el que este deba tener derecho al citado complemento.

⁴² RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴³ Art. 180.b LGSS de 1994.

⁴⁴ Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

LO 3/2007 ⁴⁵	2 años	1 año
Ley 27/2011 ⁴⁶	3 años	1 año
RD-Ley 2/2023	3 años	3 años

Según se refleja, no fue hasta el año 2003 cuando se arbitró la misma ficción jurídica para las excedencias por cuidado de familiares, aunque el legislador se ha resistido a ofrecer un tratamiento simétrico a estos dos tipos de excedencias, reconociendo con carácter general un mayor número de años cotizados en el caso de las excedencias por cuidado de hijos/as hasta la reciente reforma operada por el RD-Ley 2/2023 (arts. 237.1 y 237.2 LGSS).

Por otro lado, las reducciones de jornada por cuidado de hijos/as o familiares ocasionan una reducción proporcional del salario percibido por la persona trabajadora – generalmente mujeres –, minorando consecuentemente sus bases de cotización y, por tanto, la cuantía de las prestaciones a las que tendrán derecho en el futuro. Es por ello que en el marco de este tipo de reducciones de jornada también se ha articulado una ficción jurídica, de modo que se computen dichas bases de cotización incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido en caso de no haber solicitado la medida de conciliación. Esta previsión fue implementada por la LO 3/2007 con una duración máxima de 2 años en el caso de reducción de jornada por cuidado de hijo/a, y de 1 año en el caso de reducción de jornada por cuidado de otros familiares. No obstante, el RD-Ley 2/2023 ha incrementado y equiparado estos límites temporales a 3 años tanto en el caso de la reducción de jornada por cuidado de hijo/a, como en el caso de la reducción de jornada por cuidado de otros familiares (art. 237.3 LGSS).

Con estas ficciones jurídicas se pretende, tal y como se indica en la recomendación 17 del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, «acometer de modo enérgico la cuestión de los cuidados con el objetivo de que las carreras profesionales de quienes tengan personas dependientes a cargo no generen vacíos de cotización por esta causa».

Complemento para la reducción de la brecha de género

Otra medida de gran relevancia para la reducción de la brecha de

⁴⁵ LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁴⁶ Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

género consiste en conceder un incremento en la cuantía de la prestación – complemento – a aquellas personas trabajadoras que acrediten haber experimentado un perjuicio en sus carreras de cotización por haber asumido el cuidado de los hijos/as, generalmente, las mujeres.

Efectivamente, esta medida fue implantada y reconocida para las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente en nuestro país en el año 2015, con la promulgación de la actual LGSS (art. 60), mediante la creación del conocido popularmente como complemento de maternidad por aportación demográfica, aunque realmente se reguló bajo la rúbrica *Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social*. Sin embargo, este complemento – en vigor desde el 2 de enero de 2016 – pareció nacer con una vocación más orientada a incentivar la reducida natalidad del país, y no tanto a reducir la cuantiosa brecha de género del sistema, lo que parece desprenderse de que únicamente se reconociese el mismo si se acreditaba haber tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, de modo que la medida no beneficiaba a aquellas madres que hubieran tenido tan solo un hijo/a. Asimismo, dicho complemento fue articulado exclusivamente para las mujeres, lo cual le llevó a experimentar un importante varapalo judicial a raíz de la STJUE de 12 de diciembre de 2019⁴⁷, por la que el tribunal europeo consideró la regulación del citado complemento contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, al ser discriminatoria por no reconocerse a los hombres que cumpliesen idénticos requisitos⁴⁸.

Es por ello que el RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, derogó el complemento de maternidad por aportación demográfica e introdujo, mediante una nueva redacción del artículo 60 LGSS, el conocido como «complemento para la reducción de la brecha de género», actualmente vigente desde el 4 de febrero de 2021 para las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente. Este nuevo complemento nació con una mayor orientación hacia la reducción de la brecha de género en materia de

⁴⁷ Asunto C-450/18.

⁴⁸ Resulta interesante destacar que, recientemente, el TJUE – en STJUE 14 septiembre 2023, asunto C-113/22 – ha declarado que los hombres a los que se denegó este complemento de forma discriminatoria tienen derecho a ser indemnizados en la cuantía que determinen los órganos jurisdiccionales nacionales, habiendo fijado la Sala Cuarta de nuestro Tribunal Supremo en 1.800 euros el importe de esta indemnización en su sentencia 977/2023, de 15 de noviembre (rec. 5547/2022).

pensiones contributivas – tal y como indica su nombre –, reconociéndose a partir del primer hijo o hija que tenga una mujer. Igualmente, a fin de que el régimen jurídico del mismo se adecuase a la doctrina del TJUE, la nueva redacción del artículo 60 LGSS contempla la posibilidad de que los hombres tengan derecho a su cobro, aunque únicamente en caso de cumplir un conjunto de requisitos que bien pueden ser considerados excesivamente exigentes: resultará necesario, en caso de causar el progenitor masculino una pensión de viudedad, que la misma sea reconocida por el fallecimiento del otro progenitor de los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad; o bien, en caso de causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente, que haya visto afectada su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de sus hijos o hijas, en los términos establecidos en el referido precepto.

En la medida en que a las mujeres no se les exige el cumplimiento de tales condiciones para causar el mismo, cabe preguntarse si la nueva regulación del complemento para la reducción de la brecha de género no resulta igualmente discriminatoria para los hombres, lo cual ha motivado, de hecho, la formulación de una nueva cuestión prejudicial europea por el TSJ de Madrid, mediante auto de 13 de septiembre de 2023, por la que los magistrados plantean si la nueva redacción del artículo 60 LGSS resulta contraria a la Directiva 79/7 y a los artículos 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aunque – dada la incertidumbre inherente a todo proceso judicial – las afirmaciones que se realicen al respecto deben formularse de manera cautelosa, resulta muy posible que el TJUE declare nuevamente la vulneración del Derecho de la Unión por parte del artículo 60 LGSS, ante lo cual cabe preguntarse, tal y como realiza el TSJ de Madrid, si no habría sido suficiente con reconocer tal complemento al progenitor que causase una pensión de menor cuantía, sin distinción entre sexos.

En cualquier caso, y para continuar profundizando en su régimen jurídico, dicho complemento es satisfecho mensualmente en catorce pagas, y su cuantía para el año 2021 ascendió a 27 euros mensuales⁴⁹, la cual fue incrementada hasta los 28 euros mensuales para el año 2022⁵⁰. A partir del año 2023, se estableció que la cuantía mensual de este complemento se revalorizaría conforme a la variación interanual del Índice de Precios al

⁴⁹ Conforme a la DA 1ª del RD-Ley 3/2021.

⁵⁰ DA 39ª.2 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

Consumo (IPC)⁵¹, de modo que su importe para el citado año asciende a 30,40 euros⁵².

No obstante, el RD-Ley 2/2023 ha venido a reforzar el complemento para la reducción de la brecha de género, aumentando su cuantía para el bienio 2024 y 2025 con un incremento, adicional a la citada revalorización anual, de un 10% a distribuir entre estos dos años, en línea con la medida 217 del [III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025](#) y la reforma “R4” del componente 30 del [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#).

Asimismo, cabe señalar que este complemento tan solo resultará de aplicación en tanto la brecha de género en las pensiones de jubilación⁵³ sea superior al 5%, en los términos de la disposición adicional trigésima séptima LGSS.

Incremento de las pensiones contributivas mínimas y no contributivas

Resulta una realidad que el cobro de complementos de mínimos a las pensiones contributivas, así como de pensiones no contributivas, tiene una dimensión marcadamente femenina, pues las mujeres trabajadoras presentan mayores dificultades para acreditar carreras de cotización de calidad que les permitan causar, en promedio, pensiones de igual cuantía a las de los hombres, e incluso tener derecho a pensiones contributivas propias. Así, el 67,17% de las personas pensionistas que cobran complementos de mínimos en nuestro país son mujeres⁵⁴, siendo además el porcentaje de mujeres entre quienes cobran pensiones no contributivas del 63,84%⁵⁵, de modo que incrementar la cuantía de las pensiones contributivas mínimas y de las no contributivas constituye una medida que tiene un indudable impacto positivo en la reducción de la brecha de género

⁵¹ DA 36ª.2 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

⁵² DA 6ª.2 del RD 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023.

⁵³ Resulta curioso que se tome como referencia la brecha de género en pensiones de jubilación, aunque este complemento se prevea también para las pensiones de viudedad e incapacidad permanente. Probablemente se deba a que la brecha en aquella es la más acusada.

⁵⁴ SEGURIDAD SOCIAL, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de enero de 2024. Pensiones en vigor a 1 de enero de 2024 con complemento a mínimos*, 2024.

⁵⁵ INSTITUTO DE LAS MUJERES, *Mujeres en Cifras – Empleo y Prestaciones Sociales – Pensiones no contributivas*, en www.inmujeres.gob.es, 10 febrero 2023, tablas *Personas beneficiarias de pensiones no contributivas* (datos de 2023).

en materia de pensiones.

En este sentido, el RD-Ley 2/2023 ha introducido una nueva disposición adicional quincuagésima tercera en la LGSS por la que se establece una progresiva revalorización de las pensiones contributivas mínimas. En concreto, se liga por primera vez la cuantía mínima de estas prestaciones al umbral de la pobreza para un hogar de dos adultos⁵⁶. Así, se establece un incremento – adicional al anual – de la cuantía mínima de la pensión de jubilación contributiva para titulares mayores de 65 años con cónyuge a cargo de un 20% de la brecha que exista con respecto a dicho umbral de pobreza en 2024, de un 30% en 2025, de un 50% en 2026 y de un 100% en 2027, calculándose el citado umbral en este último año tomando como referencia un hogar de dos adultos. Por su parte, este será también el importe de referencia de la pensión de viudedad con cargas familiares y de las pensiones contributivas con cónyuge a cargo (salvo la de incapacidad permanente total de menores de 60 años), mientras que el importe mínimo de las restantes pensiones contributivas se incrementará en un 50% de las cuantías expresadas anteriormente.

Finalmente, la citada disposición adicional también prevé un incremento de las pensiones no contributivas, adicional al anual, equivalente al expresado en el párrafo anterior, aunque tomando como referencia el resultado de multiplicar por 0,75 el umbral de pobreza de un hogar unipersonal. Tal y como indica la exposición de motivos del RD-Ley 2/2023, estos incrementos se prevén «como colofón y contribución decisiva a la garantía de suficiencia», reforzando y mejorando «la institución de las pensiones mínimas», siendo esta «una medida con una relevante dimensión de género».

4.2. Medidas en el ámbito del mercado de trabajo: fomentando una mayor corresponsabilidad en el cuidado y una mayor igualdad salarial

No debe olvidarse que el conjunto de medidas implementadas desde el ámbito del Derecho de la Seguridad Social viene a atenuar una brecha de género en materia de pensiones que ha sido generada previamente en el mercado de trabajo, en el que las características del empleo femenino antes descritas y derivadas de los marcados roles de género perpetuados por la

⁵⁶ Resultante de multiplicar por 1,5 el umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en España, según el último dato disponible en la *Encuesta de Condiciones de Vida* del INE.

sociedad han ocasionado desigualdades en la calidad del trabajo femenino y masculino. Se podría decir entonces que las medidas descritas en el apartado anterior tienen, por tanto, la intención de “curar” un problema que viene derivado del mercado de trabajo de nuestro país.

No obstante, tal y como indica el refranero español, probablemente las medidas de mayor relevancia son aquellas que pretenden prevenir el surgimiento de esta brecha de género en primer lugar, y, en este sentido, numerosas han sido las medidas implementadas en las últimas décadas en España – muchas con gran influencia del legislador europeo –, entre las que cabe destacar:

- la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico-laboral de múltiples permisos retribuidos que pretenden fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, reforzados recientemente por el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio⁵⁷: 15 días naturales en caso de matrimonio o registro de pareja de hecho; 5 días en caso de accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización del cónyuge, pareja de hecho o familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluidos los familiares de la pareja de hecho; 2 días por fallecimiento de los familiares anteriormente descritos, 4 días si se requiere desplazamiento; un día por traslado del domicilio habitual; y el tiempo indispensable para realizar exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto o para el cumplimiento de los requisitos previstos para la adopción o acogimiento (art. 37.3 ET). Asimismo, como novedad, el RD-Ley 5/2023 ha introducido un nuevo permiso retribuido por fuerza mayor de hasta cuatro días al año⁵⁸ que permite a las personas trabajadoras ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes (art. 37.9 ET), así como un novedoso permiso parental – actualmente, no retribuido⁵⁹ – de duración no

⁵⁷ Por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

⁵⁸ Según se desprende de la dicción del art. 37.9 ET, parece interpretarse que esta referencia temporal a los cuatro días únicamente opera para limitar la obligación del empresario de retribuir las ausencias de la persona trabajadora, si bien, esta podrá ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuanto resulte necesario – siempre y cuando pueda acreditar estas circunstancias –, aunque más allá de aquel límite temporal, sus ausencias no serán remuneradas, salvo convenio colectivo o pacto en contrario.

⁵⁹ No obstante, los apartados primero y tercero del art. 8 de la Directiva (UE) 2019/1158

- superior a ocho semanas para el cuidado de hijo/a o menor acogido por tiempo superior a un año, a disfrutar hasta que el menor alcance los ocho años de edad (art. 48-*bis* ET)⁶⁰;
- el reconocimiento de un periodo de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento (arts. 48.4 y 48.5 ET), equiparando desde 2021 a dieciséis semanas la duración de esta suspensión para ambos progenitores y obligando al progenitor varón a disfrutar de esta suspensión de forma ininterrumpida durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, a fin de favorecer la corresponsabilidad en el cuidado del recién nacido;
 - la articulación del derecho a solicitar una reducción de jornada por múltiples motivos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar: por cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses (art. 37.4 ET), por nacimiento prematuro de hijo o hija que deba permanecer hospitalizado (art. 37.5 ET) o por cuidado directo de un menor de doce años, una persona con discapacidad que no ejerza una actividad retribuida, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad – incluidos los de la pareja de hecho – que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 37.6 ET). Del mismo modo, también se establece el derecho a solicitar una reducción de jornada para los progenitores, guardadores o acogedores que tengan un menor a su cargo afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave que precise ingreso hospitalario de larga duración;
 - la previsión de excedencias con reserva de puesto de trabajo – bien sea el mismo o de grupo profesional equivalente – por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar: una excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo o hija – a contar desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento –, así como una excedencia de dos años – salvo que se establezca una

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, establecen que el disfrute de dicho permiso deberá llevar aparejado un derecho económico ejercitable por la persona trabajadora, bien sea en forma de “remuneración”, a cargo del empresario, o en forma de “prestación económica”, a cargo de las arcas del sistema de Seguridad Social. Cualquiera que sea la opción seleccionada por el Estado español, la misma deberá articularse, a más tardar, el 2 de agosto de 2024, según establece el art. 20.2 de la mencionada Directiva.

⁶⁰ Sobre este permiso, puede consultarse F. VILA TIerno, *El “nuevo” permiso parental*, en www.martinezchevarria.com/blog, 13 julio 2023.

- duración mayor por negociación colectiva – para atender al cuidado del cónyuge, pareja de hecho o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad – incluidos los de la pareja de hecho – que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no ejerza actividad remunerada;
- la incorporación mediante el RD-Ley 5/2023 al Estatuto de los Trabajadores de un procedimiento de negociación entre la persona trabajadora y la empresa para hacer efectivo el derecho de la primera a la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET) mediante la solicitud de adaptaciones de jornada (ej. cambios de horario, reducciones de jornada...) o de modificaciones del modo de prestación del trabajo (ej. teletrabajo) a las que el empresario solo podrá negarse aportando razones objetivas;
 - la instauración – plenamente implementada desde marzo de 2022 – de la obligación por parte de todas las empresas de cincuenta o más personas trabajadoras de elaborar y negociar con la representación de los trabajadores planes de igualdad que pretenden eliminar la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, con la expresa obligación de realizar auditorías retributivas y justificar las diferencias salariales que existan en el seno de la empresa (art. 45.3, LO 3/2007). Respecto a este último aspecto, constituyó un gran avance, además, la modificación del artículo 28 ET por el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por la que se introdujo en el mismo una definición acerca de qué debe entenderse por “trabajo de igual valor”, y se estableció una obligación empresarial de llevanza de registros retributivos desagregados por sexo a los que tienen derecho a acceder las personas trabajadoras a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, debiendo incluirse en dicho registro, en caso de que el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, una justificación del porqué de dicha acusada desviación⁶¹;
 - en un futuro, la norma que transponga la Directiva 2022/2381⁶²

⁶¹ Sobre la reforma operada por el RD-Ley 6/2019, *vid.* M. MIÑARRO YANINI, *El nuevo impulso normativo contra la brecha retributiva entre sexos*, en *Revista Galega de Dereito Social*, 2019, n. 8.

⁶² Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

establecerá la obligación – al menos en las sociedades cotizadas – de que las mujeres representen, como mínimo, bien un 40% de los puestos de administrador no ejecutivo, o un 33% del total de puestos de administrador, ya sean ejecutivos o no ejecutivos. Debe destacarse que el pasado 5 de diciembre de 2023, el Gobierno español aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, nombre que parece haber recibido la norma mencionada. En la misma, se amplían los requisitos de paridad establecidos en la mencionada Directiva a las entidades de interés público que cuenten con más de 250 personas trabajadoras, con una cifra de negocios de más de 50 millones de euros o con un activo superior a 43 millones de euros; a las candidaturas en las elecciones al Congreso, Senado, Parlamento Europeo, asambleas autonómicas, municipios, consejos insulares y cabildos insulares; a la composición del Consejo de Ministros; a los órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado; a los tribunales, jurados y órganos colegiados constituidos para otorgar premios o condecoraciones de la Administración General del Estado o entidades integrantes del sector público institucional estatal, o cuando sean presididos por representantes de aquellas; y a las juntas de gobierno de los colegios profesionales⁶³.

Todas estas medidas dirigidas a fomentar la corresponsabilidad de ambos sexos en el cuidado del hogar y de la familia, y a reducir la brecha salarial de género, resultan el primer y más crucial paso en la lucha contra la brecha de género en materia de pensiones, previniendo su aparición y haciendo cada vez menos necesarias las medidas a implementar para su lucha desde el ámbito de la Seguridad Social.

5. Conclusiones

Tal y como se ha podido comprobar, la brecha de género salarial y en materia de pensiones constituye un importante problema en nuestro país que viene dado por la perpetuación de unos roles de género que, realmente, han sido hasta ahora consustanciales a la historia de la humanidad: la mujer viene asociada al rol del cuidado de los hijos e hijas y del hogar, y el hombre a la figura que debe proveer el sustento económico de la unidad familiar.

⁶³ Vid. MINISTERIO DE IGUALDAD, *El Gobierno aprueba el Proyecto de Ley orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres*, en www.igualdad.gob.es, 5 diciembre 2023, y el *Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión*.

Esta distribución estereotípica de tareas ha configurado las actuales características del empleo femenino en España, el cual viene definido por su parcialidad, los mayores sacrificios laborales por parte de las mujeres para conciliar – solicitando reducciones de jornada o excedencias –, sus mayores dificultades de ascenso profesional – que dan lugar al conocido como “techo de cristal” – o la discriminación salarial por razón de sexo que aún hoy sigue estando presente en nuestras relaciones laborales.

Así, tal y como afirma la exposición de motivos del RD-Ley 3/2021 por el que se implantó el actual complemento para la reducción de la brecha de género:

No es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas.

Con todo, numerosas son las medidas que se han implementado desde el ámbito tanto del Derecho de la Seguridad Social como del Derecho del Trabajo para, en el primer caso, corregir, y en el segundo, prevenir el surgimiento de la brecha de género en materia de pensiones, la cual no es más que un reflejo de nuestro mercado laboral derivado de la brecha salarial de género y de las carreras de cotización menos prolongadas que, en promedio, acreditan las mujeres trabajadoras. Así, todas y cada una de las medidas antes expuestas muestran una clara tendencia por parte de nuestras fuerzas políticas por fomentar una mayor corresponsabilidad en el cuidado de la familia y del hogar, lo cual a su vez refleja, por primera vez, un esfuerzo social colectivo por cuestionar y abandonar los estereotipos de género que durante siglos han constreñido a la mujer frente al hombre.

Es cierto que aún queda camino por recorrer, especialmente en lo referente a la mejora y equiparación con el Régimen General de la integración de lagunas de cotización para las personas trabajadoras por cuenta propia, o la más que posible reforma que deberá afrontar nuevamente el artículo 60 LGSS para dotar al complemento para la reducción de la brecha de género de una regulación auténticamente neutral y ausente de todo tipo de discriminación por razón de sexo.

No obstante, parece que nuestra sociedad está cambiando, y nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social lo hará con ella, y aunque la efectividad de estas medidas – y de las muchas que en un futuro lleguen – vendrá determinada por los datos estadísticos que se recojan en los próximos lustros, una cosa es segura: si nuestro objetivo es lograr una

sociedad más igualitaria, vamos por el buen camino.

6. Bibliografía

- ANGHEL B., CONDE-RUIZ J.I. (2023), *Brechas Salariales de Género ajustadas en España: 2002-2018*, Estudio sobre la Economía Española FEDEA, n. 6
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2019), *Esteriotipos y roles de género e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres*, en ignasibeltran.com, 19 junio
- CALVO GARCÍA M., PICONTO NOVALES M.T. (coords.), *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Consejo General del Poder Judicial, 2014
- COMISIÓN EUROPEA (2014), *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2023), *Estructura demográfica de la Carrera Judicial*, en www.poderjudicial.es, 7 abril
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2023), *Informe sobre la estructura de la carrera judicial a 1 de enero de 2023*
- GARRIDO-LUQUE A., ÁLVARO-ESTRAMIANA J.L., ROSAS-TORRES A.R. (2018), *Esteriotipos de género, maternidad y empleo: un análisis psicosociológico*, en *Pensando Psicología*, n. 23, pp. 1-14
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*
- GRAU PINEDA M.C. (2021), *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo
- HARARI Y.N. (2022), *Sapiens. De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, Penguin Random House
- INE (2023), *Tasas de actividad, paro y empleo por provincia y sexo*, en www.ine.es, 2 noviembre
- INE (2023), *Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2021*, Nota de prensa, 20 junio
- INE (2023), *Mujeres y hombres en España*
- INE (2023), *Número de trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo*, en www.ine.es, 3 junio
- INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER (2023), *Indicadores de género. Tipología de indicadores de Género. Indicadores básicos: Cómo se calculan y cómo interpretarlos*, en www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer, 14 marzo

- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2024), *Mujeres en Cifras – Conciliación – Excedencias, permisos y reducciones de jornadas*, en www.inmujeres.gob.es, 8 marzo
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2023), *Mujeres en Cifras – Conciliación – Usos del tiempo*, en www.inmujeres.gob.es, 29 noviembre
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2023), *Mujeres en Cifras – Empleo y Prestaciones Sociales – Pensiones no contributivas*, en www.inmujeres.gob.es, 10 febrero
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2022), *III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025*
- LÓPEZ ANIORTE M.C. (2020), *Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación*, en *Lan Harremanak*, n. 43, pp. 120-155
- LÓPEZ MARTÍNEZ M., MARÍN LÓPEZ B.Á. (2019), *La brecha de género en las pensiones en España y la Unión Europea*, en *Papeles de Población*, n. 102, pp. 81-114
- MALDONADO MOLINA J.A. (2023), *La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 475, pp. 9-42
- MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN (2021), *Científicas en cifras 2021*
- MINISTERIO DE IGUALDAD (2023), *El Gobierno aprueba el Proyecto de Ley orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres*, en www.igualdad.gob.es, 5 diciembre
- MIÑARRO YANINI M. (2019), *El nuevo impulso normativo contra la brecha retributiva entre sexos*, en *Revista Galega de Dereito Social*, n. 8, pp. 129-166
- MOLINA NAVARRETE C. (2020), *“Brechas de género” y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección*, en *iQUAL*, n. 3, pp. 1-26
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2021), *Reducción de jornada por cuidado de hijo y discriminación indirecta por razón de sexo: cálculo del descanso (retribuido como trabajo efectivo) tras la realización de guardias médicas*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 1, pp. 1-10
- SEGURIDAD SOCIAL (2024), *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de enero de 2024. Pensiones en vigor a 1 de enero de 2024, según régimen de Seguridad Social, por clase de pensión*
- SEGURIDAD SOCIAL (2024), *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de enero de 2024. Pensiones en vigor a 1 de enero de 2024 con complemento a mínimos*
- VILA TIERNO F. (2023), *El “nuevo” permiso parental*, en www.martinezchevarria.com/blog, 13 julio
- WORLD ECONOMIC FORUM (2023), *Global Gender Gap Report 2023. Insight Report*

Trabajos de cuidado y corresponsabilidad: la función institucional

Sarai RODRÍGUEZ GONZÁLEZ*

RESUMEN: Un auténtico modelo de conciliación corresponsable precisa la intervención del Estado articulando una red pública de cuidados que sostenga desde lo común una parte importante de las tareas de cuidado y creando empleo decente en el sector. La función institucional del Estado aparece destacada en la Agenda 2030 y la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 que subrayan la necesidad de reconocer y valorar los cuidados no retribuidos, así como la importancia de la inversión en servicios de cuidado para apoyar la participación de las mujeres en el empleo remunerado. Iniciativas como la Estrategia Europea de Cuidados o el Plan Corresponsables en España buscan abordar la insuficiencia de servicios asistenciales y mejorar las condiciones de trabajo en el sector asistencial, con un enfoque centrado en la creación de empleo de calidad y la dotación de una red de servicios de cuidados asequibles, accesibles y de buena calidad.

Palabras clave: Trabajos de cuidado, género, conciliación corresponsable, políticas públicas.

SUMARIO: 1. Los trabajos de cuidado: importancia social y brechas de género. 2. Cambio demográfico y economía de los cuidados: transformaciones productivas y desafíos institucionales. 2.1. Crisis de los cuidados y aumento de la demanda de servicios públicos de protección. 2.2. Políticas públicas para la economía de los cuidados y transformación del cuidado en trabajo productivo. 3. La vertiente institucional de la conciliación corresponsable: perspectivas a la luz de las iniciativas más recientes. 3.1. El impulso de la corresponsabilidad institucional en el marco de la Agenda 2030 de Naciones Unidas y en el ámbito de la Unión Europea. 3.2. Las políticas públicas de atención a los cuidados en España: ¿hacia la articulación de un sistema estatal de cuidados? 4. Sostenibilidad y transición justa en la economía de los cuidados. 4.1. Iniciativas para una transición justa en el ámbito de la economía de los cuidados en España. 4.2. La necesaria transversalidad de las políticas de atención a personas dependientes y el refuerzo de la economía de los cuidados. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de La Laguna (España).

Care Work and Co-responsibility: the Institutional Function

ABSTRACT: A true model of co-responsible reconciliation requires the intervention of the State by articulating a public care network that supports an important part of care tasks from the commons and by creating decent employment in the sector. The institutional role of the State is highlighted in the 2030 Agenda and the Gender Equality Strategy 2020-2025, which stress the need to recognize and value unpaid care, as well as the importance of investing in care services to support women's participation in paid employment. Initiatives such as the European Care Strategy or the Co-responsible Plan in Spain seek to address the lack of care services and improve working conditions in the care sector, with a focus on the creation of quality employment and the provision of a network of affordable, accessible and good quality care services.

Key Words: Care work, gender, co-responsible conciliation, public policies.

1. Los trabajos de cuidado: importancia social y brechas de género

Los cuidados suponen la actividad básica para la supervivencia humana y desempeñan un papel fundamental en el tejido social, constituyendo la columna vertebral que sostiene el bienestar de las personas, especialmente de aquellas que son vulnerables debido a su edad, salud o discapacidad. Pese a ello, los trabajos de cuidado se han caracterizado históricamente por su invisibilidad, falta de valor y reconocimiento social, y distribución desigual. Sin duda, la feminización de los cuidados, junto a la división social del trabajo, ha contribuido esencialmente a explicar los fundamentos de la sociedad desigual desde la perspectiva de género.

La OIT¹ resalta que el trabajo de cuidados ocupa un lugar central en el desarrollo y el bienestar de las sociedades. Más recientemente, la Alianza Global para los cuidados instó en 2021 la incorporación de la perspectiva de los derechos humanos en la agenda global para los cuidados con el fin de visibilizar la doble dimensión del concepto de cuidado: como derecho al que las personas deben tener acceso y como función clave para la reproducción de la sociedad².

La “esencialidad” de los cuidados hacia otras personas exige hacer referencia al denominado trabajo reproductivo, «imprescindible para la creación y para el mantenimiento de las personas, de las familias y, por ende, de las sociedades»³. Y es que la importancia de los trabajos de cuidado resulta incuestionable al constituir un proceso integrado para la producción de bienes y servicios, junto con la reproducción, pues «no hay sistema productivo ni sociedad alguna que puedan existir sin que se reproduzca la vida y se sostenga; no hay producción sin reproducción»⁴. De hecho, estos trabajos han sido considerados «de vital importancia para el futuro del trabajo decente»⁵. Sin embargo, y aunque se reconoce su carácter esencial para el funcionamiento de la sociedad y la economía, a menudo son infravalorados y realizados de manera no remunerada o precaria, lo que ha redundado en significativas desigualdades de género y económicas.

Los trabajos de cuidado abarcan tanto las actividades de cuidado

¹ L. ADDATI, U. CATTANEO, V. ESQUIVEL, I. VALARINO, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, OIT, 2019.

² ONU MUJERES, *Reconocer el cuidado como un derecho humano. Instan los líderes de la Alianza Global por los Cuidados*, en www.unwomen.org, 14 diciembre 2021.

³ M.F. POYATOS CHACÓN, *Transición justa en la economía de los cuidados*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, E. SIERRA HERNÁIZ (dirs.), *La transición justa desde la perspectiva de género*, Aranzadi, 2023, p. 5 del extracto.

⁴ D. COMAS-D'ARGEMIR, *Cuidados y derechos. El avance hacia la democratización de los cuidados*, en *Cuadernos de Antropología Social*, 2019, n. 49, p. 16.

⁵ L. ADDATI, U. CATTANEO, V. ESQUIVEL, I. VALARINO, *op. cit.*, p. 13.

directo, personal y relacional, como las de cuidado indirecto, albergando, por tanto, una amplia gama de tareas superpuestas e intrínsecamente ligadas a la calidad de vida de quienes los reciben, desde el cuidado de menores hasta el apoyo o asistencia a personas mayores o con necesidades especiales⁶.

Estos trabajos pueden llevarse a cabo con carácter no remunerado en el ámbito del hogar⁷; o ser desarrollados de manera profesional (remunerada) en instituciones de atención a la salud, en centros de cuidados infantiles, en residencias de ancianos, y en una variedad de entornos relacionados con la atención a las personas⁸. En la actualidad, la mayor parte de los cuidados son informales y no remunerados. Así lo ponen de manifiesto los datos recogidos en la Estrategia Europea de los Cuidados⁹, donde se indica que 52 millones de europeos ofrecen cuidados a personas sin remuneración ni reconocimiento.

El trabajo de los cuidados tiene una importante componente de género¹⁰. Históricamente, los trabajos de cuidado han recaído de manera desproporcionada en las mujeres¹¹, supliendo la inexistencia de recursos sociosanitarios, de políticas sociolaborales o de un Estado de Bienestar como tal, sin perjuicio de la influencia que en cada etapa histórica ha impuesto la socialización del rol de género o los tradicionales valores

⁶ Ampliamente sobre el ámbito funcional del sector de los cuidados y las actividades laborales básicas implicadas, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Economía Social, eco-empleos y cuidados de larga duración: claves para una transición justa*, en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 2023, n. 42, pp. 67-70.

⁷ La prestación de cuidados no remunerada fue considerada como trabajo por la OIT en el año 2013. *Vid.* Resolución I, *Resolución sobre las estadísticas del trabajo, la ocupación y la subutilización de la fuerza de trabajo*, 19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, 2013.

⁸ Los cuidados no profesionales, vienen definidos en el art. 2.5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, como la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada. Por su parte, el art. 2.6 establece que los cuidados profesionales son aquellos prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia Europea de Cuidados, 7 septiembre 2022, COM(2022)440 final.

¹⁰ EIGE, *Gender inequalities in care and pay in the EU*, 2020. En el caso de España, son las mujeres las que soportan el 67,6% del total de horas de cuidados no remunerados. *Vid.* L. ADDATI, U. CATTANEO, V. ESQUIVEL, I. VALARINO, *op. cit.*, p. 368.

¹¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre las Trabajadoras Domésticas y las Cuidadoras en la Unión Europea*, Documento de Sesión, 2016, A8-0053, pp. 11 y 27.

religiosos. Con todo, la derivación al ámbito familiar de las responsabilidades de cuidado ha permitido «economizar el gasto público»¹².

En la actualidad, la mayoría de las personas que presta servicios en el sector de los cuidados con carácter remunerado son mujeres, con frecuencia migrantes, y cuando trabajan en la economía informal, lo hacen en condiciones precarias y a cambio de un salario muy bajo¹³. Por su parte, la asunción mayoritariamente femenina del trabajo de cuidados en el ámbito doméstico/familiar, debido a patrones culturales que han recluido la actividad de las mujeres al hogar familiar, ha contribuido a perpetuar su rol de cuidadora y a exacerbar las brechas de género en el mercado laboral (y después de su masiva incorporación al mismo) ante la falta de reconocimiento económico y social de los trabajos de cuidado no remunerados que se realizan en el hogar. Estas brechas incluyen la desigualdad retributiva (y pensional) entre hombres y mujeres y la limitada participación de las mujeres en el mercado laboral¹⁴.

Se evidencian así las consecuencias de la «devaluación de lo femenino» fruto del «inadecuado proceso de heteroidentificación de la mujer (que) perpetúa la división horizontal y vertical del mercado de trabajo, consagrando así relaciones desiguales en donde ellas asumen las responsabilidades familiares al tiempo que concilian la vida laboral y familiar (sistema de doble jornada)»¹⁵. La situación de la mujer en el mercado laboral (menor presencia en el trabajo remunerado, mayor temporalidad y disfrute de jornadas a tiempo parcial, exposición a condiciones precarias de empleo y mayor tasa de abandono, temporal o permanente) es consecuencia de un «modelo social» que perpetúa una realidad: son ellas las que con más frecuencia atienden en exclusiva a los familiares que por edad o enfermedad necesitan cuidados¹⁶. De ello deriva que las mujeres continúen siendo quienes mayoritariamente hagan uso de los permisos parentales, lo que, a su vez, provoca que su trayectoria profesional se interrumpa más a menudo,

¹² M.F. POYATOS CHACÓN, *op. cit.*, p. 7 del extracto.

¹³ La Estrategia Europea de los cuidados indica que el 90% de los cuidadores profesionales son mujeres, que suelen estar infravaloradas y sujetas a malas condiciones laborales.

¹⁴ Ampliamente sobre la brecha de género en las retribuciones y en las pensiones, M.C. GRAU PINEDA, *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, 2021; S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género: un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, 2020.

¹⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 4, p. 20.

¹⁶ J. LÓPEZ LÓPEZ, *Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad*, en *Temas Laborales*, 2002, n. 67, p. 55.

sea más lenta y corta¹⁷.

Asimismo, la desigual distribución de los usos del tiempo, de las tareas domésticas y de cuidado tiene un impacto sobre la menor tasa de participación de las mujeres en el mercado laboral y evidencia la persistente asunción femenina del rol de género del cuidado. En el ya citado Informe de la OIT titulado *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente* se indica que «en algunos países, la contribución de los hombres al trabajo de cuidados no remunerado ha aumentado en los veinte últimos años. Sin embargo, entre 1997 y 2012, la brecha de género en el tiempo dedicado a la prestación de cuidados no remunerada apenas disminuyó en 7 minutos (al pasar de 1 hora y 49 minutos a 1 hora y 42 minutos) en los 23 países que cuentan con series cronológicas de datos»¹⁸. A partir de estos datos, la OIT concluye que «a este ritmo, cerrar la brecha de género observada en la prestación de cuidados no remunerada en estos países llevará 210 años (es decir, no hasta 2228)»¹⁹. Estas cifras permiten poner de manifiesto que «este lentísimo ritmo de cambio cuestiona la efectividad de las políticas pasadas y actuales para abordar el alcance y la división del trabajo de cuidados no remunerado en los dos últimos decenios». Estudios más recientes siguen confirmando que las mujeres ven limitada su dedicación al trabajo remunerado porque duplican el tiempo que los hombres invierten en el trabajo de los cuidados²⁰. El FMI en su *Global Gender Gap Report 2022* (análisis de los datos de 2019 de 33 países, que representan el 54% de la población mundial en edad de trabajar) establece que la proporción de tiempo dedicado por los hombres al trabajo no remunerado fue del 19%, mientras que para las mujeres fue del 55%. Una conclusión semejante se refleja en los datos publicados de forma reciente por el Instituto Europeo de la Igualdad de Género sobre la brecha de género en los cuidados de larga duración: el 58% de las mujeres se perciben a sí mismas como casi siempre o en su mayor parte proporcionando

¹⁷ Según los datos de la Seguridad Social correspondiente al primer semestre de 2022 el número de excedencias dadas de alta en el primer trimestre del año fue de 8.194, de las que 7.144 correspondieron a mujeres, el 87,2%, y 1.050 a hombres, lo que equivale al 12,8%.

¹⁸ L. ADDATI, U. CATTANEO, V. ESQUIVEL, I. VALARINO, *op. cit.*, p. 68.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ A escala mundial, las mujeres dedican en promedio 3,2 veces más tiempo que los hombres a la prestación de cuidados no remunerada (4 horas y 25 minutos al día frente a 1 hora y 23 minutos en el caso de los hombres). A lo largo de un año, esto representa un total de 201 días de trabajo (sobre una base de ocho horas diarias) para las mujeres en comparación con 63 días de trabajo para los hombres. Esta conclusión se extrae a partir del análisis de las encuestas del uso del tiempo llevadas a cabo en 64 países (que representa el 66,9% de la población mundial en edad de trabajar). *Vid.* L. ADDATI, U. CATTANEO, V. ESQUIVEL, I. VALARINO, *op. cit.*, p. 53.

cuidado informal, frente al 43% de los hombres²¹.

El alcance de la persistencia de los roles de género en torno a las responsabilidades de cuidado se evidenció de forma nítida durante la pandemia del Covid-19²², momento en que quedó patente la asunción desproporcionada por las mujeres de las labores domésticas y los cuidados no remunerados, convirtiéndose en las auténticas protagonistas del cuidado de familiares menores y dependientes, de la educación en el hogar y del trabajo doméstico ante el cierre de los centros educativos y las residencias de día, dificultándose, si cabe aún más, su acceso al empleo y su mantenimiento en las relaciones de trabajo, incluidas las más precarias marcadas por la parcialidad y/o la temporalidad²³. Esta realidad se reflejó en el [2021 report on gender equality in the EU](#), que ponía de relieve que la pandemia había aumentado la brecha de género en los cuidados por la asunción desproporcionada por las mujeres de las labores domésticas y los cuidados no remunerados. El Informe de la Comisión llamaba la atención sobre la perpetuación de roles en el ámbito doméstico aún en los momentos de confinamiento, durante los cuales las mujeres dedicaron una media de 62 horas a la semana al cuidado de los menores (frente a 36 horas en el caso de los varones) y 23 horas a la semana a la realización de tareas domésticas (frente a 15 horas los varones).

A mayor abundamiento, la asunción de responsabilidades familiares por las mujeres ha sido destacada como uno de los principales elementos desencadenantes de la brecha de género en la participación en el mercado de trabajo, que redundan en la brecha salarial y pensional. Así lo reconocía el [Informe Mundial sobre Salarios 2018/19](#) al subrayar que el reparto equitativo de las tareas familiares entre hombres y mujeres, los horarios flexibles, la existencia de servicios adecuados para la atención y cuidado de menores y dependientes favorecerían que las mujeres tomaran decisiones distintas en relación con sus elecciones de ocupación y trabajo. Además, según los datos de la Comisión Europea vertidos en la Estrategia Europea de Cuidados, alrededor de 7,7 millones de mujeres están actualmente sin empleo debido a sus responsabilidades asistenciales²⁴.

²¹ EIGE, *Gender inequalities in informal long-term care*, EIGE Statistical Brief, 2022.

²² Z. BLASKO, J. SANJUAN BELDA, *Division of Childcare and Housework among Men and Women during COVID-19 lockdowns*, European Commission, 2022.

²³ OECD, *OECD Employment Outlook 2020. Worker Security and the COVID-19 Crisis*, 2020. El [2022 report on gender equality in the EU](#) de la Comisión refleja que durante 2020 la participación de las mujeres en la mano de obra disminuyó un 0,5% en comparación con 2019, tras una década de aumento constante.

²⁴ COM(2022)440 final, cit.

2. Cambio demográfico y economía de los cuidados: transformaciones productivas y desafíos institucionales

En los últimos años, la sociedad ha experimentado una profunda transformación derivada del conjunto de cambios que se han producido en las estructuras familiares y el incremento de la participación de las mujeres en el mercado laboral. Sin embargo, la forma de atender las necesidades de cuidado apenas ha variado, recayendo casi en exclusiva sobre las mujeres, con las consecuencias que ello comporta (precariedad laboral, salarios más bajos, alteraciones de la salud mental, etc.).

A esto se suman los cambios demográficos asociados a la drástica disminución de la tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida²⁵, anticipando un futuro en el que la pirámide demográfica se caracterizará por un envejecimiento significativo con el consecuente aumento de los niveles de dependencia y las necesidades de cuidado. Esta realidad, aunque con un enfoque diferente basado en la garantía de la competitividad en la UE, ha sido resaltada recientemente por la Comisión Europea en una Comunicación de 2023²⁶ con la que se da respuesta a lo solicitado por el Consejo Europeo en sus [Conclusiones de 30 de junio de 2023](#), cuando pidió a la Comisión que presentara un conjunto de instrumentos para abordar los desafíos demográficos. La propuesta presentada parte de un planteamiento integral en materia de cambio demográfico y se estructura en torno a cuatro pilares, siendo uno de ellos el apoyo a los progenitores mediante una mejor conciliación de las aspiraciones familiares y el trabajo remunerado, asegurando sobre todo el acceso a servicios de guardería de calidad y un buen equilibrio entre la vida profesional y la privada.

El desafío demográfico asociado al envejecimiento poblacional conllevará una alta demanda de mano de obra en el sector de los cuidados. De hecho, la OIT prevé que en 2030 el número de receptores de cuidados alcanzará los 2.300 millones de personas²⁷. Por su parte, los datos de la

²⁵ En 2050, 1 de cada 3 españoles tendrá 65 años o más, y por cada persona en esta franja de edad habrá solo 1,7 personas en edad de trabajar (frente a los actuales 3,4). *Vid.* OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, 2021.

²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Cambio demográfico en Europa: conjunto de instrumentos de actuación*, 11 octubre 2023, COM(2023)577 final.

²⁷ Según la OIT, se prevé que en 2030 el número de beneficiarios de cuidados ascenderá a 2.300 millones, a saber, 100 millones más de personas mayores y 100 millones más de niñas y niños de edades comprendidas entre los 6 y los 14 años (L. ADDATI, U. CATTANEO, V. ESQUIVEL, I. VALARINO, *op. cit.*, p. 21).

Comisión Europea sobre la demanda de asistencia indican que en la actualidad seis millones de personas trabajan en el sector, pero las estimaciones apuntan a que se necesitarán otros 1,6 millones de cuidadores de aquí a 2050²⁸. No puede dejar de advertirse que este reto entraña también una valiosa oportunidad industrial para el trabajo asociado a la prestación de cuidados personalizados, a la denominada “*silver economy*”, “economía de las canas” o “*ageingomics*”²⁹, favorecida también por los avances en la innovación técnica. Con todo, cabe indicar al respecto que el empleo en este sector, dado su elevado componente relacional, no se encuentra amenazado por el riesgo de sustitución de la mano de obra humana por robots, IA, u otras tecnologías que, en todo caso, ofrecerán valiosas oportunidades para mejorar las condiciones de las personas trabajadoras del sector, aumentar la calidad de los servicios o liberar de tareas repetitivas o susceptibles de ser automatizadas³⁰.

2.1. Crisis de los cuidados y aumento de la demanda de servicios públicos de protección

Este conjunto de transformaciones productivas se enmarca en un complejo proceso de “desestabilización” del modelo tradicional de reparto de responsabilidades sobre los cuidados y la sostenibilidad de la vida, así como de una reestructuración del conjunto del sistema socioeconómico³¹. Tal desestabilización ha conllevado una reorganización del trabajo asalariado y no asalariado, permaneciendo inalterada la rígida división sexual del trabajo en los hogares y la segmentación de género en el mercado de trabajo remunerado. El aumento de las necesidades de cuidados, las insuficientes medidas públicas para satisfacerlos y para impulsar la

²⁸ F. GAURET, *¿Qué hace la UE para mejorar los cuidados de larga duración en Europa?*, en es.euronews.com, 22 febrero 2023.

²⁹ M.L. GÓMEZ JIMÉNEZ, *Sostenibilidad urbana local y ciudades saludables en transición en la era covid-19: un enfoque jurídico sindémico ante el desarrollo azul*, en *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, 2020, n. 18.

³⁰ Diversos estudios han puesto de manifiesto que solo el 10% de las compañías estadounidenses que podrían beneficiarse de la automatización con la tecnología actual han optado por ella. En particular, en los sectores de baja cualificación y mal remunerados como es el caso del cuidado en el hogar, se constata que seguirá siendo más barato contratar a personas. *Vid.* L. GRILLI, M. MAZZUCATO, M. MEOLI, G. SCCELLATO, *Sowing the seeds of the future: Policies for financing tomorrow's innovations*, en *Technological Forecasting and Social Change*, 2018, vol. 127.

³¹ A. PÉREZ OROZCO, *Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico*, en *Revista de Economía Crítica*, 2006, n. 5.

corresponsabilidad de los hombres en su provisión es lo que ha provocado una grave crisis de los cuidados que la pandemia del Covid-19 visibilizó y agravó.

Todos ellos son signos característicos del advenimiento de un nuevo paradigma que emerge ante la denominada “crisis de los cuidados”, entendida como la incapacidad social y política de garantizar el bienestar de amplios sectores de la población y la generalización de la dificultad de estos para poder cuidarse, cuidar o ser cuidados³². La disminución de la disponibilidad de la prestación de cuidados no remunerada intrafamiliar – realizada de forma no remunerada en el seno del hogar por parte de las mujeres –, la falta de corresponsabilidad intrafamiliar, y la pérdida de autonomía de las personas trabajadoras sobre su uso del tiempo, han conducido, por un lado, a que se produzca un aumento de la demanda de trabajo de cuidados remunerado; y, por otro, a poner de manifiesto la necesidad de garantizar unos servicios públicos de cuidado que iguallen las oportunidades de la ciudadanía y la dignidad de las personas, sobre todo aquellas personas en situación de dependencia.

En este contexto, cabe indicar que contar con una red familiar – conformada principalmente por los abuelos/as – se ha convertido en un elemento básico para la cobertura de la atención de las necesidades básicas de cuidado. La falta de redes familiares de apoyo en el cuidado, el incremento constante de las necesidades de cuidados derivado de los cambios demográficos y las transformaciones de las estructuras familiares, conducen inevitablemente a la «externalización de los cuidados hacia los servicios públicos y las entidades privadas, dando lugar a una Economía del Cuidado cada vez más demandada y con mayores exigencias de calidad»³³.

Los cambios en los modelos de familia y la participación de las mujeres en la fuerza laboral demandan una revisión pública del sistema tradicional de cuidado. Esta revisión debe garantizar la provisión adecuada de atención a las personas dependientes y a las personas trabajadoras del sector, al tiempo que debe velar por la protección socioeconómica de los cuidadores no profesionales, reconociendo su papel en la sociedad y en la economía de cuidados. La socialización del coste del trabajo de cuidados se ha ido estableciendo en las instituciones, integrándose en la economía y la esfera pública³⁴.

³² S. EZQUERRA, *Crisis de los cuidados y crisis sistémica: la reproducción como pilar de la economía llamada real*, en *Investigaciones Feministas*, 2011, n. 2, p. 177 ss.

³³ M.F. POYATOS CHACÓN, *op. cit.*, p. 8 del extracto.

³⁴ *Ibidem*, p. 7 del extracto.

2.2. Políticas públicas para la economía de los cuidados y transformación del cuidado en trabajo productivo

Las políticas de cuidados transformadoras y el trabajo decente en la economía del cuidado son cruciales para garantizar un futuro basado en la justicia social y la igualdad de género. A pesar de la creciente demanda de servicios de cuidado, las personas que trabajan en este sector lo hacen sin retribución o con una remuneración inadecuada, con malas condiciones laborales y sin protección social. Los datos de 2018 de la OIT indican que este grupo de población trabajadora comprende a 381 millones de personas (249 millones de mujeres y 132 millones de hombres), lo cual representa el 11,5% del empleo en el mundo.

Todo ello ha generado un intenso debate sobre la necesidad de promover un cambio social para reconocer y valorar adecuadamente – tanto social como económicamente – el trabajo de cuidado (remunerado y no remunerado), como una contribución esencial al funcionamiento de la sociedad, garantizando así unas condiciones de trabajo decente en la este sector de actividad³⁵, el cual precisa ser abordado en profundidad para pasar de ser trabajo no productivo a su reconocimiento como auténtico trabajo productivo. Un paso fundamental en esta dirección para la prestación de cuidados remunerada lo representa la aportación efectuada en 2008 por la economista Diane Elson al plantear un marco estratégico para la promoción de la corresponsabilidad dentro de las esferas sociales (el mercado, el hogar, la comunidad y el Estado) a través del denominado “modelo de las 3R”: Reconocimiento, Reducción y Redistribución de las tareas del cuidado no remunerado³⁶. Posteriormente, la OIT, en el citado Informe *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, complementó este marco con dos aspectos (Recompensar y Representar), conformando el actual Marco de las 5R de la OIT para el trabajo de cuidados decente y de justicia social. Este Marco destaca la idea de reconocer, reducir y redistribuir el trabajo de cuidados no remunerado, y recompensar y representar a quienes realizan trabajos de cuidados mediante un conjunto de políticas transformadoras; retribuyendo de modo justo, generando al mismo tiempo empleos suficientes, a fin de cubrir las

³⁵ G. QUINTERO LIMA, C. GRAU PINEDA, *A new work-life balance policy: The opportunity to formalise care (domestic) work*, en C189 EUROPEAN ALLIANCE, *Step up efforts towards decent work for domestic workers in the EU. 10th Anniversary of ILO Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*, 2021.

³⁶ D. ELSON, *The Three R's of Unpaid Work: Recognition, Reduction and Redistribution*, paper presentado al *Expert Group Meeting on Unpaid Work, Economic Development and Human Well-Being*, New York, 2008.

necesidades y promover el trabajo decente; y representando a las personas que trabajan en la prestación de cuidados con derechos de organización y representación en la toma de decisiones, el diálogo social y la negociación colectiva.

De manera paralela, y con el fin de transitar hacia un modelo de conciliación corresponsable capaz de favorecer que las mujeres accedan y permanezcan en el empleo remunerado, se afrontan en la actualidad otros dos desafíos cruciales. En primer lugar, se requiere superar los estereotipos de género arraigados y avanzar hacia una visión más igualitaria de los trabajos de cuidado, donde tanto hombres como mujeres compartan las responsabilidades de manera equitativa (corresponsabilidad intrafamiliar). A este propósito responde la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y de los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo³⁷. Esta Directiva se erige en la primera norma europea que regula el derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional de quienes ejercen como cuidadores no profesionales (trabajadores/as progenitores y cuidadores)³⁸. La Directiva 2019/1158 incorpora importantes logros en la materia, pero aún es preciso seguir avanzando en el largo camino que requiere la transición desde el modelo clásico de conciliación laboral y familiar – pensada fundamentalmente para las mujeres – hacia una real y efectiva conciliación corresponsable. Es imperativo que el siguiente paso en esta senda se dirija a materializar los objetivos de corresponsabilidad institucional.

El concepto de corresponsabilidad institucional que, sin duda, es novedoso, aparece ya anunciado como tal en la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025³⁹ favoreciendo la participación de las mujeres en el mercado de trabajo a través de la creación de una red de servicios de atención a menores y familiares dependientes, de calidad y asequibles. Por consiguiente, supone la implicación de los poderes públicos en un doble plano. Primero, reconociendo el valor social y económico de los cuidados no retribuidos, así como del trabajo doméstico; segundo,

³⁷ Un análisis del contenido de la propuesta de Directiva en M.A. BALLESTER PASTOR, *La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017*, en *Lan Harremanak*, 2017, n. 38.

³⁸ Un análisis pormenorizado de la Directiva y sus implicaciones para España en S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2022, n. 154.

³⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, 5 marzo 2020, COM(2020)152 final.

tratando de garantizar una efectiva corresponsabilidad en los cuidados familiares en un doble sentido: no solo asegurando una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres (en el ámbito privado), sino también dando respuesta efectiva a las demandas de servicios públicos de atención familiar y, en su caso, de colaboración público privada para establecer una red institucional de servicios de cuidado (en el ámbito de lo público).

Desde otro plano de consideración, se debe impulsar una redistribución equitativa del cuidado entre las familias y el Estado, en aras a favorecer la igualdad de género y los derechos sociales. Para ello son necesarias políticas públicas orientadas a reducir y redistribuir el trabajo no remunerado, a crear empleos decentes en el sector de los cuidados y a favorecer el acceso generalizado a servicios de cuidado mediante la dotación de infraestructuras básicas (redes de servicios de atención a menores y personas dependientes asequibles, públicos y de calidad)⁴⁰.

3. La vertiente institucional de la conciliación corresponsable: perspectivas a la luz de las iniciativas más recientes

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral lleva implícita la de existencia de un conflicto derivado de la obligada “pluripresencia” (laboral, familiar, personal) que cualquier persona afronta a lo largo de su vida⁴¹. Hablar de conciliación, por tanto, lleva implícito el reconocimiento de la necesidad de armonizar la vida familiar (privada, en términos más amplios) y la actividad laboral⁴². Sin embargo, este concepto tradicional de la conciliación entendida como la necesidad de superar la estructura del modelo de división del trabajo y de permitir – especialmente a las mujeres – compatibilizar la esfera privada y la pública, se ha visto enriquecido, complementado y reemplazado por el actual modelo de la conciliación corresponsable⁴³.

El concepto de corresponsabilidad alude directamente a «la necesidad de que hombres y mujeres, titulares de los mismos derechos, se erijan, al tiempo, en responsables de similares deberes en los escenarios público y

⁴⁰ M. WILKENS, J. CABRITA, J.-M. JUNGBLUT, R. ANDERSON, *Striking a balance: Reconciling work and life in the EU*, Eurofound Research Report, 2018.

⁴¹ M. CRESPO GARRIDO, M.F. MORETÓN SANZ, *Conciliación de trabajo y familia. Las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*, Colex, 2010, p. 14 ss.

⁴² B. QUINTANILLA NAVARRO, *La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2005, n. 1.

⁴³ S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, 2016, p. 13 ss.

privado, en el mercado laboral y en las responsabilidades familiares»⁴⁴. Este modelo no solo marca una dirección orientada al reparto de las tareas domésticas y responsabilidades familiares entre todos los miembros de la unidad familiar, sino que implica y responsabiliza a todos los agentes sociales e institucionales (Estado, empresas, sindicatos, asociaciones, etc.) en la consecución de una conciliación efectiva. En consecuencia, lograr el equilibrio y la armonización de las tres esferas de vida – personal, familiar y profesional – exige la concurrencia de las tres dimensiones de la corresponsabilidad⁴⁵: a) la corresponsabilidad individual, entre mujeres y hombres, para romper los roles de género tradicionales y la estructura sexual de los usos del tiempo; b) la corresponsabilidad social, entre los distintos agentes sociales e institucionales, es decir, Estado, instituciones, empresas, sindicatos, organizaciones no gubernamentales, etc., al objeto de ampliar los grados de libertad, para que hombres y mujeres puedan elegir distintas formas de combinación entre vida personal, familiar y profesional; c) la corresponsabilidad familiar, entre los distintos miembros de la familia, a través de un pacto intergeneracional que respalde el sostenimiento económico y afectivo del hogar.

El nuevo enfoque que ofrece la cultura de la corresponsabilidad en los cuidados y el reconocimiento del derecho al cuidado – universal, multidimensional, colectivo y singular – conlleva la posibilidad de elegir de manera autónoma un modelo de atención de acuerdo a las necesidades personales. La transición hacia un auténtico modelo de conciliación corresponsable exige seguir reivindicando el «triángulo formado por Mercado-Familia-Estado»⁴⁶, pues para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres no basta con facilitar la conciliación, sino que también se requiere reforzar la corresponsabilidad entre todos los sujetos afectados u obligados a asumir los costes de las funciones de cuidado, incluidos los poderes públicos. Es necesario que el Estado se haga igualmente corresponsable, lo que implica necesariamente articular una red pública de cuidados que sostenga desde lo común una parte importante de las tareas de cuidado, con salarios y empleos de calidad y con todas las garantías para

⁴⁴ Definición extraída del I Plan Estratégico para la igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010-2013.

⁴⁵ Se sigue en la enumeración de las tres dimensiones de la corresponsabilidad a E. CASADO APARICIO, C. GÓMEZ ESTEBAN, *Los desafíos de la conciliación de la vida familiar y profesional en el siglo XXI*, Biblioteca Nueva, 2006.

⁴⁶ C. MONEREO ATIENZA, *La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ (coord.), *Investigación y género. Inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género"*. Sevilla, 21 y 22 de junio de 2012, Universidad de Sevilla, 2012, p. 1195.

quienes cuidan y son cuidados⁴⁷.

3.1. El impulso de la corresponsabilidad institucional en el marco de la Agenda 2030 de Naciones Unidas y en el ámbito de la Unión Europea

La Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible encomienda a los distintos países realizar los esfuerzos pertinentes para garantizar el bienestar de las personas mayores protegiendo sus derechos humanos, su seguridad económica, el acceso a la atención sanitaria, a las redes de apoyo formal e informal, al aprendizaje permanente y a los cuidados⁴⁸. Estos objetivos se repiten en el Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030 en España, donde se hace una clara apuesta por dignificar y mejorar la calidad de vida de las personas en la tercera edad; así como en la Estrategia española de Desarrollo Sostenible⁴⁹, donde se promueve la reconfiguración del sistema estatal de cuidados⁵⁰.

La vertiente institucional de la corresponsabilidad aparece destacada en la meta 5.4 de la Agenda 2030 que insta a los países a «reconocer y valorar los cuidados no retribuidos y el trabajo doméstico mediante la prestación de servicios públicos, la provisión de infraestructuras y la formulación de políticas de protección social, así como mediante la promoción de la responsabilidad compartida en el hogar y la familia». Esto destaca la consideración del trabajo de cuidado como parte integral de la agenda global de desarrollo sostenible.

En el ámbito de la UE y desde la convicción de que la «política social moderna (debe) asentarse sobre la inversión en capital humano basada en la igualdad de oportunidades», el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se erige en uno de los principios fundamentales (principio 9) del Pilar Europeo de Derechos Sociales, proclamado por el

⁴⁷ Sobre este particular, E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, 2010, p. 203 ss.

⁴⁸ I. BAVIERA PUIG, *Desarrollo sostenible, transformación digital y atención a las personas: oportunidades y riesgos del envejecimiento demográfico*, en *esta Revista*, 2020, n. 1, p. 153.

⁴⁹ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030. Un proyecto de país para hacer realidad la Agenda 2030*, 2021.

⁵⁰ En particular, la Estrategia española de Desarrollo Sostenible fija el siguiente objetivo: «Hasta 2030, impulsar reformas normativas y la reconfiguración de un Sistema Estatal de Cuidados, a través de servicios públicos de calidad, inclusivos y con vocación de universalidad, que dignifiquen su prestación y recepción como derechos afianzados, así como mejoren las condiciones laborales de quienes prestan profesionalmente dichos cuidados» (MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *op. cit.*, p. 101).

Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en la Cumbre Social de Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, en el que se reconoce, entre otros aspectos, el derecho a unas condiciones de trabajo flexibles a las personas con responsabilidades asistenciales y al acceso a servicios de asistencia.

En consonancia con ello, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 se considera la contribución de la UE a la configuración de un mundo mejor para las mujeres y los hombres, las niñas y los niños, respondiendo así al Objetivo de Desarrollo Sostenible relativo a la igualdad de género (ODS 5)⁵¹. Entre las áreas priorizadas por la Estrategia Europea para la igualdad se incluye «prosperar en una economía con igualdad de género» y para lograrlo considera prioritario colmar la brecha de género en las responsabilidades asistenciales; fomentar la corresponsabilidad para que el rol de género de las mujeres como cuidadoras no las aparte del mercado laboral para atender en exclusiva las necesidades de cuidado; y dotar de reconocimiento económico y social al trabajo no remunerado de los cuidados, asumido mayoritariamente por las mujeres, como trabajo que sostiene la vida al constituir una parte importante de la actividad económica.

Igualmente, en la Estrategia Europea para la Igualdad de género 2020-2025 se indica que el acceso insuficiente a servicios asistenciales formales de calidad y asequibles es uno de los principales motores de la desigualdad de género en el mercado de trabajo y que el reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales en el hogar precisa acompañarse de la disponibilidad de servicios de guardería, de asistencia social y de servicios domésticos, en particular para las familias monoparentales. En consecuencia, la Comisión destaca que «la inversión en servicios asistenciales es importante para apoyar la participación de las mujeres en el empleo remunerado y su desarrollo profesional. También tiene un gran potencial para la creación de puestos de trabajo tanto para mujeres como para hombres». A estos efectos, la Comisión Europea propone una revisión de los objetivos de Barcelona⁵² para garantizar unos niveles adecuados de servicios de educación infantil y atención a la infancia, asistenciales y de cuidados de larga duración. En la sociedad actual, caracterizada por el

⁵¹ Los últimos datos sobre los avances en la consecución del ODS 5 en la UE pueden consultarse en EUROSTAT, [Sustainable development in the European Union. Monitoring report on progress towards the SDGs in an EU context](#), 2023, p. 22 ss.

⁵² [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el desarrollo de los servicios de atención a la infancia para niños de corta edad con vistas a incrementar la participación femenina en el mercado laboral, conseguir la conciliación de la vida privada y la vida laboral de los padres que trabajan y lograr un crecimiento sostenible e integrador en Europa \(los «objetivos de Barcelona»\)](#), 8 mayo 2018, COM(2018)273 final.

progresivo envejecimiento de la población, se requiere la promoción de sistemas de protección social inclusivos y la ampliación de los servicios de atención que contribuyan a redistribuir la atención de los cuidados, a sufragarlos (total o parcialmente) públicamente y a crear empleo decente en el sector.

El empuje necesario para no perder ni el aliento, ni el ritmo durante esta travesía ha venido de la mano de la presentación el 7 de septiembre de 2022 de la ya mencionada Estrategia Europea de Cuidados⁵³ que tiene por objeto garantizar unos servicios asistenciales de calidad, asequibles y accesibles en toda la UE y mejorar la situación tanto de los cuidadores (profesionales o informales) como de los receptores de cuidados⁵⁴. Se pretende así maximizar la complementariedad y la sinergia entre todos los proveedores de cuidados y asistencia sanitaria tanto en el sector público como en el privado (con y sin ánimo de lucro) para lograr una cobertura para todos, teniendo en cuenta las buenas prácticas en los Estados miembros.

En su Dictamen a esta iniciativa⁵⁵, el CESE ha subrayado la relevancia de los cuidados familiares y no profesionales «como elemento de unos sistemas asistenciales sostenibles» insistiendo en la importancia de que se cartografíen las necesidades y realidades de este tipo de cuidados, y de que se reconozca la contribución de esos cuidadores a la hora de garantizar la continuidad de los cuidados y proporcionarles un apoyo global. A estos efectos, se propone ofrecer oportunidades de formación con programas de validación de capacidades, así como garantizar su participación en el mercado laboral y en la vida social a través de una combinación de recursos, servicios y organización del tiempo de trabajo (vinculados a la Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional), al tiempo que se garantiza el acceso a los derechos sociales, la asistencia temporal y los servicios de salud mental.

De este modo, esta Estrategia se erige en la piedra angular del enfoque de las políticas sociales de la UE destinadas a promover la adaptación al cambio demográfico, eliminar las desigualdades de género y otras

⁵³ COM(2022)440 final, cit.

⁵⁴ La Estrategia se basa en los marcos existentes de la UE: Estrategia sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para 2021-2030, Garantía Infantil Europea, Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño, Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, Estrategia para la Igualdad de Género y otras iniciativas en el marco del Pilar europeo de Derechos Sociales.

⁵⁵ [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la “Estrategia Europea de Cuidados”» \[COM\(2022\)440 final\]](#).

desigualdades persistentes. La Estrategia aporta orientaciones útiles a los Estados miembros sobre una asistencia sanitaria accesible, adecuada y de calidad para atender las necesidades de cuidados cada vez más numerosas y diversificadas, además de objetivos ambiciosos en materia de educación y cuidados de la primera infancia y herramientas de buena gobernanza para el seguimiento de las acciones en materia de cuidados de larga duración.

En lo que respecta a los sistemas de educación y cuidados durante la primera infancia, se insiste en la revisión de los objetivos de Barcelona para impulsar la disponibilidad de servicios de guardería accesibles, asequibles, inclusivos y de calidad; y se hace un llamamiento para garantizar que se reconozca jurídicamente el derecho de todos los niños/as a acceder a servicios de calidad y la interacción de la Estrategia con la Garantía Infantil Europea. El acceso gratuito a la educación y cuidados de la primera infancia por parte de las familias debe complementarse con un conjunto de medidas que incluyan comidas gratuitas, productos de higiene gratuita y asistencia para el desarrollo físico y mental (motricidad fina, ortofonía, etc.). Los objetivos para aumentar la disponibilidad en materia de educación y cuidados de la primera infancia deben ir acompañados de marcos de garantía de la calidad y unas condiciones de trabajo dignas. De igual modo, los Estados miembros deben desarrollar indicadores para supervisar el acceso a los modelos de cuidados de acuerdo con las preferencias y diferencias nacionales, cumpliendo al mismo tiempo los objetivos, la calidad y otras normas de los objetivos revisados.

Por lo que se refiere a los cuidados de larga duración, los esfuerzos deben dirigirse a promover ayudas a domicilio más estructuradas y eficientes, así como nuevas alternativas de vivienda, por ejemplo, viviendas tuteladas, supervisadas o comunitarias, unidades de convivencia u otras alternativas, en función de las necesidades y preferencias de los beneficiarios de cuidados, y basadas en marcos de calidad debidamente autorizados⁵⁶. También deben tenerse en cuenta otros tipos de modelos asistenciales para abarcar todo el espectro de los cuidados en un enfoque integrado, como el apoyo a la salud mental, centros familiares, grupos de apoyo parental y ayudas a la vivienda a corto plazo, de manera que se facilite la transición de un modelo a otro con variaciones en la intensidad o la naturaleza de los servicios requeridos, sin perturbar la continuidad de la asistencia.

La Comisión recomienda a los Estados miembros que elaboren planes de acción nacionales para poner en común sus recursos, ofrecer una asistencia más completa, asequible y de calidad, mejorar las condiciones de

⁵⁶ *Idem.*

trabajo, hacer frente a los estereotipos de género y atraer a más personas a través del diálogo social, la educación continua y la formación⁵⁷. Su desarrollo y ejecución por parte de los Estados miembros beneficiará la imprescindible y urgente dotación de una red de servicios de cuidados para menores, mayores o dependientes que sean asequibles, accesibles, inclusivos, y de buena calidad, así como la mejora del acceso a los mismos. maximizar la complementariedad y la sinergia entre todos los proveedores de cuidados y asistencia sanitaria tanto en el sector público como en el privado (con y sin ánimo de lucro) para lograr una cobertura para todos, teniendo en cuenta las buenas prácticas en los Estados miembros.

3.2. Las políticas públicas de atención a los cuidados en España: ¿hacia la articulación de un sistema estatal de cuidados?

En los últimos años se han adoptado en España una serie de normas que han robustecido la regulación de los permisos, reducciones de jornada y adaptaciones del tiempo de trabajo en una línea de clara orientación hacia la corresponsabilidad creando derechos de titularidad intransferible y contribuyendo a la mejora en las condiciones de vida y de trabajo.

La revisión de la regulación interna para ajustarla a los estándares comunitarios se emprendió con el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, anticipándose a la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Se incorporaron entonces importantes cambios que recogen el espíritu de la normativa comunitaria, avanzando en corresponsabilidad a través del establecimiento de medidas de acción positiva para favorecer el ejercicio de los derechos de conciliación por el trabajador varón⁵⁸. De hecho, la situación vigente en el ordenamiento jurídico español con relación a los derechos de conciliación por nacimiento y cuidado de menor de los progenitores biológicos o adoptivos supera ampliamente las previsiones mínimas europeas al configurarlos como derechos individuales, iguales, remunerados e intransferibles susceptibles de abarcar a todos modelos de

⁵⁷ A tal fin, en 2027 se invertirá un total de 6700 millones de euros en asistencia sanitaria y cuidados de larga duración en los Estados miembros de la UE a través del Fondo Social Europeo Plus (FSE+).

⁵⁸ Un estudio en profundidad sobre esta norma en M.A. BALLESTER PASTOR, *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, en *Femeris*, 2019, n. 2.

familia, aunque se precisa aún superar algunos conflictos derivados de su rígida distribución temporal⁵⁹.

Sin embargo, quedó pendiente la inclusión en nuestro ordenamiento de los permisos parentales, para cuidadores o por fuerza mayor familiar, y las fórmulas de trabajo flexible, así como los requerimientos de promoción de utilización y disfrute equilibrado. De todo ello se ocupó el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio⁶⁰, favoreciendo que los puestos de trabajo se adapten a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores, al tiempo que se establecen unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable⁶¹. Se incorporaron así una serie de modificaciones en materia de permisos que las personas trabajadoras pueden solicitar con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional. Se trata de cambios que suponen ampliaciones en el ámbito subjetivo, en la duración de los permisos, incorporación de nuevos supuestos, o cambios de carácter procedimental. A estos se suman los que atañen a la especial protección de las familias monoparentales, como la ampliación hasta veinte semanas del permiso por nacimiento, adopción, y guarda para adopción o acogimiento de hijos con discapacidad en este tipo de unidades familiares.

Disposiciones posteriores han continuado mejorando la regulación de los derechos de conciliación. Tal es el caso del Real Decreto-Ley 7/2023, de 19 de diciembre⁶², que flexibiliza la regulación del permiso para el cuidado del hijo/a lactante permitiendo su acumulación en jornadas

⁵⁹ Un análisis detallado en S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158*, cit.

⁶⁰ Por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

⁶¹ Ampliamente, entre otros, C. BLASCO JOVER, *Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familias*, en *Lex Social*, 2023, n. 2; E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Los nuevos permisos de conciliación y el refuerzo de la corresponsabilidad en el estatuto básico del empleado público tras el RD ley 5/2023*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2023, n. 19; C. MARTÍNEZ MOREN, *La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023. ¿El progreso de un derecho aún incompleto?*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2023, n. 19.

⁶² Por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo.

completas con independencia de que esta posibilidad se prevea en convenio colectivo o se alcance un acuerdo entre las partes.

Con todo y a pesar de estos avances normativos, aún queda un largo camino por recorrer en la conquista de una verdadera conciliación corresponsable. Sin duda, el estímulo que supone alcanzar los objetivos de la Agenda 2030 (ODS 5.4), los fines de la Estrategia Europea para la Igualdad de género 2020-2025 o las metas de la Estrategia Europea de cuidados deben erigirse en acicate para materializar el modelo de corresponsabilidad en la Economía para la vida que esbozan el Plan Corresponsables y el III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025.

El *Plan Corresponsables* para facilitar la conciliación y el reparto de los cuidados aprobado por Consejo de Ministros en marzo de 2021 constituye una “política semilla” destinada a las comunidades autónomas y dotada con 190 millones de euros para el apoyo específico de las necesidades de conciliación de las familias mediante la corresponsabilidad del Estado en el cuidado. Implementado en colaboración con las Comunidades Autónomas, el Plan Corresponsables ha representado el primer paso hacia el establecimiento de un Sistema Estatal de Cuidados que garantice el derecho al cuidado más allá del ámbito laboral. Este sistema promoverá soluciones públicas de calidad e inclusivas, con vocación de universalidad, que dignifiquen la prestación de cuidados tanto para quienes los reciben como para quienes los brindan profesionalmente.

Son tres los proyectos susceptibles de ser financiados con esta iniciativa. En primer lugar, las bolsas de cuidado profesional para familias con menores de 14 años que puedan prestarse en domicilio por un número determinado de horas semanales, o en dependencias públicas convenientemente habilitadas al efecto, cumpliendo con las garantías sanitarias (escuelas, centros municipales o polideportivos, entre otros). En segundo lugar, la creación de empleo de calidad en el sector de los cuidados a través de dos vías: a) fomentando del empleo en las bolsas de cuidado de las personas jóvenes con perfiles profesionales correspondientes a perfiles TASOC (Técnica/o en Actividades Socioculturales), Monitoras/es de ocio y tiempo libre, TAFAD (Técnicas/os superiores de Animación Sociodeportiva), Educación Infantil, Auxiliares de Guardería y Jardín de Infancia; b) estableciendo convenios con el SEPE o los organismos de empleo de carácter autonómicos al objeto de fomentar la inclusión en las bolsas de cuidado de las personas con experiencia profesional en el sector de los cuidados formales e informales, especialmente mujeres mayores de 45 años. Finalmente, se incluirán también los proyectos destinados a dignificar y certificar la experiencia de cuidado no profesional. A tal fin, se

deberán configurar mecanismos públicos de reconocimiento de la experiencia de cuidado no profesional que habiliten el acceso a las bolsas de cuidado profesional, con especial atención a la situación de mujeres mayores de 45 años. De forma paralela, se promovía la elaboración de un mapa estatal de cuidados, que ofrezca información a la ciudadanía sobre los recursos existentes, con el fin de facilitar el acceso a dichos servicios en el conjunto del territorio.

La misma orientación estratégica inspira las líneas de actuación contenidas segundo eje del III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025, aprobado en marzo de 2022, titulado *Economía para la vida y el reparto justo de la riqueza*. El PEIEMH proclama que los cuidados deben ser reconocidos como un «nuevo derecho y deber de ciudadanía» que permita configurar una resolución socialmente justa de los mismos en la medida en que los cuidados satisfacen necesidades básicas universales (aunque sean más intensivas en diversos momentos del ciclo vital). Esta configuración debe incluir la creación de condiciones que permitan la articulación de un sistema estatal de cuidados público y universal; la profesionalización de los cuidados que hoy se resuelven de manera precaria tanto en los hogares como en el mercado laboral, así como la promoción de la corresponsabilidad de los hombres y el mercado en la satisfacción justa de los cuidados. Para hacerlo, se considera necesario incorporar la experiencia vital de las mujeres, resolver el conflicto en la organización de los tiempos de la vida personal, social y laboral (crisis de los cuidados y de reproducción social), y dotar de valor a los trabajos domésticos y de cuidados sin los que ninguna actividad económica o “productiva” podría sostenerse en el tiempo.

4. Sostenibilidad y transición justa en la economía de los cuidados

Ante las profundas transformaciones y los desafíos económicos y sociales para el desarrollo social y el bienestar de la población mundial agudizados tras la pandemia del Covid-19, la mejora del nivel de vida y el bienestar de todas las personas se convierte en un aspecto esencial de las iniciativas que se emprenden para promover la transición socialmente justa hacia el desarrollo sostenible formulada en la Agenda 2030⁶³.

El enfoque centrado en las personas de la Declaración del Centenario

⁶³ NACIONES UNIDAS, *Transición socialmente justa hacia el desarrollo sostenible: la función de las tecnologías digitales en el desarrollo social y el bienestar de todos. Informe del Secretario General*, 2021, E/CN.5/2021/3.

de la OIT⁶⁴ inspiró la *Resolución relativa a un llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente*, adoptada en junio de 2021⁶⁵. En esta Resolución se esbozaron medidas para crear una recuperación centrada en las personas con el fin de evitar que las economías y las sociedades sufrieran las consecuencias a largo plazo, contribuyendo a la consecución de los ODS y a la misión histórica de la OIT de promover la justicia social y el trabajo decente para todos. En particular, se destacaron como necesidades fundamentales⁶⁶: a) la inversión en la economía del cuidado porque los sectores de la salud, la asistencia social y la educación son importantes generadores de empleo, especialmente para las mujeres, y también porque las políticas de permisos para el cuidado y las fórmulas de trabajo flexible pueden fomentar una división más uniforme del trabajo en el hogar entre mujeres y hombres; b) la garantía del acceso universal a una protección social integral, adecuada y sostenible para todos, con el fin de reducir la brecha de género actual en la cobertura de la protección social⁶⁷.

En el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 estableció el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, previendo consideraciones referidas a impulsar la recuperación y reforzar el potencial de crecimiento económico de los Estados Miembros; apostando por un mercado interior que funcione correctamente, y a materializar las inversiones en tecnologías ecológicas y digitales, en innovación e investigación, en la transición hacia una energía limpia para impulsar la eficiencia energética en la vivienda y en otros sectores claves de la economía que son importantes para lograr el

⁶⁴ En la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, adoptada en la 108ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 2019, se toman en consideración las profundas transformaciones en el mundo del trabajo y se desarrolla un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, estableciéndose que la OIT debe orientar sus esfuerzos a: lograr la igualdad de género en el trabajo mediante un programa transformador, evaluando periódicamente los progresos realizados, que, entre otras cosas, posibilite un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares; permita una mejor conciliación de la vida profesional y la vida privada, de modo que los trabajadores y los empleadores acuerden soluciones, inclusive en relación con el tiempo de trabajo, que tengan en cuenta sus necesidades y beneficios respectivos, y promueva la inversión en la economía del cuidado.

⁶⁵ Conferencia Internacional del Trabajo, 2021, 109ª reunión.

⁶⁶ La Resolución de la OIT adoptada en junio de 2021 viene a recoger la batería de medidas que contemplaba como imprescindibles la nota OIT, *Avanzar en la reconstrucción con más equidad: Los derechos de las mujeres al trabajo y en el trabajo, en el centro de la recuperación de la COVID-19*, 2021.

⁶⁷ Resolución relativa a la segunda discusión recurrente sobre la protección social (Seguridad Social), Conferencia Internacional del Trabajo, 2021, 109ª reunión.

crecimiento justo, integrador y sostenible, o contribuyendo a la creación de empleo, así como el compromiso de alcanzar la neutralidad climática de la UE para 2050⁶⁸. Para ello, se prevé que los Estados miembros crearán un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia como base financiera para intensificar las reformas sostenibles y las inversiones públicas, garantizando que las medidas incluidas en sus planes de recuperación y resiliencia cumplan con el principio de “no causar un perjuicio significativo” (art. 17 del Reglamento (UE) 2020/852)⁶⁹.

4.1. Iniciativas para una transición justa en el ámbito de la economía de los cuidados en España

España da cumplimiento a la normativa europea con la presentación de su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁷⁰, integrado por diez políticas palancas alineadas con los objetivos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Este Plan se constituyó como una primera fase, concentrada en el periodo 2021-2023, hacia la recuperación y modernización de la economía española. Posteriormente, el 6 de junio de 2023, el Consejo de Ministros aprobó el Acuerdo por el que se aprobaba la Adenda al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁷¹, dando continuidad al proceso de recuperación y modernización de la economía española, con la idea de reforzar la cohesión y la resiliencia institucional, económica y social.

De forma concreta, se atiende a las transformaciones demográficas y sociales que se han producido en las últimas décadas, a través del Componente 22 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –

⁶⁸ En el Reglamento se enuncian los seis pilares de recuperación y resiliencia: la transición ecológica; la transformación digital; un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que incluya la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado interior que funcione correctamente con pequeñas y medianas empresas (PYME) sólidas; la cohesión social y territorial; la salud y la resiliencia económica, social e institucional.

⁶⁹ Para un análisis más detallado sobre las implicaciones del principio de “no causar un perjuicio significativo”, puede consultarse la nota 44 de M.F. POYATOS CHACÓN, *op. cit.*, p. 13 del extracto, que remite a la Comunicación de la Comisión, y la Guía técnica sobre la aplicación del principio de “no causar un perjuicio significativo” en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

⁷⁰ Presentado el 7 de octubre de 2020.

⁷¹ Resolución de 6 de junio de 2023, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2023, por el que aprueba la Adenda al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Plan de choque para la economía de los Cuidados y refuerzo de las políticas de igualdad e inclusión – que se plantea como principal objetivo modernizar y reforzar los servicios sociales y las políticas de inclusión social promoviendo una nueva Economía de los Cuidados. En este marco, se promueve reforzar las políticas de atención a la dependencia impulsando el cambio en el modelo de cuidados de larga duración hacia una atención más centrada en la persona, así como su desinstitucionalización.

Para materializar las metas anunciadas en el Plan, el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, fija como principales objetivos: impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo, reparar los daños ocasionados por la pandemia del Covid-19, promover un proceso de transformación económica mediante el impulso de la inversión pública/privada, y el apoyo al tejido productivo, acelerar la doble transición ecológica y digital y reforzar y aumentar la cohesión económica, social y territorial en el marco del mercado único europeo.

El Real Decreto-Ley establece una serie de medidas para la implementación eficiente del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. A tal fin, el art. 8 del RD-Ley 36/2020 acoge un nuevo instrumento de colaboración público-privada: los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTES), definidos como «aquellos proyectos de carácter estratégico con gran capacidad de arrastre para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad de la economía española»⁷².

En ese marco, se adopta el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica de la Economía Social y de los Cuidados (PERTE ESyEC) aprobado en el Consejo de Ministros del 31 de mayo de 2022, con el fin de impulsar el modelo económico-social en la transición global que promueve el Plan de Recuperación, partiendo de un enfoque solidario y centrado en los principios generales del respeto al

⁷² El Plan de Recuperación cuenta con 11 proyectos estratégicos: PERTE para el desarrollo del vehículo eléctrico y conectado, PERTE para la salud de vanguardia, PERTE de energías renovables, hidrógeno renovable y almacenamiento, PERTE Agroalimentario, PERTE Nueva economía de la lengua, PERTE Economía circular, PERTE para la industria naval, PERTE Aeroespacial, PERTE de digitalización del ciclo del agua, PERTE de microelectrónica y semiconductores, finalizando con el PERTE de economía social y de los cuidados. Mediante la colaboración público-privada y transversal a las diferentes administraciones, el objetivo principal es la búsqueda del crecimiento económico, mejora del empleo y de la competitividad de la economía española. *Vid.* GOBIERNO DE ESPAÑA, [Proyectos estratégicos para la recuperación y transformación económica \(PERTE\)](https://www.gob.es), en [planderecuperacion.gob.es](https://www.gob.es), 24 enero 2024.

medioambiente, la cohesión social y la igualdad de género.

En particular, el PERTE ESyEC procura impulsar tanto la Economía Social como los servicios de atención y cuidados de las personas, abordando desafíos clave y promoviendo la igualdad de género a lo largo de todo el proyecto. A tal fin, dispone tres objetivos centrales, que comprenden a su vez distintas estrategias y áreas de actuación⁷³:

- en primer lugar, se centra en robustecer la Economía Social en España a través de un enfoque transformador centrandose en tres líneas de acción: a) preservar tanto las empresas como los puestos de trabajo, transformando las estructuras empresariales hacia modelos de Economía Social sostenibles; b) mejorar la competitividad de las PYME de Economía Social mediante el respaldo en su transformación tecnológica/digital y medioambiental; c) Fomentar el desarrollo de sistemas avanzados de colaboración entre las PYME sociales, asegurando su crecimiento y sostenibilidad;
- el segundo objetivo se centra en fortalecer los Servicios Avanzados en el ámbito de los cuidados, con un enfoque en el bienestar de las personas y la accesibilidad. Para lograrlo, se establecen diversas líneas de actuación, que incluyen: a) la profesionalización del sector de cuidados sociosanitarios y de atención a la dependencia; b) la formación y capacitación de los cuidadores en nuevas competencias digitales y sostenibilidad medioambiental; c) la búsqueda de soluciones tecnológicas para el cuidado y el autocuidado, tales como viviendas colaborativas sostenibles, diagnóstico remoto y dispositivos de monitorización; d) la implementación de medidas para abordar el Reto Demográfico, mejorando la oferta de servicios sociosanitarios y educativos, especialmente en áreas rurales; e) la creación de un entorno de datos innovadores interconectados, promoviendo la calidad del servicio y el bien común; f) la promoción de la igualdad de género a lo largo de todo el proyecto, con medidas que faciliten la conciliación familiar y la corresponsabilidad, así como la profesionalización de ocupaciones históricamente desempeñadas por mujeres de manera informal;
- por último, el tercer objetivo se dirige a la transferencia de conocimientos entre entidades de economía social, centros de

⁷³ El régimen jurídico aplicable para la concesión de subvenciones en el marco del PERTE de la Economía Social y de los Cuidados se rige por la Orden TES/869/2023, de 22 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para el Plan Integral de Impulso a la Economía Social para la Generación de un Tejido Económico, Inclusivo y Sostenible, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

investigación, organizaciones y cooperativas en todo el país que trabajan en Economía Social y Cuidados, con el fin de fomentar la transformación de estos sectores y crear un punto de referencia en Economía Social que sirva a la ciudadanía y empresas sociales.

En definitiva, el PERTE ESyEC incorpora una visión renovada de la Ley 39/2006⁷⁴. Por un lado, promueve la transformación de la cadena de valor estratégica en el sector de los cuidados y la economía social para crear una alianza pública/privada que cuente con la participación de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES) en representación de la Economía Social, que por su experiencia pueda aportar orientación en la práctica de los cuidados dando respuesta a las nuevas necesidades empresariales que integran la Economía Social. Esta potenciación del sector privado atenúa la esencia del primer principio de la Ley contemplado en el artículo 3.a, referido al carácter público del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia⁷⁵.

4.2. La necesaria transversalidad de las políticas de atención a personas dependientes y el refuerzo de la economía de los cuidados

Las nuevas exigencias del ejercicio y práctica de los cuidados hacen que el principio de transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia, enunciado de manera genérica en el art. 3.d de la Ley de Dependencia, y complementado por los principios de transversalidad en la calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, y la inclusión de la perspectiva de género (art. 3, letras *j* y *p*), deba necesariamente reforzarse para lograr cuatro objetivos transversales concretos: el respeto al medio ambiente, la aplicación de tecnologías e innovación, la búsqueda de la cohesión social y territorial, y la promoción de la profesionalización en condiciones de justicia social e igualdad. En cuanto al servicio profesional de atención y cuidados sociosanitarios, este debe ajustarse a los servicios y programas de intervención establecidos en el artículo 15 de la Ley de Dependencia, así como a las necesidades de las personas dependientes y de

⁷⁴ Se sigue en este análisis del impacto del PERTE ESyEC en la Ley de Dependencia a M.F. POYATOS CHACÓN, *op. cit.*

⁷⁵ No obstante, la norma ya contempló en el art. 3 la posibilidad de la participación de la iniciativa privada en los Servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia, la participación del tercer sector, y la cooperación interadministrativa (letras *m*, *n* y *ñ*).

sus familiares⁷⁶. Los objetivos de las prestaciones y servicios irán encaminados a mejorar la calidad de vida de las personas, fomentando la mayor autonomía posible en su medio habitual, y a proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando de forma activa su incorporación en la vida de la comunidad (art. 13).

Igualmente, debe resaltarse la promoción de la profesionalización de las tareas de cuidados, lo que se conecta con la necesidad de actualizar el art. 36 sobre la formación y cualificación de los profesionales y las personas cuidadoras.

Las nuevas tecnologías, la mejora de la salud, el cuidado centrado en la persona, el fomento del autocuidado y la autonomía de las personas bajo un enfoque de vida independiente exige reforzar el tejido empresarial de la Economía de los Cuidados, así como su organización sociosanitaria. En esta coyuntura, una fórmula imprescindible para que la sinergia entre sostenibilidad ambiental y creación de empleo de calidad en el sector cuidados resulte exitosa puede encontrarse en la denominada “Economía Social”⁷⁷. Desarrollar la Economía de los Cuidados como parte integrante de la Economía Social resulta fundamental no solo por su capacidad para ofrecer respuestas rápidas en la prestación de servicios sanitarios y sociales, sino también porque favorece un modelo empresarial caracterizado por la primacía del trabajo y del factor humano frente al capital, aportando «soluciones a las nuevas necesidades sociales, mediante los nuevos yacimientos de empleo»⁷⁸, así como por su potencialidad para incorporar soluciones innovadoras que garanticen una transición ecológica y digital justa⁷⁹. Todo ello ha llevado a afirmar que el modelo de la Economía Social contribuye más que otros modelos empresariales a un «desarrollo sostenible

⁷⁶ Sin perjuicio de la prestación de servicios sociosanitaria regulada en art. 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Estas necesidades se determinarán de acuerdo con el programa individual de atención realizado por los técnicos sociosanitarios, que concretarán las tareas e intensidad de los cuidados que recibirán las personas usuarias del Servicio. El art. 29 de la Ley de Dependencia concreta el significado del programa individual de atención, estableciendo el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia, el catálogo de prestaciones y servicios sociales públicos correspondientes, y las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de las personas usuarias, en función del grado de dependencia, y siempre con la participación previa y consulta de la persona beneficiaria y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen.

⁷⁷ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *op. cit.*, p. 59 ss.

⁷⁸ J.F. JULIÁ IGUAL, E. BERNAL JURADO, I. CARRASCO MONTEAGUDO, *Economía social y recuperación económica tras la crisis del covid-19*, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2022, n. 104, p. 23.

⁷⁹ M.F. POYATOS CHACÓN, *op. cit.*, p. 9 del extracto.

e inclusivo» en línea con la Agenda 2030 de Naciones Unidas⁸⁰.

De hecho, la Comisión Europea ha reconocido que la Economía Social constituye el núcleo del ecosistema “Economía social y de proximidad”, uno de los catorce ecosistemas industriales identificados en la Estrategia industrial de la Unión Europea⁸¹. En consonancia con ello, el Plan de Acción para la Economía Social aprobado por la Comisión Europea en 2021⁸² pretende contribuir al desarrollo de una economía centrada en las personas apoyando el desarrollo de la Economía Social e impulsando su poder transformador social y económico a través de una serie de acciones programadas para el período 2021-2030. Con el lanzamiento de este Plan, la UE se convertía en la primera organización con una política para la Economía Social. Sin perjuicio de la importancia de otras iniciativas impulsadas por la OIT o la OCDE⁸³, debe destacarse en el marco internacional, la aprobación el 18 de abril de 2023 en la Asamblea General de las Naciones Unidas de la primera Resolución centrada en la economía social, presentada a propuesta de España con el apoyo de otros gobiernos.

Dadas sus virtualidades, el Gobierno español ha señalado a la Economía Social como “sector clave” en la reconstrucción del país dado su potencial de cohesión e igualdad y capacidad de transformación productiva, además de como «agente impulsor de la transición verde, digital, social y de los cuidados», en el camino hacia la era del trabajo decente⁸⁴. En este sentido, en junio y se lanzaba el Anteproyecto de Ley Integral de impulso de la Economía Social con el objetivo de actualizar el marco normativo del sector de la economía social para adecuarlo a las transformaciones que ha

⁸⁰ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *op. cit.*, p. 59.

⁸¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa*, 5 mayo 2021, COM(2021)350 final.

⁸² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social*, 9 diciembre 2021, COM(2021)778 final.

⁸³ La OIT y la OCDE también han reconocido su papel central en el desarrollo económico y social y la necesidad de impulsar ecosistemas propicios para la economía social, con marcos jurídicos propios y su incorporación en las estrategias y políticas económicas, sociales y medioambientales con el fin de aprovechar el potencial que pueden ofrecer estas empresas para impulsar el desarrollo económico y la cohesión para lograr sociedades más inclusivas y resilientes. *Cfr.* Resolución de la OIT relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria, aprobada en junio de 2022, y Recomendación de la OCDE sobre la economía social y solidaria y la innovación social adoptada por el Consejo de la OCDE a nivel ministerial el 10 de junio de 2022.

⁸⁴ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Directrices generales de la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030*, 2021, p. 103.

experimentado la economía y la sociedad españolas en los últimos años. Tal como se refleja en el Dictamen del Consejo Económico y Social «se trata de establecer un marco integral para facilitar la labor de las entidades del sector y aminorar la inseguridad jurídica que pudiera existir, todo ello, en pro de una mayor cohesión social y un progreso más sostenible»⁸⁵.

La vinculación de la Economía Social con el desarrollo sostenible se reconoce en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, que otorga un mandato a las Administraciones públicas para su promoción y desarrollo como tarea de interés general. En concreto, la Economía Social se define como «el conjunto de actividades económicas y empresariales que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4 de la misma Ley, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos» (art. 2, Ley 5/2011). Se caracteriza por su dinamismo y el compromiso constante con las personas y con las regiones, incluso en momentos de crisis, demostrando una fuerte capacidad de adaptación para preservar y promover puestos de trabajo estables y de alta calidad, explorando nuevos sectores en crecimiento y capacitando a las personas trabajadoras en habilidades emergentes para crear empresas sostenibles y socialmente responsables, al mismo tiempo que abordan las desigualdades socioterritoriales⁸⁶.

La tipología de entidades que forman parte de la Economía Social es diversa incluyendo cooperativas, mutualidades, fundaciones y asociaciones que lleven a cabo actividades económicas (art. 5)⁸⁷. Desde el punto de vista de la especialización productiva de las actividades ligadas a los cuidados, sea de atención a personas mayores, o de atención a personas con discapacidad, el porcentaje de empresas en la Economía Social en España se sitúa en el 43,5% del total de la oferta, aumentando hasta el 59,3% en el caso de servicios sociales sin alojamiento residencial. Además, conforme al criterio de la territorialidad, la Economía Social de los cuidados se ubica de forma mayoritaria en municipios menores de 40.000 habitantes atendiendo hasta un 60% de empresas y un 54,6% de personas trabajadoras⁸⁸. El protagonismo de la Economía Social en el desarrollo de tejido productivo y de valor añadido en las zonas rurales se focaliza además de en los servicios

⁸⁵ A estos efectos, puede consultarse el Dictamen del Consejo Económico y Social de España 9/2023 sobre el Anteproyecto de Ley Integral de impulso de la economía social. Sesión ordinaria del Pleno de 3 de mayo de 2023.

⁸⁶ M.F. POYATOS CHACÓN, *op. cit.*, p. 9 del extracto.

⁸⁷ G. FAJARDO GARCÍA, *La economía social en las leyes*, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2009, n. 66, p. 8 ss.

⁸⁸ *Idem*.

a la dependencia, en la educación, y en las ramas agroalimentarias, repercutiendo en muchos otros sectores de producción⁸⁹.

En virtud de todo ello, la Estrategia Española de Fomento de la Economía Social 2023-2027⁹⁰ promueve la articulación de mecanismos de participación de la economía social en sectores estratégicos de la nueva economía de los cuidados, intensificando el acompañamiento público de este modelo.

En esta línea, la OIT ha impulsado en agosto de 2023 una iniciativa consistente en la prestación de cuidados mediante el recurso a cooperativas y otras entidades de la Economía Social y Solidaria (EES)⁹¹. Concretamente, el Servicio de Género, Igualdad, Diversidad e Inclusión (GEDI) y la Unidad de Cooperativas (COOP) de la OIT están trabajando en la construcción de un programa innovador, interregional y multinacional sobre la prestación cooperativa de cuidados como una solución basada en el trabajo decente y transformadora en materia de género. Se trata de un programa que pretende mejorar la prestación de cuidados a través de cooperativas y otras entidades sociales y solidarias, empezando con una serie de iniciativas piloto. Se espera que el programa ayude a fortalecer y ampliar las redes nacionales de apoyo mediante el desarrollo de capacidades para una mejor prestación de servicios. Dicho programa utilizará un modelo de intervención consolidado basado en el Marco de las 5R de la OIT para el trabajo de cuidados decente y de justicia social y prestará especial atención a las trabajadoras informales que operan en la economía del cuidado, a fin de aumentar sus ingresos y mejorar sus derechos mediante la creación o ampliación de una cooperativa.

⁸⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia. Memoria PERTE de ESYEC*, 2022.

⁹⁰ Resolución de 17 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de abril de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

⁹¹ Según se define en la Resolución relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria (ILC.110/Resolución II) y la Resolución A/77/L.60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, «La ESS engloba a empresas, organizaciones y otras entidades que realizan actividades económicas, sociales y medioambientales de interés colectivo o general, que se basan en los principios de la cooperación voluntaria y la ayuda mutua, la gobernanza democrática o participativa, la autonomía y la independencia, y la primacía de las personas y el fin social sobre el capital en la distribución y el uso de los excedentes o los beneficios, así como de los activos».

5. Bibliografía

- ADDATI L., CATTANEO U., ESQUIVEL V., VALARINO I. (2019), *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, OIT
- BALLESTER PASTOR M.A. (2019), *El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol*, en *Femeris*, n. 2, pp. 14-38
- BALLESTER PASTOR M.A. (2017), *La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017*, en *Lan Harremanak*, n. 38, pp. 67-92
- BAVIERA PUIG I. (2020), [Desarrollo sostenible, transformación digital y atención a las personas: oportunidades y riesgos del envejecimiento demográfico](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 1, pp. 152-187
- BLASCO JOVER C. (2023), *Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familias*, en *Lex Social*, n. 2, pp. 1-49
- BLASKO Z., SANJUAN BELDA J. (2022), *Division of Childcare and Housework among Men and Women during COVID-19 lockdowns*, European Commission
- CASADO APARICIO E., GÓMEZ ESTEBAN C. (2006), *Los desafíos de la conciliación de la vida familiar y profesional en el siglo XXI*, Biblioteca Nueva
- COMAS-D'ARGEMIR D. (2019), *Cuidados y derechos. El avance hacia la democratización de los cuidados*, en *Cuadernos de Antropología Social*, n. 49, pp. 13-29
- CRESPO GARRIDO M., MORETÓN SANZ M.F. (2010), *Conciliación de trabajo y familia. Las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*, Colex
- EIGE (2022), *Gender inequalities in informal long-term care*, EIGE Statistical Brief
- EIGE (2020), [Gender inequalities in care and pay in the EU](#)
- ELSON D. (2008), *The Three R's of Unpaid Work: Recognition, Reduction and Redistribution*, paper presentado al *Expert Group Meeting on Unpaid Work, Economic Development and Human Well-Being*, New York
- EUROPEAN COMMISSION (2022), [2022 report on gender equality in the EU](#)
- EUROPEAN COMMISSION (2021), [2021 report on gender equality in the EU](#)
- EUROSTAT (2023), [Sustainable development in the European Union. Monitoring report on progress towards the SDGs in an EU context](#)
- EZQUERRA S. (2011), *Crisis de los cuidados y crisis sistémica: la reproducción como pilar de la economía llamada real*, en *Investigaciones Feministas*, n. 2, pp. 175-194
- FAJARDO GARCÍA G. (2009), *La economía social en las leyes*, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 66, pp. 5-36

- GAURET F. (2023), *¿Qué hace la UE para mejorar los cuidados de larga duración en Europa?*, en es.euronews.com, 22 febrero
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2024), *Proyectos estratégicos para la recuperación y transformación económica (PERTE)*, en planderecuperacion.gob.es, 24 enero
- GÓMEZ JIMÉNEZ M.L. (2020), *Sostenibilidad urbana local y ciudades saludables en transición en la era covid-19: un enfoque jurídico sindémico ante el desarrollo azul*, en *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, n. 18, pp. 1-29
- GRAU PINEDA M.C. (2021), *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo
- GRILLI L., MAZZUCATO M., MEOLI M., SCELLATO G. (2018), *Sowing the seeds of the future: Policies for financing tomorrow's innovations*, en *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 127, pp. 1-7
- JULIÁ IGUAL J.F., BERNAL JURADO E., CARRASCO MONTEAGUDO I. (2022), *Economía social y recuperación económica tras la crisis del covid-19*, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 104, pp. 7-33
- LÓPEZ LÓPEZ J. (2002), *Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad*, en *Temas Laborales*, n. 67, pp. 45-70
- MARTÍNEZ MOREN C. (2023), *La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023. ¿El progreso de un derecho aún incompleto?*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 19, pp. 1-24
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2021), *Directrices generales de la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030*
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2021), *Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030. Un proyecto de país para hacer realidad la Agenda 2030*
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia. Memoria PERTE de ESYEC*
- MONEREO ATIENZA C. (2012), *La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ (coord.), *Investigación y género. Inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género". Sevilla, 21 y 22 de junio de 2012*, Universidad de Sevilla
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2022), *Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 4, pp. 11-42
- NACIONES UNIDAS (2021), *Transición socialmente justa hacia el desarrollo sostenible: la función de las tecnologías digitales en el desarrollo social y el bienestar de todos. Informe del Secretario General, E/CN.5/2021/3*

- OECD (2020), *OECD Employment Outlook 2020. Worker Security and the COVID-19 Crisis*
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA (2021), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*
- OIT (2021), *Avanzar en la reconstrucción con más equidad: Los derechos de las mujeres al trabajo y en el trabajo, en el centro de la recuperación de la COVID-19*, Nota de políticas OIT
- OIT (2019), [Informe Mundial sobre Salarios 2018/19. ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?](#)
- ONU MUJERES (2021), [Reconocer el cuidado como un derecho humano, instan los líderes de la Alianza Global por los Cuidados](#), en www.unwomen.org, 14 diciembre
- PARLAMENTO EUROPEO (2016), *Informe sobre las Trabajadoras Domésticas y las Cuidadoras en la Unión Europea*, Documento de Sesión, A8-0053
- PÉREZ OROZCO A. (2006), *Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico*, en *Revista de Economía Crítica*, n. 5, pp. 7-37
- POYATOS CHACÓN M.F. (2023), *Transición justa en la economía de los cuidados*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, E. SIERRA HERNÁIZ (dirs.), *La transición justa desde la perspectiva de género*, Aranzadi
- QUINTANILLA NAVARRO B. (2005), *La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 1, pp. 95-129
- QUINTERO LIMA G., GRAU PINEDA C. (2021), *A new work-life balance policy: The opportunity to formalise care (domestic) work*, en C189 EUROPEAN ALLIANCE, *Step up efforts towards decent work for domestic workers in the EU. 10th Anniversary of ILO Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2023), *Economía Social, eco-empleos y cuidados de larga duración: claves para una transición justa*, en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n. 42, pp. 49-96
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S. (2022), *Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 154, pp. 141-180
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S. (2020), *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género: un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S. (2016), *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E. (2023), *Los nuevos permisos de conciliación y el refuerzo de la corresponsabilidad en el estatuto básico del empleado público tras el RD ley 5/2023*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 19, pp. 1-25

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E. (2010), *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo
- WILKENS M., CABRITA J., JUNGBLUT J.-M., ANDERSON R. (2018), *Striking a balance: Reconciling work and life in the EU*, Eurofound Research Report
- WORLD ECONOMIC FORUM (2022), [*Global Gender Gap Report 2022. Insight Report*](#)

Hacia dónde vamos: los desafíos del Derecho Laboral en tiempos de cambios*

Julio Armando GRISOLIA**

RESUMEN: La pandemia aceleró modificaciones y produjo un punto de inflexión, un cambio de paradigma, con cambios en el perfil de los trabajadores y la mecánica de prestación de las tareas: agotamiento de los formatos tradicionales de contratación y de estructuras rígidas que no se adaptan a las demandas de las nuevas generaciones. El desarrollo de la tecnología – con el teletrabajo y el modelo híbrido – produjo la revalorización del tiempo y de la producción. Las actividades deben adaptarse, los trabajadores capacitarse para sumar nuevas habilidades y competencias y las empresas reconfigurar procedimientos y adecuarse a la nueva realidad. La Administración de Justicia, y particularmente los jueces, no pueden permanecer al margen de ella. También debe adecuarse el marco jurídico con reglas claras, adaptado a la realidad productiva del siglo XXI, preservando los derechos fundamentales de los trabajadores, pero haciendo que el trabajo sea posible para el empleador que está dispuesto a cumplir con la legislación. La tutela debe tener sentido finalista y no una mera protección “declamada”: se debe legislar

* Basado en la ponencia presentada y expuesta en el marco del Congreso Internacional de ADAPT, Bérghamo (Italia), 30 noviembre-2 diciembre 2023, *¿Hacia una sociedad sin trabajo?* Cuando en el presente trabajo se utilizan expresiones en masculino genérico (“trabajador” o “trabajadores”, “el juez” o “los jueces”) debe leerse y entenderse como de género neutro, en un lenguaje con perspectiva de género (“el trabajador/la trabajadora”, “los trabajadores/las trabajadoras” o “el juez/la jueza”, “los jueces/las juezas”). No se utiliza en el texto el desdoblamiento con la versión femenina y masculina ni la barra (/) o los paréntesis para explicitar el femenino, ya que atento a la cantidad de veces que se reiteran dichas expresiones, terminaría dificultando la lectura al sobrecargar el texto, restándole precisión.

** Juez Nacional del Trabajo; Mención de Honor “Senador Domingo Faustino Sarmiento” otorgada por el Senado de la Nación Argentina; Autor y Coautor de más de 20 libros; Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Doctor y Magíster en Derecho del Trabajo; Director del Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina); Profesor Titular de Grado y Postgrado, Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad Nacional de Tres de Febrero (Argentina), Universidad Argentina de la Empresa (Argentina) y Universidad del Salvador; Adjunto en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires (Argentina); Director del [Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo \(IDEIDES\)](#); Vicepresidente de la [Sociedad Argentina de Derecho Laboral \(SADL\)](#); Presidente de [ILERA Argentina \(ARTRA\)](#); Director de la *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social (La Ley)*; Miembro del Comité Científico de ADAPT; Director Científico de [esta Revista](#); Miembro de la [Comunidad CIELO](#).

para los trabajadores actuales y del futuro, no para los de la década del 70 o 90. El diálogo social, los consensos, la cooperación, una actitud solidaria y de buena fe de los actores sociales son fundamentales para progresar y por el bien común: el trabajo del siglo XXI se debe adaptar a la vida de las personas y no la vida al trabajo.

Palabras clave: Modernización, relaciones laborales, nueva realidad, cambio de paradigma, transformación digital, teletrabajo, modelo híbrido, administración de justicia, gestión judicial, jueces, marco normativo, diálogo social.

SUMARIO: 1. Palabras preliminares. 2. Flexibilización. Desarrollo económico y protección social. 3. Factores que influyen en la dinámica de las relaciones laborales. 4. La nueva realidad. Un cambio de paradigma. 4.1. La transformación digital y el teletrabajo. 4.2. Un nuevo escenario para las relaciones laborales. 5. La necesidad de modernizar los marcos normativos ante la nueva realidad. 5.1. Una nueva forma de proteger. 5.2. Los cambios posibles. 6. La administración de justicia y los jueces ante la nueva realidad. 7. Reflexiones finales y conclusiones. 8. Bibliografía.

Where Are We Going: Challenges in Labour Law in Times of Change

ABSTRACT: The pandemic accelerated modifications and marked a turning point, a paradigm shift, with changes in the profile of workers and the mechanics of task provision. Traditional hiring formats and rigid structures are becoming exhausted, unable to adapt to the demands of the new generations. The development of technology, including teleworking and the hybrid model, has led to a re-evaluation of time and production. Activities must adapt, workers need to train themselves to acquire new skills and competencies and companies must reconfigure procedures, modernize and adjust to the new reality. The administration of justice, particularly judges, cannot remain indifferent to these changes. The legal framework must also be adjusted, with clear rules tailored to the productive reality of the 21st century. This adaptation aims to preserve the fundamental rights of workers while making it feasible for employers willing to comply with legislation. The guardianship must have a finalistic meaning, not merely a 'declared' protection. Legislation should be crafted for current and future workers, not for those of the '70s or '90s. Social dialogue, consensus, cooperation, solidarity and a good-faith approach from social actors are essential for progress and the common good. Work in the 21st century should adapt to people's lives, not life to work.

Key Words: Modernization, labour relations, new reality, paradigm change, digital transformation, telecommuting, hybrid model, administration of justice, judicial management, judges, regulatory framework, social dialogue.

1. Palabras preliminares

A modo de introducción, en primer término, voy a hacer una breve referencia a la flexibilización laboral y a los distintos factores que entiendo permanentemente influyen en la dinámica y desarrollo de las relaciones laborales.

En segundo lugar, voy a describir el escenario de las relaciones laborales postpandemia, en el cual el modelo laboral de estructuras rígidas no se adapta a las demandas de las nuevas generaciones, que apuntan fundamentalmente al teletrabajo o a un sistema mixto o híbrido.

También haré referencia a la importancia de la gestión judicial, la transformación digital de la administración de justicia y el nuevo rol de los jueces ante esta nueva realidad.

Finalmente, me referiré – por un lado – a la necesidad de adaptar los marcos normativos y la política laboral a la nueva realidad, y – por otro – a los desafíos del Derecho Laboral en tiempos de cambios, caracterizado por renovados modelos organizacionales, nuevas necesidades de la sociedad y modificaciones en el perfil de los trabajadores.

2. Flexibilización. Desarrollo económico y protección social

Así cómo el Derecho del Trabajo surgió para evitar la explotación del trabajo humano ante una situación social grave a fines del siglo XIX y comienzos del XX, la desregulación de esa protección en las últimas dos décadas del siglo XX agravó una nueva cuestión social: la exclusión.

Cuanto más grave es la situación social (desempleo, subempleo, trabajo informal, pobreza), el trabajador tiene más necesidad de ese tutelaje, porque la debilidad está del lado de quien necesita trabajar para subsistir.

De la experiencia de la flexibilización de la década de los ochenta y noventa hemos aprendido que no debe endilgarse al Derecho Laboral culpas que no tiene. La flexibilización del Derecho del Trabajo por sí sola no genera empleo ni reduce el desempleo existente.

La solución no es solo bajar el costo laboral, ya que, si el empleador no necesita a un trabajador, no lo contrata aunque sea “barato”, ni lo deja de contratar si lo necesita y es más “caro”.

Que el trabajo no sea “caro” no es lo único “importante”: lo determinante es que resulta “menos necesario”. Y no es el Derecho del Trabajo sino el sistema económico – la forma de producir – el que hace necesario menos trabajadores y genera un desempleo estructural.

Por ejemplo, en la Argentina el problema no es solamente de costos

laborales sino también de productividad.

Por eso, si los problemas no se generaron solo en el Derecho del Trabajo, las soluciones no se deben buscar solo en modificaciones *in peius* de la legislación laboral.

Sin embargo, es necesario ante la nueva realidad propender a un programa de modificaciones que produzca una sinergia y que también ataque la ineficiencia e incapacidad del sistema económico para crear o mantener empleo y generar trabajo decente.

La reducción del costo laboral en forma aislada no produce el descenso de desempleo ni del trabajo informal; debe ir acompañado de otras medidas que conformen una política laboral estructural.

El desafío es bajar el costo laboral sin desproteger a los trabajadores: que haya desarrollo económico, que se genere riqueza, pero con protección social, prestando las tareas en condiciones y medio ambiente de trabajo adecuados.

3. Factores que influyen en la dinámica de las relaciones laborales

En la dinámica de las relaciones laborales de los distintos países influyen diversos factores que tienen distintos orígenes.

Algunos de ellos son la situación social, la política laboral y la legislación de fondo, las normas procesales y los métodos de resolución de conflictos, y el factor humano. También la celeridad en los procesos judiciales y la independencia y eficiencia de la Justicia del Trabajo son esenciales en la dinámica de las relaciones laborales y en la política laboral.

A este cuadro de situación se agregan en los últimos tiempos la transformación digital y la tecnología. El teletrabajo y el trabajo mixto es una realidad en un mundo neurotecnológico, en el cual vivimos conectados, rodeados de reuniones virtuales, con la inteligencia artificial que avanza sin cesar y un comercio electrónico que ha crecido exponencialmente.

La situación social

La situación social – desocupación, subocupación, índice de pobreza, trabajo informal – es un elemento disciplinador y flexibilizador de la dinámica de las relaciones laborales.

La realidad indica que un trabajador despedido, por imperio de la situación social no se puede reinsertar rápidamente en el sector formal de la economía. Esto lo obliga a aceptar empleos precarios, informales o de baja calidad, y en la práctica se termina vulnerando el principio de

irrenunciabilidad de los derechos y el orden público laboral.

Ese trabajador cuando es despedido no puede esperar el tiempo que demora un juicio laboral porque necesita el dinero para su subsistencia y la de su familia (crédito alimentario).

Así, termina arribando a un acuerdo conciliatorio en montos más bajos que los aconsejables, acuciado por la necesidad, ello sin perjuicio de la normativa que hace referencia a la homologación cuando exista una justa composición de derechos e intereses.

De allí, que los montos indemnizatorios previstos en las normas laborales en la práctica los termina cobrando efectivamente solo un segmento de la población: aquellos que litigan y pueden esperar el resultado del juicio.

Sin embargo, hay una realidad más grave aún; es la de aquellos trabajadores que habiendo logrado una sentencia favorable no la cobran, por insolvencia de sus ex empleadores. Es decir, no llegan finalmente a percibir efectivamente el monto establecido en el pronunciamiento judicial.

Esto también se vincula con la demora en la tramitación de los pleitos, que provoca una virtual denegatoria de justicia y termina transformando los fallos en pronunciamientos de mero carácter declarativo de derechos.

En algunos países existe una flexibilización de hecho: no se ejercen los derechos que otorga la legislación laboral por temor a perder el empleo y no poder luego reinsertarse en el sector formal.

En virtud de lo planteado, el gran desafío como elemento central es tener como meta mejorar la situación social de los países.

La política laboral y el derecho de fondo

Sin dudas la política laboral y el derecho sustancial es esencial en la dinámica de las relaciones laborales.

Es importante contar con un marco regulatorio del mercado de trabajo adecuado y previsible y políticas pro activas, dirigidas a mejorar la generación de buenos empleos – es decir, la equidad social – y también la competitividad microeconómica.

La legislación debe adaptarse a los tiempos actuales y a la nueva realidad, y efectivamente promover la creación de empleo formal (registrado) y productivo, con prioridad del empleo joven y proteger a las poblaciones vulnerables.

Para modificar la situación planteada hay que tener como horizonte lograr desarrollo económico con protección social. Y en esa búsqueda la política laboral debe propender a generar trabajo decente y que las tareas se presten en condiciones y medio ambiente de trabajo adecuados.

Para lograr estos objetivos es preciso no perder de vista algunos aspectos, que constituyen premisas:

- se debe mejorar la técnica legislativa: dictar menor cantidad de normas y que las nuevas sean claras y precisas. Los conceptos equívocos, superposición de normas, ambigüedades en la redacción generan interpretaciones judiciales encontradas;
- el ordenamiento jurídico laboral debe ser previsible: se deben mantener las “reglas de juego” por tiempos medianamente razonables;
- debe ser esencialmente justo, con normas ejecutables efectivamente;
- el Estado debe reasumir su rol de garante de las relaciones laborales y fiscalizar el cumplimiento efectivo de las normas y sancionar su incumplimiento;
- es preciso elevar las competencias laborales de la población, mediante la formación y la capacitación continua;
- hay que reducir la informalidad y los abusos en el sector formal y contar con mecanismos de protección y contención social;
- se debe revalorizar la negociación colectiva y los convenios colectivos.

El derecho procesal y la conciliación

La celeridad en los procesos judiciales de la Justicia del Trabajo también es esencial en la dinámica de las relaciones laborales y en la política laboral.

Hay que apuntar a un procedimiento judicial simplificado, más flexible y despojado de excesos rituales, que no pueden prevalecer sobre lo sustancial. El exagerado apego a las formas es un abuso de derecho incompatible con un adecuado servicio de justicia.

Por eso, es importante que todos los operadores internalicen la esencia de los principios rectores que surgen de las leyes procesales:

- inmediación: a través de la dirección y vigilancia del proceso por el juez a fin de lograr el cumplimiento de plazos efectuando un seguimiento de los expedientes (revisaciones periódicas, cumplimientos de plazos, etc.);
- concentración: las pruebas deben producirse en la menor cantidad de actos posibles, para que el juez también pueda tener una visión global de ellas;
- economía procesal: ahorrar esfuerzos inútiles y simplificar el proceso evitando una prolongación irrazonable.

También hay que utilizar efectivamente todos los institutos procesales vigentes y buscar otros medios a los fines de asegurar el crédito laboral desde el inicio de la demanda, ya que la realidad demuestra que por la insolvencia sobreviniente de sus ex empleadores provocada por la demora en las tramitaciones de las causas, muchos trabajadores con sentencias favorables no la cobran.

La conciliación es un medio útil y eficaz de solución o superación de conflictos laborales. Tiene una ventaja sobre la sentencia, ya que no es impuesta. Para ello, es preciso lo siguiente:

- implementar sistemas adecuados de resolución de conflictos previos a la etapa judicial;
- capacitar a los actores sociales en las técnicas de negociación y conciliación: apuntar a la comunicación como elemento clave de la negociación (coaching), liderazgo, PNL, resolución on-line de disputas, arbitraje, etc.

El factor humano y el rol del juez laboral

Así como en toda sociedad la persona humana es esencial en cualquier acción transformadora, es importante la aptitud e idoneidad de los distintos operadores (jueces y funcionarios, miembros del Poder Judicial, del Ministerio de Trabajo, conciliadores, abogados de parte, peritos, etc.).

En este aspecto, adquiere importancia la permanente capacitación y actualización de conocimientos.

Pero además es fundamental la actitud y el compromiso; al decir de Carnelutti «como la belleza de una música, la bondad de una ley no depende solamente de quien la compone sino de quien la ejecuta».

También cada uno, desde su lugar y función (más o menos importante), debe asumir su rol con compromiso social, en el entendimiento de que se debe hacer justicia en el caso concreto (equidad), que los créditos laborales son alimentarios y deben ser efectivamente percibidos por el trabajador, que el tiempo es justicia y que el derecho del trabajo es un derecho humano fundamental.

Los jueces tienen un papel preponderante en la dinámica de las relaciones laborales y en la política laboral. Son gestores de paz y equidad: esto es más clave aun en épocas de crisis.

La función del juez no es hacer ciencia del derecho en base a especulaciones abstractas sino hacer jurisprudencia, usar de la prudencia en la realización efectiva del derecho: no puede renunciar conscientemente al deber moral de administrar justicia.

El juez laboral debe desechar la interpretación teórica, literal y rígida

de la ley, la interpretación que se desentiende de sus resultados prácticos concretos (una sentencia “formalmente” justa) y debe inclinarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armonía total, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y los tratados internacionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos.

La equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia la que corrige la injusticia estrictamente legal que se produce en el caso particular al aplicarse el esquema genérico y abstracto de la norma general (Aristóteles).

4. La nueva realidad. Un cambio de paradigma

Independientemente de los factores descriptos, que históricamente influyen en las relaciones laborales, en los últimos años se ha producido una evidente transformación de la realidad, que suma nuevos factores a tener en cuenta.

Se ha generado un escenario distinto, caracterizado por la aparición de nuevos fenómenos sociales y culturales y modelos organizacionales, el desarrollo exponencial de la tecnología y la proliferación del teletrabajo. Todo esto impactó en la sociedad y modificó sus exigencias.

La pandemia fue disruptiva, aceleró modificaciones en el mundo del trabajo y produjo un punto de inflexión, con cambios en el perfil de los trabajadores y la mecánica de prestación de las tareas.

4.1. La transformación digital y el teletrabajo

La pandemia generó un cambio de mentalidad o – si se quiere – hizo actualizar algo que estaba en potencia: la revalorización del tiempo. La migración al trabajo remoto tuvo un fuerte impacto en la forma de trabajar, porque cambió la manera de pensar el tiempo y el espacio.

El escenario actual es una realidad nueva, dinámica y multívoca, impensada hace pocos años. Un ejemplo fue la proliferación del teletrabajo en la pandemia y ahora el esquema mixto (presencial y remoto combinados): «aquello que se puede hacer remoto y no requiere presencialidad se hace remoto y lo presencial se reduce a lo imprescindible».

La incorporación de tantas actividades realizadas en forma virtual permitió que nuestra “normalidad prepandemia” pudiese continuar e hizo

desaparecer prejuicios y desconfianzas respecto del teletrabajo, porque demostró que se podía trabajar desde fuera de las oficinas en forma remota desarrollando muchas más tareas de las que se pensaba y prestar esos servicios con eficiencia, manteniendo – o inclusive – incrementando la calidad y la productividad.

Y lo que empezó en el mundo con el teletrabajo en la pandemia se fue transformando en el modelo mixto o híbrido en la postpandemia, es decir, la coexistencia del trabajo presencial y el remoto en un mismo vínculo laboral, lo que llamamos *teletrabajo seguro 3x2*.

Los cambios produjeron profundas transformaciones¹. Todos cambiamos. El trabajo cambió, y hasta la forma de administrar justicia también está cambiando.

Se observa un agotamiento de los formatos tradicionales de contratación, caracterizado por el trabajo en semanas de 5 o 6 días – con uno o dos días libres – con jornadas extensas de no menos de 8 horas – a lo que se suma el tiempo de viaje –, con presencialidad plena, cumplimiento del horario de inicio y finalización, y distintas rigideces.

Este modelo laboral de estructuras rígidas no se adapta a las demandas de las nuevas generaciones que apuntan fundamentalmente o bien al teletrabajo o a un sistema mixto o híbrido con libertad de horario; o – si se trata de trabajos necesariamente presenciales – que tengan jornadas más cortas y 4 días a la semana con flexibilidad horaria.

Se pone más énfasis en el trabajo realizado, en la producción y su calidad que en el horario de inicio y de finalización y el tiempo real trabajado (obviamente respetando los límites de la jornada y el derecho a la desconexión).

Hoy es impensable no seguir incorporando los beneficios de la tecnología y el teletrabajo².

Los trabajadores ahora buscan nuevas oportunidades laborales, no solo en términos económicos sino esencialmente en calidad de vida.

No es casual que desde mediados de 2021 se hable de la “*gran renuncia*”³. En Estados Unidos 4,3 millones de trabajadores en agosto 2021 renunciaron a sus empleos y fueron más de 33 millones durante 2021. En Francia, en el primer trimestre de 2022, fueron más de medio millón de

¹ Cfr. J.A. GRISOLIA, *Relaciones laborales inteligentes y dinámicas: el esquema mixto de teletrabajo y presencialidad*, en www.infobae.com, 23 agosto 2021; J.A. GRISOLIA, “*Teletrabajo seguro 3x2*”: *el nuevo escenario de las relaciones laborales*, en *Revista IDEIDES*, 2021, n. 63.

² J.A. GRISOLIA, *Justicia Nacional del Trabajo: prepandemia, pandemia y postpandemia*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2021, n. 24.

³ La expresión “*big quit*” (“gran renuncia”) o “*great resignation*” proviene de un profesor de la UCL School of Management, Anthony Klotz.

trabajadores.

En América Latina esa tendencia se observa, pero en menor medida. Por ejemplo, en México, en el primer trimestre de 2022 más de 770.000 personas renunciaron a sus empleos⁴. También en Argentina las extinciones de las relaciones laborales por renunciaciones están en niveles muy altos, aunque limitadas por la situación socioeconómica que – como decía – actúa como un elemento disciplinador.

Por eso algunos afirman que en realidad la “*gran renuncia*” es una especie de “*gran despertar*” de los trabajadores, cansados de largas jornadas, de falta de flexibilidad, de los pocos incentivos y de ausencias de reconocimiento a su labor.

El trabajo remoto y mixto se consolida y el modelo freelance crece. También hay mayor volatilidad, ya que si la propuesta laboral no satisface las expectativas – en la medida de lo posible – se abandona.

Ya en plena pandemia sostuve que era impensable no incorporar definitivamente los beneficios de la tecnología y el *teletrabajo 3x2*. El verdadero debate no es “*trabajo presencial o teletrabajo*”, no es la presencia física o el trabajo remoto conectado.

Hoy en áreas administrativas hay que hablar de un esquema mixto, de la coexistencia del trabajo presencial y el remoto en un mismo vínculo laboral, en un sistema de distribución de la jornada laboral en el cual la asistencia física a los lugares de trabajo se produce solo algunos días de la semana, y los demás días se realiza la tarea en forma remota.

Este esquema toma lo mejor de cada modalidad y produce el mismo resultado, pero con mayores beneficios para el trabajador, para el empleador y para la sociedad.

Este cambio hacia el trabajo remoto y el trabajo mixto (teletrabajo y presencial en la misma relación laboral) desde el punto de vista etario es más claro todavía; esto lleva a concluir que indefectiblemente el futuro se direcciona a un sistema mixto, ya que los más jóvenes son los que más se resisten al esquema de presencialidad anterior.

En Estados Unidos un 55% de *millennials* no quieren el trabajo presencial, un 45% de la generación X y el 36% de los *baby boomers*.

En Argentina, por ejemplo, el segmento de profesionales jóvenes con alta calificación son los que más priorizan la relación entre trabajo y vida. Las encuestas de 2023 demuestran que más del 50% optan por esquemas mixtos o híbridos, donde el trabajo por objetivos les permite tiempo libre

⁴ INEGI, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo. Nueva Edición. ENOEN. Primer trimestre de 2022. Principales indicadores laborales de las ciudades*, 2022.

para su vida personal y para seguir capacitándose en un sector competitivo⁵.

4.2. Un nuevo escenario para las relaciones laborales

El mundo del trabajo cambió y se sigue transformando por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio climático y del medio ambiente, y la globalización.

Se observan modificaciones profundas en la relación entre las personas y el trabajo. En un contexto actual dinámico que evoluciona sin pausa, las nuevas generaciones cuestionan todo y marcan el rumbo de las tendencias laborales y culturales.

Para ellos el trabajo no es una prioridad sino algo necesario para la subsistencia. Tienen un nuevo concepto de estabilidad en el empleo. Y no es el tradicional de mantenerse siempre en el mismo trabajo durante muchos años, sino que la estabilidad que priorizan ahora es reinsertarse inmediatamente en el nuevo empleo cuando el trabajador renuncia o sea despedido.

Claro está que para que esto se pueda materializar es necesario que haya creación de empleos y bajo desempleo.

Y esto es así porque la pobreza y la exclusión social – que afectan a todas las categorías de trabajadores, pero esencialmente a los más vulnerables del mercado laboral (discapacitados, jóvenes, mujeres, extranjeros) – son fenómenos que ya no se relacionan únicamente con el desempleo de larga duración.

En efecto, el llamado trabajo pobre (*low-paid jobs*) y la pobreza laboral (*in-work poverty*), no solo se vinculan a los bajos salarios (*low wages*), sino también al subempleo o “*tiempo parcial involuntario*”. Por ejemplo, aquellos que quieren trabajar más cantidad de horas en la semana y terminan trabajando menos, o lo hacen en forma intermitente, es decir, con menor intensidad y en forma discontinua, o prestan tareas en trabajos informales o irregulares.

Ya en la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019 se consideraron graves problemas la persistencia de la alta informalidad, las brechas de acceso a los avances digitales, la falta de alineación entre las habilidades y los conocimientos de los trabajadores con la necesidad de la producción, y esto hace necesario aumentar la inversión

⁵ Esto ya surgía del Informe de la Comisión de Asuntos Laborales de la Asociación de Recursos Humanos de Argentina (ADRHA), elaborado entre el 5 y 12 de julio de 2021, denominado *Presencialidad, trabajo remoto y equipos híbridos*.

en capacitación.

En este contexto, el diálogo social y la negociación en los países tienen un rol fundamental en la búsqueda de lograr el objetivo común de lograr desarrollo económico con protección social y propender a generar trabajo decente. Como sostiene la OIT el desarrollo económico no es un fin en sí mismo, sino que tiene ser inclusivo con el fin de mejorar la vida de las personas.

Justamente, lo importante para abordar cualquier acción transformadora – sea en la política laboral o en la normativa – es tener en claro lo descrito anteriormente y entender que hay una nueva dinámica de las relaciones laborales, y esa es una realidad que no puede soslayarse.

En este nuevo escenario de trabajos remotos (100% home office), mixtos (híbridos 3x2) o presenciales con mayor flexibilidad, las actividades deben adaptarse, los trabajadores deben capacitarse para sumar nuevas habilidades y competencias y las empresas deben reconfigurar procedimientos y adecuarse a la nueva realidad.

5. La necesidad de modernizar los marcos normativos ante la nueva realidad

5.1. Una nueva forma de proteger

Ahora bien, es claro que en determinadas circunstancias y de acuerdo con la situación social, económica y política, y más en estos tiempos de cambio de paradigma y transformación, se hace necesario introducir adecuaciones en las distintas ramas del ordenamiento jurídico de un país.

Esas modificaciones preferentemente tienen que ser consensuadas y su punto de partida debe ser el respeto a la dignidad de los trabajadores y al principio protectorio.

Pero esa tutela debe tener un sentido moderno y finalista, es decir, debe ser efectiva, generar una verdadera protección y no una “*meramente declamada*”, ya que a veces se transforma en una “*falsa protección*” que en la realidad termina “*desprotegiendo*”.

Esa protección tiene que materializarse en los hechos con la generación de trabajo decente. Los trabajadores quieren tener acceso a los empleos, trabajar en condiciones adecuadas, y el empleador poder producir y generar ganancias. Ambos “*tienen que ganar*”. Son las dos caras de una misma moneda.

El Derecho del Trabajo se debe concebir en términos dinámicos, analizando los distintos institutos en el contexto general, es decir, teniendo

en cuenta los cambios producidos a nivel social, económico, político y tecnológico, entendiendo también que se debe legislar y tener un ordenamiento jurídico adecuado para los trabajadores actuales y del futuro, y no para los que prestaron tareas en la década del 70, 80 o 90 ni para una realidad que ya no existe.

Se debe buscar el punto medio aristotélico, en el cual el Derecho del Trabajo acompañe la evolución económica sin desvirtuar sus principios rectores, esencialmente resguardando su carácter protectorio: tutelar los derechos de los más débiles, que es son los trabajadores.

Pero no hay que oponerse al progreso. El crecimiento económico es necesario. Y debe lograrse con desarrollo social, justamente para evitar el alto impacto que puede provocar en los países con menores recursos económicos, en los cuales el trabajo es precario e inestable y las propias empresas tienen una vida limitada (especialmente las pequeñas y medianas).

Como lógica consecuencia de lo expuesto, se puede obtener mayor productividad y crecimiento económico manteniendo la “esencia” de la protección de la legislación laboral, pero modernizando la normativa, es decir, protegiendo de otro modo, de una forma distinta, generando trabajo decente y la reinserción inmediata cuando se pierde el empleo, que es una forma efectiva de tutelar sus derechos.

5.2. Los cambios posibles

La condición para combatir el desempleo y aumentar la calidad de los empleos disponibles es que la economía crezca en forma sostenida.

A partir de ello es importante contar con un adecuado marco regulatorio del mercado de trabajo y políticas pro activas dirigidas a mejorar la generación de buenos empleos – es decir, la equidad social – y también la competitividad microeconómica.

No sólo se deben aumentar la cantidad de puestos, sino que los nuevos puestos deben cumplir los requisitos esenciales de productividad creciente, ingresos regulares y justos, condiciones de trabajo dignas, protección legal y seguridad social. Ese es el empleo que debe pretender una sociedad moderna, equitativa y sustentablemente competitiva.

Luego de la emergencia de la pandemia, y en plena crisis económica mundial, la legislación laboral debe adaptarse a los tiempos actuales, receptando otras formas de contratación y las nuevas tecnologías; por ejemplo, el home office, el teletrabajo y el trabajo conectado remoto protegido.

Hay que apoyar la tecnología y la innovación, sin perjuicio de prevenir

los daños que el mal uso de la tecnología puede provocar a los trabajadores.

De allí que sea necesaria la inversión en nueva tecnología y generar políticas de capacitación del personal en las nuevas competencias laborales y digitales para la actual y futura realidad de reinserción laboral.

Otro aspecto importante es apoyar a las pequeñas y medianas empresas – particularmente las microempresas de hasta 5 o 10 trabajadores –, ya que ellas son importantes generadoras de empleo.

También simplificar el acceso al trabajo y capacitar para los nuevos puestos de trabajo, tomando siempre como eje central a la persona humana. Pero el trabajo “*debe ser posible*” para el empleador que está dispuesto a cumplir con la legislación laboral, previsional e impositiva.

En síntesis, la modernización de las relaciones laborales requiere varias cuestiones que se deben tener en cuenta:

- reglamentación adecuada del trabajo, adaptada a los tiempos actuales y a las nuevas generaciones de trabajadores, por ejemplo, con reducción del tiempo de trabajo;
- mecanismos de protección y contención social;
- dinamismo de los convenios colectivos, como instrumento autónomo para adaptar el marco normativo a los presupuestos fácticos y las necesidades concretas de cada actividad, arte, profesión o empresa;
- estabilidad, ya sea en el sentido tradicional – con contratos de trabajo de tiempo indeterminado (principio de continuidad) –, o bien con una perspectiva más actual, a través de la reinserción inmediata en nuevos empleos;
- inversión en infraestructura, tecnología y capital humano, mediante el mejoramiento del salario y condiciones de trabajo, y formación y capacitación profesional permanente⁶.

6. La administración de justicia y los jueces ante la nueva realidad

Otro aspecto importante en la dinámica de las relaciones laborales es la Justicia Laboral y los magistrados. Es esencial internalizar que la Administración de Justicia, y particularmente los jueces, no pueden permanecer al margen de esta nueva realidad.

La dilación excesiva en la tramitación de una causa se traduce en una

⁶ Lo que podría denominarse “*neokeynesianismo*”. James Heckman – premio Nobel de Economía del año 2000 – sostiene la necesidad de invertir en la capacitación de los más jóvenes.

virtual denegatoria de justicia: por eso debe ser menos burocrática y más rápida. La celeridad y eficiencia de la Justicia son esenciales y se debe bregar por una Justicia ágil y oportuna: duración de la resolución de las causas judiciales (celeridad procesal); pero también debe ser confiable y eficiente: calidad del contenido de las sentencias (seguridad jurídica).

Justamente el avance de la tecnología, la transformación digital y el teletrabajo posibilitaron que en la pandemia la Justicia siga funcionando con muy buenos resultados, y permitió realizar todos los actos procesales sin afectar el servicio de Justicia. Y los cambios ya son permanentes porque los trabajadores judiciales, los abogados, litigantes y auxiliares de la justicia descubrieron las ventajas y beneficios del teletrabajo⁷.

Por eso, el objetivo es llegar a una verdadera justicia digital, en modalidad mixta – con presencialidad y trabajo remoto –, partiendo del liderazgo y la gestión y trabajando en equipo, buscando soluciones y dotándola de mayor celeridad, que – en definitiva – es hacerla eficiente y empática con el ciudadano⁸.

Para lograrlo es necesario un cambio en la “cultura judicial”, sencillamente porque los requerimientos de la sociedad y de los ciudadanos son otros. Este cambio al que me refiero es profundo, significa que las funciones jurisdiccionales se deben adaptar y los jueces no pueden seguir ejerciendo sus funciones como lo venían haciendo hace 100, 50 o, inclusive, 20 años. No hay que seguir aplicando viejas “fórmulas”, apegarse a dudosos “*principios pétreos*” transmitidos codo a codo y “*de generación en generación*”, que fueron eficaces bajo otras circunstancias y en otros tiempos, pero que en la actualidad son inoperantes⁹.

Hay que acercar aún más a la justicia a la realidad y a la sociedad, que tiene una mirada crítica, de desconfianza e insatisfacción. Se requiere un cambio de paradigma, modificar actitudes: el problema no es de conocimiento sino es principalmente de gestión.

La función del juez moderno no se reduce a ser un intérprete de la ley y a resolver el conflicto, sino que es más trascendente: debe discernir entre lo justo y lo injusto, y por encima del formalismo llegar a la verdad objetiva y a la solución más adecuada y justa. Debe tener una mirada más amplia y no desentenderse de las consecuencias que genera su sentencia.

⁷ Cfr. J.A. GRISOLIA, *Justicia Nacional del Trabajo: prepandemia, pandemia y pospandemia*, cit.; J.A. GRISOLIA, [Relaciones laborales inteligentes y dinámicas: el esquema mixto de teletrabajo y presencialidad](#), cit.; J.A. GRISOLIA, [“Teletrabajo seguro 3×2”](#): el nuevo escenario de las relaciones laborales, cit.

⁸ J.A. GRISOLIA, [Teletrabajo, trabajo mixto y audiencias virtuales](#), en *La Ley*, 2023, tomo C, n. 107.

⁹ J.A. GRISOLIA, [El juez del ser y del deber ser. Una mirada sobre los jueces del futuro](#), en *La Ley*, 2023, tomo B, n. 53.

El juez del “*deber ser*” se caracteriza por la gestión – sabe gerenciar su oficina judicial – y prioriza la celeridad. Está comprometido con la sociedad y su función. Es lo contrario al juez “pasivo” que se caracteriza por una actitud conservadora y temerosa, y le resulta indiferente el resultado al que se arrije y se ocupa solamente del cumplimiento de las formalidades del proceso¹⁰.

Este nuevo escenario también implica para el juez soportar presiones y enfrentar situaciones complicadas y novedosas. Por eso, tiene que ser – y la sociedad debe sentirlo – imparcial, independiente, transparente y honesto, pero también debe ser práctico, equilibrado, innovador, imaginativo y tener sentido común, prudencia, templanza y coraje.

El juez moderno es el que tiene conocimiento (saber técnico, jurídico y científico), habilidades (capacidad para aplicar el conocimiento) y actitudes (vocación de servicio, esfuerzo, compromiso).

Y es el que además está dispuesto a resolver el conflicto con justicia, acercándose a la realidad, a la verdad de los hechos, porque no se puede hablar de una sentencia justa (ni de una justicia eficiente) sino está fundada en hechos verdaderos y no se dicta en un tiempo razonable.

7. Reflexiones finales y conclusiones

La gran prioridad de América Latina es combatir la pobreza. Y para poder lograr ese objetivo debe abrazar la senda del progreso¹¹.

Reducir la pobreza depende necesariamente de varios factores, entre ellos:

- crear empleo, priorizando principalmente a los jóvenes y a las poblaciones vulnerables;
- disminuir la informalidad y ganar competitividad con una actividad verdaderamente productiva y menos costosa;
- invertir en capacitación permanente.

Para lograrlo se deben repensar las condiciones, generar un marco adecuado, que se adapte a la realidad productiva del siglo XXI y que preserve los derechos fundamentales de los trabajadores. Hay que establecer reglas claras orientadas a favorecer la multiplicación de negocios¹².

Para generar nuevos emprendimientos en la región “trabajar” tiene que

¹⁰ Es la llamada “pasividad judicial”.

¹¹ G. FRIGERIO, *Simple. Una idea para transformar el futuro de América Latina*, Sudamericana, 2020.

¹² G. FRIGERIO, *Desarrollo. Una visión innovadora*, Sudamericana, 2023.

ser más fácil y económico. La actividad productiva debe ser más sencilla y menos costosa para competir con otros lugares del mundo.

Ante los cambios tecnológicos de los procesos productivos, y con el fin de contar con las competencias que exige la transición digital y ecológica, la capacitación adquiere un rol esencial para lograr la recalificación profesional de los trabajadores, porque ante este cambio de paradigma, hay que sumar nuevas habilidades, nuevas competencias.

El fenómeno que estamos viviendo es la transformación del empleo. En los próximos años se van a poder perder puestos de trabajo, pero también se van a crear otros – muchos de ellos digitales – que van a requerir una mayor capacitación y formación profesional permanente, básicamente en tecnología.

En este contexto es necesario modernizar los marcos laborales para adaptarlos a la nueva realidad. Esto significa, entre otras, incorporar nuevas modalidades contractuales relacionadas a la transformación digital – como el teletrabajo, y ahora el trabajo híbrido o mixto –, integrar al Derecho del Trabajo nuevas categorías – por ejemplo, los independientes económicamente vinculados, los trabajadores de plataformas –, reducir la presencialidad en la jornada laboral y profundizar el trabajo híbrido, dar prioridad a la productividad por sobre el horario o el tiempo de trabajo (obviamente respetando los descansos y el derecho a la desconexión).

En todo esto es esencial el diálogo social; la búsqueda de consensos, una negociación ganar-ganar para trabajadores y empleadores. La cooperación, la actitud solidaria y de buena fe de los distintos actores sociales, va a ser fundamental no solo para progresar sino por un básico sentido de supervivencia y por el bien común.

En síntesis, hay que consolidar el trabajo decente y la productividad, propender a políticas que promuevan la creación de empleo formal y productivo, con especial énfasis en el empleo joven y proteger a las poblaciones vulnerables.

En este inicio de 2024 tan complicado, habiéndose ya superado la emergencia sanitaria de la pandemia y ante los cambios de paradigma, es imprescindible que los actores sociales y los operadores laborales tomen conciencia de la gravedad de la situación, asuman con compromiso las decisiones con espíritu solidario, internalizando lo que está sucediendo, resignando posturas individualistas, para que la sociedad encuentre un mejor destino.

Ese es el gran desafío que tenemos por delante. Debemos reimaginar el mundo del trabajo: un mundo en el cual el trabajo sea el que se adapte a la vida y no la vida al trabajo.

8. Bibliografía

- ADRHIA (2021), *Presencialidad, trabajo remoto y equipos híbridos*
- ATIENZA M. (2008), [Reflexiones sobre Ética Judicial](#), Suprema Corte de Justicia de la Nación
- CALAMANDREI P. (1960), [Proceso y democracia](#), EJEA
- CARNELUTTI F. (1961), *La muerte del derecho*, en G. RIPERT (ed.), *La crisis del derecho*, EJEA
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (1997), *Libro Blanco de la Justicia*
- COUTURE E.J. (2002), *Los mandamientos del abogado. Comentados*, Iure
- CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2018), [Anexo 24. 1. Perfil del Juez y Jueza Iberoamericanos acorde a la Oralidad Procesal. 2. Modelo de Formación por competencias del Juez y Jueza Iberoamericanos frente a la oralidad procesal](#)
- FERNER J. (1982), *Administración del tiempo como recurso*, Limusa
- FLANDERS S. (dir.) (1977), [Case Management and Court Management in United States District Courts](#), Federal Judicial Center
- FRIGERIO G. (2023), *Desarrollo. Una visión innovadora*, Sudamericana
- FRIGERIO G. (2020), *Simple. Una idea para transformar el futuro de América Latina*, Sudamericana
- GAMONNET F. (1990), *Como administrar mejor su tiempo. Estrategias a partir de objetivos y prioridades*, Granica
- GRISOLIA J.A. (2023), [El juez del ser y del deber ser. Una mirada sobre los jueces del futuro](#), en *La Ley*, tomo B, n. 53, pp. 1-4
- GRISOLIA J.A. (2023), [Teletrabajo, trabajo mixto y audiencias virtuales](#), en *La Ley*, tomo C, n. 107, pp. 1-3
- GRISOLIA J.A. (2022), *Derecho de las Relaciones Individuales del Trabajo*, Estudio
- GRISOLIA J.A. (2022), [La gran renuncia, el modelo mixto y el horizonte utópico](#), en *Revista IDEIDES*, n. 78
- GRISOLIA J.A. (2022), *Manual de Derecho laboral*, Abeledo-Perrot
- GRISOLIA J.A. (2021), [“Teletrabajo seguro 3x2”: el nuevo escenario de las relaciones laborales](#), en *Revista IDEIDES*, n. 63
- GRISOLIA J.A. (2021), [El esquema mixto de la pospandemia: “teletrabajo seguro 3x2”](#), en *La Ley*, tomo E, n. 159, pp. 1-4

- GRISOLIA J.A. (2021), *El fuero laboral en la postpandemia: los retos que debe afrontar la administración de Justicia*, en *La Ley*, tomo B, n. 44, pp. 1-4
- GRISOLIA J.A. (2021), *Gestión judicial y teletrabajo. Un nuevo escenario para la Justicia del Trabajo en la postpandemia*, en *La Ley*, tomo F, n. 179, pp. 1-6
- GRISOLIA J.A. (2021), *Justicia Nacional del Trabajo: prepandemia, pandemia y postpandemia*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, n. 24, pp. 3-8
- GRISOLIA J.A. (2021), *Relaciones laborales inteligentes y dinámicas: el esquema mixto de teletrabajo y presencialidad*, en *www.infobae.com*, 23 agosto
- GRISOLIA J.A. (2021), *Un cambio de paradigma. La audiencia testimonial debe tomarse en forma remota. La Justicia de la postpandemia (segunda parte)*, en *Revista IDEIDES*, n. 58
- GRISOLIA J.A. (2021), *Un cambio de paradigma. La prueba testimonial debe producirse en forma remota (primera parte)*, en *Revista IDEIDES*, n. 57
- GRISOLIA J.A. (2017), *Justicia y Derecho del Trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, n. 7, pp. 3-6, y en *Revista IDEIDES*, n. 8, bajo el título *Justicia laboral y derecho del trabajo*
- GRISOLIA J.A. (2017), *Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Ley
- INEGI (2022), *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo. Nueva Edición. ENOEN. Primer trimestre de 2022. Principales indicadores laborales de las ciudades*
- MALEM SEÑA J.F. (2001), *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, en *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, pp. 379-403
- MORELLO A.M. (2005), *El proceso justo*, Abeledo-Perrot
- ORTEGA Y GASSET J. (1990), *Pasado y porvenir para el hombre actual*, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n. 140, pp. 107-113
- VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA J.C. (2014), *El perfil del juez*, Cuaderno de Trabajo del Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial, Serie Roja, *Estudios sobre la carrera judicial*, n. 1
- VIGO R.L., STANGA S. (2002), *Ética judicial y centros de capacitación en Argentina*, Organización de los Estados Americanos

Páginas web

Julio Armando Grisolia: <https://juliogrisolia.com.ar/>

Revista IDEIDES: <https://revista-ideides.com/>

Revistas

Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2021, n. 24

Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2017, n. 7

[*Revista IDEIDES*, 2021, n. 63](#)

[*Revista IDEIDES*, 2021, n. 58](#)

[*Revista IDEIDES*, 2021, n. 57](#)

[*Revista IDEDES*, 2017, n. 8](#)

Reseñas Bibliográficas



Casos prácticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

*Una reseña por Inmaculada Benavente Torres**

Francisco Alemán Páez (dir.)
Casos prácticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Diseñados para Grados, Posgrados, Másteres y TFG
Tecnos, 2023
ISBN: 978-84-309-8856-3

Con el libro *Casos prácticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Diseñados para Grados, Posgrados, Másteres y TFG*, la editorial Tecnos, a través del trabajo de Francisco Alemán Páez y su extenso elenco de especialistas colaboradores, nos ofrece una nueva propuesta docente, rigurosa y plenamente adaptada al EEES.

La obra tiene como novedad principal, no sólo la importante ampliación del número de supuestos prácticos que recoge, sino su configuración en distintas escalas de dificultad. Así, el grueso de los casos está destinado a los Grados. Pero a ellos se suman un importante número de supuestos más complejos en su dimensión material y, consiguientemente, didáctica, pensados para los Másteres, Cursos de Especialización o como alternativa a los TFG que permiten algunas Universidades. Estos casos prácticos más complejos están identificados en la obra a través de las correspondientes indicaciones y/o siglas (TFG/Máster). Con todo, la cuidadosa descripción de tales casos, su intrincada simetría con la realidad y lo exhaustivo de la propuesta de estudio que los acompaña, dejan en evidencia la dimensión profesional con que se plantean.

La obra, se estructura en dos partes, correspondiendo a la segunda el tratamiento de todos los temas incardinables en un programa de formación propio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Así en esta

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Córdoba (España).

Segunda Parte de la obra, conforme a una estructura clásica de docencia del Derecho Laboral, se recogen 330 casos prácticos distribuidos en XXVI Capítulos. Concretamente, a través del método del caso, se abordan: el sistema de fuentes (Capítulo I); el contrato de trabajo, tanto en los aspectos relativos a su delimitación y elementos esenciales, a los sujetos y a los pactos típicos y modalidades (Capítulos II a VIII); el contenido del contrato, sus vicisitudes y extinción (Capítulos IX a XIV); el derecho sindical y colectivo (Capítulos XV a XVIII); la salud y prevención de riesgos laborales (Capítulo XIX); la Seguridad Social, con especial atención al accidente de trabajo y a las prestaciones de Seguridad Social (Capítulos XX a XXII); el Derecho Digital del Trabajo (Capítulo XXIII); el Derecho Comunitario, centrado en las cuestiones que han tenido una particular incidencia en nuestro Ordenamiento Jurídico-laboral, en la doctrina judicial y en la jurisprudencia (Capítulo XXIV); el Derecho Sancionador del Trabajo (Capítulo XXV); y, finalmente, el Derecho Procesal Laboral (Capítulo XXVI).

La obra es, por consiguiente, muy ambiciosa, tanto en contenidos como en la enorme oferta de casos prácticos que pone al servicio de la docencia universitaria en sus diversos niveles. Tan magna obra sólo podría realizarse, como he anticipado, con un excelente elenco de doce autores de prestigio, especializados en la praxis del Derecho Laboral, bajo una dirección autorizada cual es la de Francisco Alemán Páez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Córdoba.

La figura del citado director está marcada por una intensa vocación académica, tanto en su dimensión investigadora como docente, y por una extensa dedicación a la misma, que abarca toda su vida profesional. De ahí el rigor metodológico y jurídico, y el delicado tratamiento de todos los temas abordados, con una indudable intencionalidad de magisterio, tanto en su dimensión estrictamente jurídica como en la promoción de la autonomía, del pensamiento crítico y de la ética profesional del discente. De ello es buena muestra la atención que presta el citado Director al discurso sobre el valor metodológico del análisis del caso en el aprendizaje del Derecho del Trabajo, al que le dedica la Primera Parte del libro y que bien podría tomarse como referencia acreditada para la elaboración de un Proyecto Docente.

Coherentemente, el amplísimo repertorio de casos prácticos sigue una misma estrategia para ese desarrollo experimental-formativo que se persigue. Cada práctica recoge la descripción del caso y un cuestionario con el ánimo de facilitar el desarrollo dinámico del aprendizaje jurídico. Por lo general, los casos se centran en controversias planteadas litigiosamente, si bien en otras ocasiones son construcciones de casos ideales o “de laboratorio” elaborados por los autores. Por otra parte, y aunque cualquier

aprendizaje es un reto, el camino se allana incluyendo en todos y cada uno de los casos, no sólo el mencionado cuestionario que pueda servir de orientación en el análisis del caso, sino una referencia de base a través de nota a pie, cuyo contenido recaba el pronunciamiento judicial objeto del litigio, como también, en ocasiones, textos normativos, estudios doctrinales, comentarios de jurisprudencia sobre el asunto, monografías, etc. Además, con el deseo de complementar el repertorio de las cuestiones planteadas en cada caso práctico, algunos cuestionarios incorporan ejercicios de tipo test, con indicación de las respuestas correctas.

Es reseñable, por consiguiente, que de esta manera la obra se adecúa a la perfección al espíritu del EEES, impulsando una dinámica activa del discente en el uso de las diversas fuentes de estudio, aun bajo el auspicio, como no podría ser de otra forma, de una muy meditada y cuidada preparación del terreno de análisis por el experto docente. Es una contribución, además, que facilita la libertad del profesor, dada la amplia capacidad de elección que permite tanto por su exhaustiva temática, como por el enorme catálogo de casos prácticos, así como por su carácter multinivel y por la diversidad de los instrumentos de apoyo que se le sugiere.

Professionalism and Social Change. Processes of Differentiation Within, Between and Beyond Professions

*Una reseña por Juan Pedro Blois**

Lara Maestripieri (ed.)
Andrea Bellini (ed.)
*Professionalism and Social Change.
Processes of Differentiation Within, Between and Beyond Professions*
Palgrave Macmillan, 2023
ISBN: 978-3-031-31277-9

En su intento por renovar el instrumental de las ciencias sociales a fines del siglo pasado, Ulrich Beck¹ llamó la atención sobre la pervivencia de las “categorías zombis”. En su visión, las profundas transformaciones sociales iniciadas en los años setenta habían dejado obsoletos muchos de los conceptos acuñados por la sociología durante el siglo XX. Forjadas para comprender una realidad social muy diferente, nociones tan básicas como “clase obrera”, “pleno empleo” o “familia”, para dar sólo algunos ejemplos, habían perdido buena parte de su capacidad descriptiva y analítica. Las consecuencias, según Beck, eran claras: se trataba de proceder a una revisión profunda del arsenal teórico-metodológico de las ciencias sociales. Con un foco más acotado, ceñido al estudio de los grupos profesionales y del profesionalismo en las sociedades contemporáneas, el libro *Professionalism and Social Change. Processes of Differentiation Within, Between and Beyond Professions* plantea (y asume) un desafío análogo. La obra, una compilación publicada

* Investigador Adjunto, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas – CONICET (Argentina); Profesor Adjunto, Universidad Nacional de General Sarmiento (Argentina).

¹ Vid. J. RUTHERFORD, *Zombie categories: Interview with Ulrich Beck*, in U. BECK, E. BECK-GERNSHEIM, *Individualization. Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences*, Sage, 2002, pp. 202-213.

por la editorial Palgrave Macmillan, fue editada por dos reconocidos especialistas de la sociología de las profesiones, Lara Maestripieri y Andrea Bellini. La misma se propone examinar las profundas transformaciones experimentadas por las profesiones en las últimas cinco décadas, llamando la atención sobre la necesidad de renovar el andamiaje conceptual con el que las ciencias sociales han venido abordando este objeto. Sus esfuerzos se insertan así en una agenda que desde hace varios años ha venido proponiendo una batería de nociones tendiente a dar cuenta de las transformaciones en marcha (*commercialized professionalism, hybrid professionalism, organizational professionalism, connective professionalism*, profesionalismo como discurso, etc.). Ahora bien, el libro no sólo se propone aportar un marco analítico novedoso, sino que también pone a disposición del lector una serie variada de investigaciones empíricas (12 en total). Con base en una variada gama de estrategias metodológicas (que van desde las entrevistas en profundidad y las encuestas online hasta el trabajo con archivos documentales y los relevamientos de grandes volúmenes de información digital), estos estudios abordan diferentes ocupaciones (académicos/as, diseñadores/as textiles, abogados/as, psicólogos/as, enfermeros/as arquitectos/as, maestros/as, ingenieros/as, fotógrafos/as, *influencers*, etc.) en diversos contextos nacionales (situados mayormente en Europa y Norteamérica). La combinación de una declarada intención teórica con una vocación empírica es, sin dudas, uno de los puntos fuertes del libro.

Maestripieri y Bellini parten de una constatación algo paradójica. A partir del desarrollo de la llamada sociedad posindustrial en los años setenta, la pérdida relativa de puestos de trabajo en el sector manual de la economía fue de la mano de la multiplicación de los empleos calificados, lo que hizo que el número de individuos que movilizaban algún tipo de saber técnico en sus tareas cotidianas – o que incluso se reconocían como “profesionales” – aumentase de modo inédito (p. 2). Lo interesante, sin embargo, es que la diversidad de formas que asumió desde entonces el trabajo experto estuvo lejos de poder ser asimilada según los moldes de la sociología de las profesiones del siglo XX. Como notan los editores,

Although this situation appears to fulfil Wilensky's (1964) prophecy, the upsurge in knowledge work has transformed what we mean by professionalism, challenging its very conceptualisation (p. 2).

Es que, en contraste con lo ocurrido en el pasado, el trabajo experto no se tradujo ya en el acceso al tipo de prerrogativas que tradicionalmente se habían asociado (al menos en algunas latitudes y en determinadas

ocupaciones) al estatus “profesional” en términos de ingreso económico, prestigio social, autonomía técnica o seguridad en el empleo (p. 3). Lejos de ello, según Bellini y Maestripieri, un amplio proceso de diferenciación y heterogeneización social signó la realidad de los grupos profesionales, haciendo que sus miembros fuesen cada vez más diferentes en términos de edad, género y origen social, pero también en términos de su situación laboral: la modalidad de contratación, tanto como el tipo de organización para la que trabajaron, divergieron más y más. Los cambios, según notan los editores, fueron impulsados por tres macroprocesos: la mencionada transición a la sociedad posindustrial, el desarrollo de la globalización y la difusión de la economía digital (pp. 12-16). En el marco del neoliberalismo y el accionar de gobiernos preocupados por reducir costos y “desregular” la economía (elemento que se retoma en la conclusión del libro), estos procesos alteraron profundamente el ascendiente, las jerarquías y la composición social de las profesiones. La digitalización, por ejemplo, redundó en una mayor accesibilidad al “conocimiento esotérico” (p. 15), lo que no pudo sino contribuir a redefinir la relación de los expertos con los públicos legos y otras agentes que, sin las credenciales propias de las profesiones, pudieron no obstante amenazar su “monopolio”.

Pues bien, para dar cuenta del nuevo escenario, Maestripieri y Bellini proponen un modelo conceptual basado en la distinción de tres dimensiones de tipo espacial: “dentro” (*within*), “entre” (*between*) y “más allá de” (*beyond*). La primera dimensión – *within* – busca captar la situación “interna” de los grupos profesionales; aborda, por ejemplo, las diferencias que puede haber en el estatus laboral de los miembros de un mismo grupo que, dado el mencionado proceso de heterogeneización, puede ahora incluir una miríada de situaciones (asociadas a diferentes niveles de precariedad y autonomía). No es inusual, de hecho, que una misma tarea pueda desarrollarse bajo condiciones de contratación muy diferentes (p. 313), dependiendo del contexto de trabajo, pero también del género, la edad, la raza o el estatus migratorio de quienes son contratados. Por su parte, el segundo eje – *between* – avanza en el examen de la distancia que separa a las distintas ocupaciones expertas entre sí, pero también respecto de otras ocupaciones. La tercera dimensión – *beyond* – se interroga por las relaciones entre el profesionalismo (como discurso y lógica social) y las instituciones donde los trabajadores expertos desarrollan sus labores, haciendo foco en la forma en que los grupos profesionales se ven afectados por las dinámicas sociales más amplias, pero también la forma en que los/as profesionales inciden en esas dinámicas. Es con base en estos tres ejes, reunidos en el “modelo WBB”, que se organizan los 12 capítulos del libro. Claro está, tal como reconocen los editores, *within*, *between* y *beyond* constituyen distinciones

analíticas, tendientes a facilitar la ordenación conceptual de una realidad empírica cada vez más diferenciada, heterogénea y cambiante².

La primera sección del libro incluye cinco capítulos organizados alrededor del eje *within*. El primero, centrado en el mercado de trabajo académico en Suiza, analiza el impacto de la modalidad de contratación en la producción de situaciones laborales diversas entre los miembros de la profesión académica. Como notan los autores, Pierre Bataille, Nicky Le Feuvre y Marie Sautier, ceñirse a la consideración de la tarea, aspecto comúnmente abordado por la sociología de las profesiones, puede no ser suficiente a la hora de dar cuenta de los procesos de diferenciación “dentro” de una misma ocupación: al fin y al cabo, tanto los profesores estables como aquellos que se ven forzados a ir de un posdoctorado a otro, realizan (en buena medida) las mismas tareas, aunque con recompensas y beneficios (y consecuencias vitales) muy diferentes. El segundo capítulo aborda la situación de los/as diseñadores/as textiles en Sudáfrica en el marco del proceso de transformación de la economía que siguió al giro neoliberal en este país. Tradicionalmente beneficiados por el desarrollo de una importante industria local que permanecía protegida de la competencia internacional – en gran medida debido a las sanciones derivadas del Apartheid –, estos profesionales habían alcanzado un significativo reconocimiento como agentes creativos con amplio margen de autonomía. Sin embargo, la apertura económica, tanto como la incorporación de nuevas tecnologías, minó su refugio de mercado, induciendo un proceso de creciente precarización, pérdida de autonomía y heterogeneización profesional. Contra los análisis que se circunscriben a un nivel microsocial, la autora, Debby Bonnin, ilustra con claridad la importancia de no perder de vista los procesos políticos y económicos más generales a la hora de entender las condiciones de posibilidad del profesionalismo en un determinado contexto nacional. El tercer capítulo, escrito por Valeria Insarauto, Isabel Boni-Le Goff, Grégoire Mallard, Eléonore Lépinard y Nicky Le Feuvre, vuelve sobre un tema central: la estratificación de género. Basada en datos cuantitativos producidos a través de una encuesta online, el mismo examina el papel del “discurso profesional” – entendido como un dispositivo que establece las expectativas en torno al comportamiento “profesional apropiado” – en la reproducción de las discriminaciones de

² Cabe destacar que Maestripiéri y Bellini habían ya presentado su propuesta analítica “WBB” en dos números especiales publicados en revistas especializadas. Cfr. A. BELLINI, L. MAESTRIPIERI, *Professions Within, Between and Beyond. Varieties of Professionalism in a Globalising World*, en *Cambio*, 2018, n. 16, pp. 5-14, y K. PARDING, A. BELLINI, L. MAESTRIPIERI, *Heterogeneity Among Professions and Professionals*, en *Professions & Professionalism*, 2021, vol. 11, n. 1, pp. 1-11.

género entre los/as abogados/as en Francia y Suiza. En línea con literatura previa, los autores encuentran que la pervivencia de una “ideología masculina” – que supone una «imagen del profesional paradigmático como un hombre blanco, de clase privilegiada, orientado a su carrera y libre de cargas» (p. 83) – actúa como una barrera en favor de los hombres, haciendo que las mujeres se identifiquen con un profesionalismo alternativo que acaba por excluirlas de las posiciones más jerarquizadas de la profesión. El capítulo 5 aborda la relación de los trabajadores expertos con la economía de plataformas y la forma en que la difusión de estos dispositivos impacta en la estructuración interna de los grupos profesionales. A partir de entrevistas a profesionales en Italia (arquitectos/as, abogados/as, periodistas y psicólogos/as), Davide Arcidiacono, Ivana País y Giorgio Piccitto exploran el desarrollo de un nuevo “profesionalismo de plataforma”, afín a un “profesionalismo comercial” cada vez más sujeto a los mecanismos de mercado. Asimismo, el capítulo nota una interesante paradoja: al tiempo que las plataformas ofrecen nuevas oportunidades de trabajo para los segmentos más débiles de los grupos profesionales (por ejemplo, jóvenes iniciando su carrera), las condiciones de trabajo más precarizadas que ofrecen, así como la reducción de la complejidad de las tareas demandadas, no sólo aumentan las desigualdades dentro del grupo profesional, sino que también pueden contribuir a socavar la legitimidad de sus miembros en tanto portadores de una saber experto (p. 118). El capítulo 6, por su parte, examina las condiciones de trabajo de los/as trabajadores de la educación y enfermería en Suecia, haciendo foco en la forma en que las diversas condiciones de trabajo brindadas por las instituciones estatales y privadas afectan los procesos de aprendizaje – formal e informal – de ambos grupos. Según las autoras, Karolina Parding y Anna Jansson, tales diferencias, al confrontarlos/as con experiencias y oportunidades muy diferentes, acaban reforzando su diversificación interna. En este sentido, el capítulo deja claro que el perfil y composición de los grupos profesionales no puede entenderse por fuera de las condiciones de trabajo en las que sus miembros desarrollan sus labores. Condiciones que, a su vez, pueden depender de modo estrecho del accionar estatal y de la orientación que los tomadores de decisión asumen a la hora de gestionar los servicios de bienestar (sistema público vs. contratación privada; empleo público estable vs. terciarización).

La segunda parte del libro, organizada alrededor del eje *between*, incluye cuatro contribuciones. La primera, escrita por Jean-Luc Bédard, Marta Massana Macià y Christophe Groulx, examina la situación de los médicos e ingenieros extranjeros que migran a Canadá, haciendo foco en los desafíos que plantea la regulación y validación de los saberes cuando los

profesionales circulan internacionalmente y buscan insertarse en otros sistemas profesionales. Resulta interesante notar cómo, aun en el contexto del neoliberalismo, donde las regulaciones profesionales tienden a ser vistas como restricciones que aumentan los costos de los servicios profesionales, la “defensa del público”, fundamento tradicional de la regulación de las profesiones expertas, permanece como un ideal movilizado por diversos actores preocupados por la llegada de aquellos migrantes y por controlar la admisión y ejercicio profesional. El capítulo 8, de Marta Choroszewicz, retoma la discusión sobre género para explorar en tres casos nacionales (Finlandia, Canadá y Polonia) la forma en que las abogadas buscan ejercer el control de sus actividades laborales en una profesión tradicionalmente dominada por los hombres. Con base en un amplio conjunto de entrevistas, la autora reconstruye las estrategias que estas profesionales ponen en juego a la hora de ganar la confianza de sus clientelas (con, por ejemplo, la obtención de posgrados), en pos de ampliar su visibilidad (a partir del desarrollo de labores *pro bono* que puedan servir como publicidad) o en vistas de organizar su vida personal y laboral seleccionando clientelas cuyas demandas sean “manejables”. Especialmente interesante es la estrategia tendiente a hacer de los espacios de trabajo “enclaves femeninos”, signados por el mutuo apoyo de las mujeres (p. 182). Por su parte, Lluís Parcerisa, Antoni Verger, Marcel Pagès y Natalie Browes examinan en el capítulo 9 cómo los mecanismos de evaluación asociados al *new public management* condicionan el trabajo de los/as maestros/as de escuela en distintos contextos geográficos e institucionales, notando significativas diferencias dependiendo de los efectos que estos mecanismos puedan tener en términos de recompensas y sanciones en los individuos y establecimientos educativos. Mientras en el contexto de lo que refieren como *market regulatory model* (propio de países como el Reino Unido, los Estados Unidos y Chile) y del *professional skills model* (típico del sudeste asiático) la autonomía profesional es significativamente limitada – el trabajo debe abocarse prioritariamente a la preparación de los/as estudiantes para los exámenes de cuyos resultados depende, a su vez y en buena medida, la evaluación y recompensas de los/as docentes –, en el marco del *training model* (propio de los países escandinavos) y del *rules model* (predominante en el sur europeo) el margen de maniobra es mayor, reteniendo algo de la autonomía típicamente asociada a las profesiones. Esta contribución ilustra cómo el despliegue de tendencias internacionales – como el NPM – no puede nunca entenderse sin tomar en cuenta el contexto local. Finalmente, el capítulo 10, de Silvia Lucciarini y Valeria Pulignano, estudia las desigualdades entre (y también dentro de) ocupaciones dedicadas al trabajo creativo (fotógrafos/as, realizadores/as de videos, técnicos/as de iluminación y

sonido) en Italia. Con base en la realización de entrevistas con informantes clave y grupos focales, las autoras estudian las iniciativas de una importante cooperativa “multi-profesional” dedicada a “profesionalizar” las actividades de grupos que, como en general ocurre con los grupos creativos, presentan dificultades para asumir su trabajo «como un trabajo como cualquier otro», tal como plantea uno de los entrevistados (citado en p. 217). Resulta interesante ver cómo algunas dimensiones propias del modelo organizacional clásico de las profesiones – la cooperativa, por ejemplo, provee cursos de entrenamiento y una guía a la hora de fijar tarifas mínimas –, son movilizadas por estos oficios. Resulta interesante también ver cómo, aun en el contexto de una cooperativa formalmente “horizontal”, las desigualdades de sus miembros son notorias, existiendo mecanismos de cierre social tendientes a asegurar las mejores oportunidades de entrenamiento y trabajo a algunos segmentos en detrimento de otros (en general mujeres).

Finalmente, la tercera parte del libro reúne tres capítulos organizados alrededor del eje *beyond*. El capítulo 11 de Tracey Adams analiza las relaciones entre profesiones y Estado en Canadá en una perspectiva sociohistórica de largo plazo. Basada en un amplio análisis documental, esta contribución examina las controversias alrededor de la regulación profesional y la forma en que diversos actores – los grupos profesionales pero también los funcionarios estatales, los políticos e incluso los consumidores – se posicionaron en diversos momentos. Si bien, como nota la autora, la confianza pública en las profesiones fue mermando a lo largo del tiempo (y el ideal altruista fue visto con creciente escepticismo), es posible constatar una tendencia secular a reconocer la posibilidad de “autoregularse” a un número creciente de grupos profesionales. La creencia en el carácter esotérico del trabajo profesional operó como un reaseguro para la autonomía profesional; pero también otras consideraciones como la preocupación por mitigar las desigualdades de género fueron importantes (por ejemplo, el reconocimiento de la obstetricia como profesión fue inescindible de la lucha por la igualdad de género). Lo anterior llama la atención sobre la variedad de factores y motivaciones que pueden incidir en el desarrollo (o no) de los proyectos profesionales en un determinado contexto. Por su parte, el capítulo 12, escrito por Joris Gjata, Matthew Rowe y Shawhin Roudbari, examina las formas en que los grupos profesionales pueden comprometerse con el cambio y la justicia social. En este caso, la cuestión no es examinar cómo los/as profesionales se movilizan para asegurarse su autonomía o una jurisdicción propia, sino adentrarse en lo que denominan “activismo profesional”, es decir, estudiar las formas en que los/as profesionales toman posición en las disputas

sociales más amplias. A partir de una investigación sobre los/as arquitectos en Estados Unidos, basada mayormente en entrevistas y observaciones etnográficas, los autores distinguen dos formas de activismo: “expansivo” (*expansive professional activism*) y “traductor” (*translating professional activism*). Mientras el primero refiere al empleo del saber profesional al servicio de causas sociales, aliándose, por ejemplo, con movimientos sociales y comunidades excluidas, el segundo apunta a traer cuestiones sociales más amplias – como por ejemplo la igualdad de género – al interior de la comunidad profesional en pos del cuestionamiento de sus jerarquías y de las formas de entender la profesión a las que esas jerarquías están asociadas. Finalmente, el capítulo de Paola Sedda y Oihana Husson aborda el trabajo de los *social media influencers*, una ocupación “híbrida” donde se combinan elementos propios del profesionalismo tradicional – para muchos *influencers* es importante que sus seguidores los reconozcan como “expertos” en su área de interés –, con el activismo y la defensa de ciertas causas sociales más amplias. Tal es el caso de los *health influencers*, actores que contribuyen a desdibujar los límites entre expertos y legos, y cuya reputación (así como su supervivencia) no depende tanto, como en la noción clásica de profesionalismo, de la visión de los pares, sino de la reputación que ganan en las redes. En la medida en que estos actores pueden movilizar una agenda “crítica” o “progresista”, las autoras recuerdan el clásico de Boltanski y Chiapello sobre el “nuevo espíritu del capitalismo” para dar cuenta de las formas en que en el trabajo de estos agentes pueden articularse activismo y marketing (al fin y al cabo, los ingresos de los *influencers* vienen de las empresas que anuncian sus productos en las redes).

Como puede verse, el número de cuestiones planteadas a lo largo del libro es muy variado y rico. La multiplicidad de casos nacionales, aunque limitada³, es otro de los puntos fuertes del libro. Cotejar el desarrollo del trabajo profesional en diferentes contextos geográficos es un medio indispensable para “desprovincializar” la mirada y ampliar el poder explicativo de las teorías. Como es sabido, buena parte de las críticas a la sociología de las profesiones clásica tuvo que ver con el hecho de que la misma había sido elaborada prioritariamente para dar cuenta de la realidad de los países anglosajones (lo que, entre otras limitaciones, había redundado en un relativo descuido del papel del Estado y sus agentes en la conformación de los saberes y grupos profesionales). *Professionalism and Social Change* tiene, asimismo, la virtud de abordar un amplio abanico de ocupaciones y perfiles profesionales, algunos consolidados (aunque en

³ Con la excepción de Sudáfrica, la compilación no incluye estudios sobre países del llamado Sur Global.

reformulación) y otros emergentes, algunos clásicos y otros “híbridos”. Esta mirada ecuménica constituye un medio muy estimulante para renovar el arsenal de la sociología de las profesiones, que recupera un rasgo fundamental de su tradición. Como enseñó Everett Huges hace ya varias décadas, la consideración de ocupaciones diferentes (en términos de tareas, prestigio y recompensas) puede ayudar a encontrar los mecanismos sociales subyacentes que, más allá de esas diferencias, condicionan de una manera análoga la labor de quienes reivindican para sí la posesión de un saber relativamente esotérico y aspiran a hacerse, en función de ello, un medio de vida y un lugar en el mundo del trabajo. Finalmente, cabe destacar la noción de “profesionalismo neoliberal” propuesta en las conclusiones del libro. La misma busca ubicar en un marco social e histórico más amplio buena parte de los fenómenos *convergentes* (mercantilización, empoderamiento de las clientelas y de los mecanismos de prestación de cuentas, precarización de las condiciones de trabajo, etc.) que los capítulos estudian en contextos “locales”. Lo interesante es que esta noción aparece fundamentada en el conjunto de investigaciones presentadas en los capítulos previos y no postulada como una macroestructura que se impone más allá de la agencia, intereses y poder de negociación de individuos y grupos insertos en determinadas instituciones y configuraciones sociales concretas.

A lo largo del libro se nota una esmerada vocación por poner en discusión la sociología de las profesiones con otros campos de estudio. Se echa de menos, con todo, un mayor diálogo con dos perspectivas analíticas que han hecho aportes relevantes al estudio de las ocupaciones y del saber experto. Me refiero, por un lado, a la sociología de Pierre Bourdieu y sus desarrollos posteriores. Aun cuando, como es sabido, este sociólogo tendió a ignorar los desarrollos de la sociología de las profesiones⁴, la idea de campo, tanto como la mirada relacional y conflictiva sobre la que se basa, parecen ofrecerse como valiosos puntos de apoyo para abordar los procesos de diferenciación y heterogeneización estudiados en el libro. En conexión con ello, las nociones de posición y toma de posición, tanto con la de capital, se plantean como atractivos insumos a la hora de dar cuenta de las apuestas que diferentes actores, con diferentes intereses y ubicados “dentro”, “entre” y “más allá” del profesionalismo, pueden plantearse alrededor del trabajo profesional y la consolidación (o no) de los grupos profesionales. Por otro lado, un mayor diálogo con la llamada “sociología de la *expertise*”, tal como fue propuesta por Gil Eyal⁵, parece prometer

⁴ P. BOURDIEU, L. WACQUANT, *Una invitación a la sociología reflexiva*, Siglo XXI, 2005.

⁵ G. EYAL, *For a Sociology of Expertise: The Social Origins of the Autism Epidemic*, en *American Journal of Sociology*, 2013, vol. 118, n. 4, pp. 863-907.

también una vía capaz de enriquecer los estudios del profesionalismo en la actualidad. Al descentrar la mirada de los grupos y de los individuos y destacar los ensamblajes socio-técnicos que posibilitan (y dan forma a) las intervenciones “expertas”, esta mirada pone el foco en aquello que los “profesionales”, junto a otros agentes (humanos y no humanos), efectivamente hacen en el marco de sus actividades laborales⁶. La distinción entre *experts* y *expertise* propuesta por esta perspectiva se plantea igualmente como un *insight* muy relevante en tiempos en que, tal como sostienen algunos analistas⁷, buena parte de las profesiones estarían atravesando su propia “revolución industrial”, signada por una automatización creciente, que estaría emancipando al conocimiento especializado de sus tradicionales portadores humanos.

Como sea, las intervenciones compiladas en *Professionalism and Social Change*, tanto como el trabajo de sistematización y conceptualización de los editores en la introducción y la conclusión del libro, constituyen aportes ineludibles, de gran valor para todos/as aquellos/as interesados/as en abordar el desarrollo de los grupos profesionales y el profesionalismo en las sociedades contemporáneas. El modelo WWB y la noción de “profesionalismo neoliberal” resultan muy estimulantes a la hora de proyectar nuevos diálogos y cruces tendientes a renovar un campo de indagación que, sin desconocer los aportes de los estudios clásicos, debe trascender las categorías (y preguntas) “zombis” heredadas del pasado. Apuestas como las planteadas en este libro son pues fundamentales para dar cuenta de las aceleradas transformaciones del mundo del trabajo actual.

⁶ Eyal recupera elementos substantivos de la perspectiva del actor-red de Michel Callon.

⁷ R. SUSSKIND, D. SUSSKIND, *The Future of the Professions. How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, Oxford University Press, 2022.

La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral

*Una reseña por Elena García-Antón Palacios**

José Eduardo López Ahumada (dir.)
*La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral:
políticas empresariales, ejercicio de derechos
y límites al poder de control del trabajo*
Aranzadi, 2023
ISBN: 978-84-1163-554-7

El desarrollo de las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial ha generado numerosos cambios en los sistemas de producción, la organización de las empresas y el desarrollo de las relaciones laborales. De este modo, la integración de la transformación digital se ha convertido en el gran reto al que se enfrentan los actores que forman parte del ecosistema laboral, tanto las empresas, los trabajadores y los entes públicos encargados de ordenar y equilibrar los intereses de todas las partes.

Las estructuras empresariales, las políticas públicas de empleo, los recursos humanos, los derechos laborales, las formas de contratación y de prestación de los servicios y cualquier otra materia relacionada con el empleo, a día de hoy, se desenvuelven en un entorno condicionado por la inteligencia artificial, los algoritmos y el uso de las tecnologías en el trabajo. Ante este nuevo escenario, el libro objeto de reseña, cuyas labores de dirección han sido orientadas por el profesor José Eduardo López Ahumada, se convierte en un obra novedosa y práctica para conocer el punto en el que nos encontramos y cuáles pueden ser los pasos a seguir para acoger y acomodar los cambios tecnológicos a las nuevas realidades laborales, económicas y sociales.

La obra se compone de 22 capítulos coordinados por las profesoras M.

* Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Europea de Madrid (España).

Victoria Jiménez y Aránzazu Roldán. A lo largo de estos apartados se abordan múltiples aspectos de la transformación digital que impactan en el empleo. El primero de ellos, para mostrar el estado de la cuestión que anuncia el título del libro ha sido escrito por el director de la obra, *Estudio preliminar: La garantía de la privacidad de las personas trabajadoras ante el proceso de transformación digital*. En el segundo capítulo, el mismo autor se adentra en el análisis de la ciudadanía digital en el trabajo, *La promoción de los derechos y principios digitales laborales en el ámbito europeo y español: hacia una protección reforzada de la ciudadanía digital en el trabajo*.

La Carta de Derechos Digitales española es objeto de análisis por dos autores. Alfredo Ramírez, *La Carta de Derechos Digitales y el proceso participativo para su elaboración*, y Elena García-Antón, *La tutela del derecho de libertad religiosa y de conciencia en el entorno laboral, a la luz de la Carta de Derechos Digitales*, en los respectivos capítulos 3 y 19.

Una visión humanista de la justicia y la alteridad en la era digital se muestra en el capítulo 4 escrito por Martín Rocha, *La eticidad de la justificación existencial desde una perspectiva insfilosófica hermenéutica en la era digital*.

La problemática suscitada ante la protección al derecho a la privacidad y la protección de datos en la esfera laboral se aborda por cuatro autores. El capítulo 5 de J. Eduardo López, *La ordenación del uso de dispositivos digitales y recursos telemáticos en el desarrollo de la actividad laboral*; el 6 de María del Lujan Charrutti, *Límites jurídicos al poder de dirección del empleador en el uso de nuevas tecnologías digitales de la información y la comunicación: un estudio desde los derechos fundamentales del trabajador*; el 7 de Manuela Abeleira, *Límites al poder de control del empresario sobre las redes sociales de sus trabajadores*; el 9 de María Arias, *Políticas empresariales para el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales en la empresa*.

El capítulo 8 de Diego Megino, analiza la aplicación de las herramientas laborales desde la perspectiva de las relaciones laborales bajo el título *Empleo de las herramientas digitales en los planos individual y colectivo de la relación laboral: modelo de ordenación a partir de pautas convencionales en torno a las facultades rectora, fiscalizadora y punitiva de la empresa*.

La utilización de sistemas de inteligencia artificial por parte de la Administración laboral en sus labores de inspección y sanción es abordada por Aránzazu Roldán en el capítulo 10, *La protección de los derechos de las personas ante el uso de la inteligencia artificial y los algoritmos por la Inspección de Trabajo*.

La desconexión digital, el control horario y la protección a la salud se analizan en los capítulos 11 y 12, respectivamente, por parte de Olaya Martín en *Registro de jornada diario para garantizar un adecuado derecho a la desconexión digital* y Dulce Soriano, *Derecho a la desconexión digital de las personas*

trabajadoras.

Por su parte, Rebeca Karina estudia la complejidad del uso adecuado de los sistemas de videovigilancia para controlar la actividad laboral en el capítulo 13, *Aspectos claves de la videovigilancia laboral*.

Las cuestiones de género reciben su oportuno diagnóstico en los capítulos 14 y 15, gracias a Arturo Montesdeoca y Carmen Grau, *La brecha digital de género*, y Yanitza Giraldo, *La perspectiva de género: el principio de igualdad y no discriminación en asuntos de empleo y ocupación asociado a las nuevas tecnologías*.

Los puntos más conflictivos de la conciliación familiar y laboral, que en los últimos tiempos se ha convertido en una demanda social se examinan en los capítulos 16 y 17, por José Ignacio Olaguibe, *La vida profesional y familiar en el contexto de digitalización y flexibilidad laboral: reflexiones en torno a la Directiva 2019/1158 de la UE*, y Rocío Martín, *El desarrollo de medidas orientadas al progreso del derecho a la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar*.

Siguiendo con aspectos sociales, Paz Fernández investiga en el capítulo 18 sobre la incorporación de las personas con discapacidad al mercado laboral bajo el prisma de la innovación tecnológica en *La digitalización del mercado de trabajo como oportunidad para el empleo de las personas con discapacidad*.

La responsabilidad de los empresarios en el uso de sistemas de inteligencia artificial y la utilización de algoritmos se observa en los capítulos 20 y 21, por parte de María Victoria Jiménez, *La responsabilidad contractual del empresario por los daños provocados en los derechos fundamentales de los trabajadores: la discriminación algorítmica en la empresa desde la perspectiva del derecho civil*, y Fernando Díaz, *La responsabilidad extracontractual derivada del sesgo de los algoritmos en el ámbito laboral*.

El cierre de la obra es tarea de María Victoria Gutiérrez que relaciona, en el capítulo 22, la economía digital y la fiscalidad en *El mantenimiento del estado del bienestar ante el avance de la economía digital: desafíos fiscales*.

Gracias a los distintos perfiles de los expertos en Derecho que dan cobertura a la obra, su lectura ofrece una visión precisa de los retos que la transformación digital plantea a empleadores, trabajadores y entidades públicas que han de abordar la presencia de las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial en las relaciones laborales y el desempeño efectivo del trabajo. Por tanto, este trabajo sirve como punto de partida y obra de referencia para los desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales que estén por venir, teniendo en cuenta la rapidez y la expansión del trabajo y los derechos digitales en el ámbito laboral.

Por último, cabe resaltar que la publicación de este libro se enmarca dentro del Proyecto de Investigación PID2020-112731RB-I00 *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, financiado por el Ministerio de Ciencia e

Innovación (1º septiembre 2021-31 agosto 2024), cuyo investigador principal es J. Eduardo López, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Universidad de Alcalá.

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.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternational.it.

